



IUS ET SCIENTIA

Vol. 7 • N° 2 • 2021

ISSN 2444-8478

<https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia>

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA>

© Editorial Universidad de Sevilla 2021

 CC BY-NC-ND 4.0.



IUS ET SCIENTIA

2021 • Vol. 7 • Nº 2 • ISSN 2444-8478

<https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia>

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA> • © Editorial Universidad de Sevilla 2021

 CC BY-NC-ND 4.0.

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORES

Dr. Daniel García San José, Universidad de Sevilla
Dr. Fernando Llano Alonso, Universidad de Sevilla / Grupo de Investigación SEJ-504, España
Dr. César Villegas Delgado, Universidad de Sevilla / Grupo de Investigación SEJ-112, España

VOCALES

Dr. Miguel Álvarez Ortega, Universidad de Sevilla, España
Dr. Andrés Bautista Hernández, Universidad de Málaga, España
Dr. Justo Corti Varela, Universidad CEU San Pablo
Dra. Yolanda García Ruiz, Universidad de Valencia, España
Dra. Laura Gómez Abeja, Universidad de Sevilla, España
Dra. Nicole Kerschen, Université Paris Ouest, Francia
Dra. Itziar de Lecuona Ramírez, Universidad de Barcelona, España
Dr. Luis Lloredo Alix, Universidad Autónoma de Chile, Chile
Dra. Pilar Martín Ríos, Universidad de Sevilla, España
Dr. Enrique César Pérez-Luño Robledo, Universidad de Sevilla, España
Dr. Riccardo Perona, Universidad de Cartagena, Colombia
Dr. Rafael Vale e Reis, Universidad de Coimbra, Portugal
Dr. Michele Beniamino Zezza, Universidad de Pisa

COMITÉ ASESOR

Dra. María Isabel Torres Cazorla, Universidad de Málaga, España
Dra. Ana María Marcos del Cano, UNED
Dr. José Manuel Sánchez Patrón, Universidad de Valencia, España
Dr. Xavier Pons Rafols, Universitat de Barcelona, España
Dra. Anna M. Badia Martí, Universitat de Barcelona, España
Dr. Simone Penasa, Universidad de Trento, Italia

CONSEJO CIENTÍFICO

Dr. Manuel Becerra Ramírez, Universidad Nacional Autónoma de México, México
Dra. María Casado González, Universitat de Barcelona
Dr. Alfonso Castro Sáenz, Universidad de Sevilla, España
Dr. Óscar Duque Sandoval, Universidad Autónoma de Occidente, Santiago de Cali, Colombia
Dra. Nuria González Martín, Universidad Nacional Autónoma de México, México
Dr. Mario Giuseppe Losano, Universidad del Piamonte Oriental, Italia
Dr. Francisco Javier Gutierrez Suárez, Universidad Autónoma de Occidente, Santiago de Cali, Colombia
Dra. Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Universidad de Sevilla, España
Dr. José Antonio Seoane, Universidad de A Coruña, España
Dr. João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, Universidad de Coimbra, Portugal
Dra. Viktorija Žnidaršič Skubic, Universidad de Ljubljana, Eslovenia
Dr. Manuel Gómez Valdéz, Florida International University, Estados Unidos de América

CONSEJO DE REVISIÓN

Dr. José Jesús Albert Márquez, Universidad de Córdoba, España
Dr. Angelo Anzalone, Universidad de Córdoba, España
Dr. Juan José Bonilla Sánchez, Universidad de Sevilla, España
Dr. Ignacio Campoy Cervera, Universidad Carlos III de Madrid, España
Dra. María Isabel Garrido Gómez, Universidad de Alcalá, España
Dr. Luis Ernesto Orozco Torres, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México
Dr. José Luis Pérez Triviño, Universidad Pompeu Fabra, España
Dr. Ramón Ruiz Ruiz, Universidad de Jaén, España
Dr. Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo, Universidad de Córdoba, España
Dr. Javier Zamora Bonilla, Universidad Complutense de Madrid, España

IUS ET SCIENTIA. Vol. 7, Nº 2, diciembre (2021)

Edita: Editorial de la Universidad de Sevilla.

© Editorial Universidad de Sevilla 2021

<https://editorial.us.es/es/revistas/ius-et-scientia>

<https://institucional.us.es/iusetscientia/index.php/ies/index>

Periodicidad Bianual (Julio, diciembre)

ISSN: 2444-8478

DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i01>

Maquetación: Referencias Cruzadas - referencias.maquetacion@gmail.com

 Licence Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)



Índice

Carta de los editores / *Editors' letter*

Daniel García San José / Fernando Llano Alonso / César Villegas Delgado

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.01> 5-6

ESTUDIOS

Influencers y publicidad encubierta en las redes sociales / *Influencers and covert advertising on social media*

Leticia Cabrera Caro

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.02>..... 7-28

Inteligencia artificial y Derecho del Trabajo / *Artificial intelligence and Labor Law*

Alejandra Selma Penalva

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.03>..... 29-40

Estado constitucional y migración: los desafíos por la pandemia de Covid-19 / *Constitutional state and migration: the challenges of the covid-19 pandemic*

Judith Aguirre Moreno

Manlio Fabio Casarín León

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.04>..... 41-87

Algoritmos en el estrado, ¿realmente los aceptamos? Percepciones del uso de la inteligencia artificial en la toma de decisiones jurídico-penales / *Algorithms on the stand, do we really accept them? Perceptions of the use of artificial intelligence in criminal-legal decision-making*

África María Morales Moreno

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.05>..... 57-87

Cautivos en la red. El impacto del metaverso en el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales / *Captives on the net. The impact of the metaverse on the right of access to information and the protection of personal data*

Mara Gómez Pérez

<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.06>..... 88-95

- Reflexiones sobre la expansión de la bio-delincuencia y el almacenamiento del perfil genético para investigaciones criminales / *Reflections on the expansion of bio-crime and the storage of the genetic profile for criminal investigations*
 Silvia Irene Verdugo Guzmán
<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.07> 96-116

COMENTARIOS

- Una primera aproximación al uso de la Inteligencia Artificial como apoyo en el proceso legislativo / *A preliminary approach to the use of artificial intelligence as a support for the legislative process*
 Natalia Malo Peces
<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.08> 117-136

- La cuarta edad. Derecho y ancianidad / *The fourth age. Law and elderly*
 M.^a Ángeles Palacios García
<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.09> 137-147

- Los derechos de propiedad intelectual sobre los programas de ordenador según la legislación de la Unión Europea / *Intellectual property rights on computer programs according to European Union legislation*
 Enrique Manuel Puerta Domínguez
<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.10> 148-169

RESEÑAS

- ALBERT MÁRQUEZ, José J., *Introducción a la retórica jurídica. Una aproximación desde la filosofía del derecho*. Dykinson, Madrid, 2021, 206 páginas. ISBN: 978-84-1377-435-0
 Leticia Cabrera Caro
<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.11> 170-173

- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, *La libertad de expresión 4.0 en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 268 páginas. ISBN:978-84-1113-269-5
 César A.Villegas Delgado
<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.12> 174-176

- VILLEGAS DELGADO, César.: *Bioseguridad, Bioterrorismo, y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 244 páginas. ISBN: 978-84-1336-470-4
 Mohamed Saad Bentaouet
<https://dx.doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2021.i02.13> 177-180



CARTA DE LOS EDITORES

EDITORS' LETTER

Daniel García San José

Fernando Llano Alonso

César Villegas Delgado

Derechos humanos, Estado de Derecho e Inteligencia Artificial en la era digital

La evolución de la revolución tecnológica ha experimentado un salto cualitativo a lo largo de los dos primeros años de pandemia Covid-19 que han podido apreciarse en diversos ámbitos profesionales, por ejemplo, en el campo de la telemedicina, en el teletrabajo o en el uso de las plataformas digitales para realizar videoconferencias en el mundo de la empresa o impartir docencia online como fórmula sustitutiva de las reuniones de empresa o clases presenciales en el ámbito escolar y universitario.

También en el ámbito académico y profesional del Derecho se constata un cambio de paradigma motivado por la llegada de la tercera ola de la Inteligencia Artificial (IA) y que, si llegase a deslizarse por la pendiente del tecnologicismo posthumanista, plantearía numerosos problemas ético-jurídicos, y muy especialmente a la tutela efectiva y el ejercicio de los derechos y libertades de las personas más vulnerables.

En el presente número se han seleccionado nueve artículos originales que tratan precisamente cuestiones enjundiosas en diversas materias: el principio de autenticidad de la publicidad, sobre todo cuando se produce en las redes sociales bajo la apariencia de imparcialidad de un *influencer* (tema del que se ocupa precisamente en su artículo Leticia Cabrera Caro); los retos que la IA y la robotización del trabajo plantea al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del siglo XXI (problemática analizada en su artículo por Alejandra Selma Penalva); las crisis migratorias y la respuesta de los Estados de Derecho en tiempos de pandemia (cuestión que Manlio Fabio Casarín León estudia en el caso particular de México); la justicia digital y la automatización de las decisiones judiciales en el sistema de justicia penal (asunto al que dedica su trabajo África María Morales Moreno); el impacto del metaverso en las redes sociales y sus efectos en el acceso a la información y protección de datos personales (fenómeno estudiado monográficamente por Mara Gómez Pérez); la preocupante expansión de la biodelincuencia en la que están involucrados los biohackers y la licitud en el manejo de bases de datos que almacenan perfiles genéticos, especialmente por parte de los Estados, por ejemplo, con plazos que no son del todo claros (problemas

afrontados en su artículo por Silvia Verdugo Guzmán); el uso de la IA débil en el proceso legislativo (supuesto planteado en el capítulo de Natalia Malo Peces); la protección contra la violencia sufrida por las personas mayores de tercera y cuarta edad en el ámbito doméstico (un drama oculto que es motivo de reflexión por parte de M^a Ángeles Palacios García); la protección legal de los derechos de propiedad intelectual sobre programas de ordenador en el marco de la normativa y la jurisprudencia europea (un estudio del que autor Enrique Manuel Puerta Domínguez).

En suma, los artículos seleccionados para este volumen 2/2021 de *Ius et Scientia* dedicado a la problemática de los derechos humanos, el Estado de Derecho y las Nuevas Tecnologías en tiempos de pandemia, nos acercan a una realidad jurídica novedosa que interpela al jurista contemporáneo y plantea retos que deben ser afrontados desde una vocación interdisciplinar y plural abierta al debate como la que propone nuestra revista a sus lectores en cada número.



Influencers y publicidad encubierta en las redes sociales^{*}

INFLUENCERS AND COVERT ADVERTISING ON SOCIAL MEDIA

Leticia Cabrera Caro

Universidad de Cádiz

leticia.cabrera@uca.es 0000-0002-1087-8496

Recibido: 9 de agosto de 2021 | Aceptado: 6 de diciembre de 2021

RESUMEN

El empeño por garantizar el principio de autenticidad en la publicidad difundida por *influencers* en las redes sociales ha tenido como resultado la redacción y aprobación del *Código de conducta sobre el uso de 'influencers' en la publicidad*, promovido por la Asociación Española de Anunciantes (AEA), Autocontrol y la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, que entró en vigor en enero de 2021. En los pocos meses de vida, el Jurado de la Publicidad de Autocontrol ha emitido seis dictámenes y cuatro resoluciones en aplicación de la norma cinco, referida precisamente a la exigencia de la identificación clara e indubitada del carácter publicitario de cualquier comunicación que pretenda este fin, dada la creciente tendencia de las marcas comerciales a utilizar perfiles de *influencers* para realizar publicidad (encubierta) sin que los usuarios sean conscientes de ello.

En este trabajo se analiza la suficiencia de las medidas actuales de autorregulación para garantizar el principio de autenticidad de la publicidad, en particular cuando ésta tiene lugar a través de redes sociales y bajo la apariencia de imparcialidad de un *influencer*.

ABSTRACT

The effort to guarantee the principle of authenticity in advertising disseminated by influencers on social networks has resulted in the drafting and approval of the Code of Conduct on the use of influencers in advertising, promoted by the Spanish Association of Advertisers (AEA), Autocontrol and the Secretary of State for Digitalization and Artificial Intelligence, which came into force in January 2021. In the few months of life, the Advertising Jury of Autocontrol has issued six opinions and four resolutions in application

PALABRAS CLAVE

Publicidad encubierta
Influencers
Código de conducta publicitaria
Jóvenes
Abuso publicitario
Redes sociales

KEYWORDS

Covert advertising
Influencers
Advertising Code of Conduct
Young users
Advertising abuse
Social media

* Este trabajo es resultado del Proyecto de Investigación financiado *Derecho e Inteligencia Artificial: nuevos horizontes jurídicos de la personalidad y la responsabilidad robótica*; Ref. PID2019-108669RB-100/AEI/10.13039/501100011033; del que es investigadora principal la Dra. Margarita Castilla Barea.

of rule five, referring precisely to the requirement of clear and unequivocal identification of the advertising nature of any communication that intends this purpose, given the growing trend of commercial brands to use influencers' profiles to carry out (covert) advertising without users being aware of it. This paper analyzes the adequacy of current self-regulatory measures to guarantee the principle of authenticity of advertising, particularly when it takes place through social networks and under the appearance of impartiality of an influencer.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios éticos más importantes en la publicidad es el de autenticidad, del que deriva la exigencia de identificabilidad del carácter publicitario en cualquier comunicación. Se trata de una obligación positiva del anunciante, hacer transparente al consumidor el carácter publicitario de sus comunicaciones comerciales, complementada con otras obligaciones negativas (abstenerse de) o restrictivas (prohibición) de determinadas prácticas publicitarias, entre las que se encuentran todas aquellas que generen confusión sobre el carácter publicitario de la comunicación en cuestión. Lo que se prohíbe es lo que algunos autores denominan publicidad velada (Serra, 2011: 550), que persigue, precisamente, que el mensaje no sea percibido como publicidad.

Actualmente, en España, estas prácticas también están prohibidas por las normas legales. En concreto, por el artículo 9 de la Ley General de Publicidad (LGP), el artículo 26 de la Ley de Competencia Desleal (LCD) y el artículo 18.2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual (LGCA). Para la publicidad en medios electrónicos, contamos con los artículos 18 a 22 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico (LSSI).

Sin embargo, durante los últimos años se ha acrecentado el uso de estas prácticas ilícitas en las redes sociales, tanto en los contenidos dirigidos a los jóvenes como en los generados por éstos, que se dejan seducir por las ofertas de los anunciantes (Megías, 2014: 70-72; Gómez-Nieto, 2018: 153; Tur-Viñes et al., 2019: 15; Feijoo et al., 2021: 100; Sixto-García & Álvarez-Vázquez, 2021: 1613). El motivo de este incremento puede obedecer a distintas causas como, por ejemplo, al interés de ciertos anunciantes en promocionar de forma encubierta productos o servicios que están sometidos a prohibiciones o restricciones legales, como el tabaco o el alcohol¹. En otras ocasiones, la causa puede estar motivada por la propia naturaleza de las redes sociales, cuya agilidad y contenidos la diferencia notablemente de la publicidad tradicional (Perlado et al., 2019: 106;

1. Por ejemplo, la Sentencia 334/2019, de 30 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid se pronunció sobre la publicación de numerosos artículos (aparentemente informativos) en prensa y en redes sociales sobre un producto relacionado con el tabaco. Tras un profundo análisis concluyó que en realidad no existía el carácter informativo, sino que se trataba de una auténtica campaña promocional de dicho producto, lo que la convertía en ilícita por la prohibición legal expresa de publicitar el tabaco (FJ 6º, 46).

Martínez-Sala et al., 2019: 1345) Estas prácticas son especialmente delicadas si se realizan en un contexto lúdico, ya que estudios anteriores demuestran que, en esos casos, el mensaje publicitario se tolera mejor (Martí-Pellón & Saunders, 2015: 172). Si se encubre deliberadamente la finalidad publicitaria del mensaje, se puede captar más fácilmente la atención de los usuarios que, al no identificar claramente el mensaje como publicidad, no pueden formarse una opinión libre sobre el producto o servicio anunciado, ni valorar objetivamente la información que están recibiendo.

Por último, y quizás el motivo más probable (aunque sutil) del aumento de la publicidad encubierta en las redes sociales sea la intención del anunciante de transferir la imagen del personaje de notoriedad y éxito en las redes (el *influencer*) al producto utilizado, nombrado, alabado, mostrado, etc., a cambio de una remuneración que ha sido ocultada. Así, el producto o servicio se muestra con una aparente naturalidad, como si nunca hubiera existido la intención de promocionarlo, y el mensaje gana en credibilidad. Estas ventajas de la publicidad encubierta frente a la publicidad tradicional han sido evidenciadas recientemente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC)².

El principio de autenticidad, que se recoge en la norma 13 del *Código de Conducta Publicitaria* de Autocontrol (en adelante, CCPA), fue modificado en 2019 precisamente para incluir una referencia expresa a las redes sociales. Así, actualmente exige que

“Las comunicaciones comerciales serán identificables como tales sea cual sea su forma, formato, o el medio utilizado. Cuando una comunicación comercial, incluyendo la denominada publicidad nativa, aparezca en un medio que contiene noticias o contenido editorial, ésta debe ser presentada de forma que sea fácilmente reconocible como publicidad y, cuando sea necesario, etiquetada como tal. El verdadero propósito de la publicidad debe ser transparente. Por tanto, una comunicación que promueve la venta de un bien o la contratación de un servicio no debe hacerse pasar, por ejemplo, por estudio de mercado, encuesta de consumidores, contenido generado por el usuario, blog privado, publicación privada en redes sociales o análisis independiente”³.

La mención explícita de las redes sociales ha sido un gran paso en el empeño de velar por una publicidad responsable, empeño que se ha visto completado con la entrada en vigor, en enero de 2021, del *Código de conducta sobre el uso de ‘influencers’ en la publicidad*, promovido por la Asociación Española de Anunciantes (AEA), Autocontrol y la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Este Código sectorial recoge y desarrolla el principio de autenticidad de la publicidad en su norma 5. Desde su entrada en vigor, el Jurado de la Publicidad (en adelante, JPA), ha emitido seis dictámenes y cuatro

2. Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, Resolución SNC/DTSA/128/19, de 8 de octubre de 2020, Procedimiento Sancionador incoado a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., por incluir publicidad encubierta durante la emisión del programa “El Hormiguero” del día 3 de octubre de 2019, Fundamentos Jurídicos III, 3.1, párrafo 4º. https://www.cnmc.es/sites/default/files/3196473_12.pdf.

3. La modificación, muy acertada por adaptarse a las redes sociales, reproduce el contenido del artículo 7 del Código Consolidado ICC, modificado en 2018. <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2021/03/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol.pdf>

resoluciones relacionados con estos asuntos, lo que pone de manifiesto que la ocultación de la finalidad publicitaria de determinados contenidos emitidos por *'influencers'* constituye una práctica más habitual de lo deseable.

Ante esta evidencia, este trabajo pretende, de un lado, esclarecer los conceptos de publicidad encubierta y principio de autenticidad siguiendo la interpretación y aplicación que de ellos hace el Jurado de la Publicidad en sus resoluciones y dictámenes más recientes, así como en las resoluciones judiciales de aquellos asuntos que han llegado a los Tribunales españoles. Por otro, analizar si la interpretación de este principio puede verse afectado por la utilización de las redes sociales y de los *'influencers'* como vehículos de comunicación y, por último, determinar si las medidas de autorregulación actuales son o no suficientes para proteger a los usuarios del abuso publicitario, sobre todo si tenemos en cuenta que buena parte de los *followers* suelen ser menores de edad, lo que los hace especialmente vulnerables a este tipo de malas prácticas (Iniesta-Alemán, 2019: 156).

II. IDEAS BÁSICAS SOBRE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA

Como ya se ha dicho, la legislación española prohíbe la publicidad encubierta en varios preceptos de diferentes leyes. La definición legal más completa de publicidad encubierta y más acomodada a la actualidad, se encuentra en el artículo 2.32 de la LGCA, que se refiere a la “comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta”, y la define como

“La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación”.

El contenido de este artículo ha sido perfilado y adaptado a las nuevas formas de comunicación a través de las resoluciones y dictámenes del JPA que es el organismo que ha ofrecido desde hace años una de las definiciones más completas del principio de autenticidad (Megías & Cabrera, 2013: 186).

En este sentido, el JPA ha declarado ilícita toda comunicación comercial que presente de forma escrita, verbal, visual o sonora –en cualquier tipo de formato o medio– “bienes, servicios, nombre, marca, actividad o elementos comerciales propios de un empresario con propósito publicitario, pudiendo inducir al público a error en cuanto a su naturaleza por no identificar las piezas publicitarias como tales” (Megías, 2014: 68). Con su prohibición se pretende que el consumidor no resulte engañado y “pueda captar la naturaleza publicitaria del mensaje, para así poder tenerla presente a la hora de valorar el origen y el valor de la información que se le proporciona”⁴. El JPA estima que, para

4. Resolución de la Sección Segunda del Jurado, de 30 de octubre de 2014, Particular vs. Indemnización Directa, “Indemnización Directa”, FD 2º. Reproduce esta afirmación, por ejemplo, en Resolución de la Sección Quinta del Jurado, de 30 de mayo de 2017, Particular vs Grupo Prisa (M80 Radio)

que un mensaje pueda ser calificado como publicidad encubierta, deben cumplirse tres presupuestos:

“En primer lugar, el mensaje (...) debe perseguir una finalidad publicitaria o un propósito promocional. En segundo lugar, se exige que esa finalidad o propósito publicitario no sea claramente identificable por el público destinatario de la publicidad. Por último, (...) cuando, además de tener finalidad publicitaria y no ser ésta claramente identificable por los destinatarios, no incluye ninguna advertencia que informe de forma explícita y suficiente al público de los consumidores de aquella finalidad”⁵.

En dos resoluciones más recientes sobre publicidad encubierta, el Jurado ha afirmado que son dos los presupuestos que deben concurrir para que una publicidad pueda ser considerada ilícita por vulnerar el principio de autenticidad.

“En primer lugar, el mensaje difundido ha de tener un propósito o finalidad publicitaria. En segundo lugar, dicha finalidad publicitaria ha de permanecer oculta, de suerte que el mensaje se presente ante los ojos de los consumidores como un mensaje de naturaleza diferente, induciéndoles así a error sobre el valor y la naturaleza de la información proporcionada”⁶.

En el fondo no existen divergencias entre ambos modos de concretar los presupuestos, pues el carácter publicitario oculto resulta precisamente de no haber incluido la advertencia de que se trata de publicidad.

Desde hace años es frecuente la publicidad encubierta en los medios escritos de comunicación, aparentando ofrecer información sobre un producto o servicio cuando en realidad se trata de publicidad (Labio, 2006: 57-63). Es cierto que se puede combinar publicidad e información, pero se exige en estos casos la advertencia sobre su carácter publicitario para evitar confusiones. El CCPA utiliza en su nueva norma 13 la expresión *publicidad nativa* para referirse a esta práctica que consiste en ofrecer información u opinión editorial con una finalidad publicitaria, exigiendo que el mensaje sea etiquetado como publicidad “cuando sea necesario”, es decir, cuando no resulte patente para el consumidor su carácter publicitario⁷. Esta exigencia no es obligatoria únicamente para los

(“Lovely Creatures. Internet”), FD 1º y Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 7 de mayo de 2019, Particular vs. Unidad Editorial (Marca) “Publicidad Encubierta Marca. Internet”, FD 2º.

5. Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 28 de noviembre de 2019, Particular (Transfronteriza ASA) vs. Paulina Eriksson, “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”, FD 3º.

6. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 3 de junio de 2020, Particular vs. BP Oil España, “Reimaginar la Energía. Prensa”, FD 3º y Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 24 de septiembre de 2020, Particular vs. Luik Iberamericana de Revistas, “Sillitas Rivekinds. Prensa”, FD 2º.

7. El Jurado es muy claro en sus resoluciones sobre este aspecto: “el principio [de autenticidad] pretende delimitar con precisión las manifestaciones que realicen los medios de información en cumplimiento de su función informativa respecto de aquellas otras que realicen cumpliendo una función publicitaria. Por tanto, en virtud de tal principio, el formato elegido por el anunciante como soporte de su publicidad ha de permitir la indiscutible identificación como tal de la misma; es decir, su presentación general debe desvelar inequívocamente el carácter publicitario del mensaje que se envía al consumidor destinatario, de forma que éste no pueda atribuir a la comunicación recibida un carácter informativo o cualquier otro distinto del estrictamente publicitario”. Resolución de la Sección

medios impresos, sino que se extiende, y con más razón, a los medios online, que ofrecen la posibilidad de incluir enlaces que redirijan al lector a contenidos publicitarios⁸. No obstante, no siempre es sencillo determinar si estamos ante un artículo informativo acompañado de un inevitable efecto publicitario secundario o si se trata de publicidad revestida de apariencia informativa. Esta imprecisión en los límites entre la información y la publicidad encubierta exige analizar las circunstancias y características de la información (configuración de la noticia, apariencia, lugar en el que aparece, etc.) para determinar cuándo estamos ante una práctica ilícita o no⁹. Sería lícito cuando el objetivo del artículo es únicamente informar, aunque se produzca un efecto publicitario secundario no buscado, pero sería ilícito, en cambio, cuando se pretenden los dos objetivos simultáneamente y no se advierte de ello¹⁰. La prueba de una contraprestación (económica o no) por parte del anunciante sería suficiente para declararla ilícita¹¹, pero en ocasiones resulta imposible demostrarlo, por lo que será el análisis del contexto y circunstancias lo que permita determinar si existe o no publicidad encubierta (Arias Máiz, 2012: 169-196). En este sentido, la Audiencia Provincial de Valencia calificó como publicidad encubierta las informaciones publicadas en diversos diarios generalistas sobre unas técnicas avanzadas en tratamientos dentales. Las informaciones habían sido remitidas por el propio director de unas clínicas dentales aparentando carácter técnico-informativo, pero los diarios seleccionados para su remisión (publicados únicamente en el territorio donde las clínicas desarrollaban su actividad), la configuración de la noticia y el lenguaje utilizado (accesible a todos los públicos), las alabanzas injustificadas hacia las técnicas, etc., desvelaban su carácter publicitario y la intención de captar pacientes¹². Una práctica más sutil es la consistente en enviar o facilitar a los medios información (texto e imágenes) sobre un producto que puede ser de interés para los consumidores, pero de tal modo

Cuarta del Jurado, de 26 de enero de 2006, Particular vs. Daimlerchrysler-Mercedes Benz, "Mercedes Clase S", FD 1º.

8. Vid., por ejemplo, Resolución de la Sección Primera del Jurado, de 16 de enero de 2014, Particular vs. Marcandi LTD, "MadBid", FD 3º. Se trataba de una página web que incluía un link para enlazar con una información más completa, pero era correcta porque se advertía claramente la palabra "publicidad".

9. Cf. Dictamen de la Sección Quinta del Jurado, de 21 de mayo de 2015, Particular vs. Alquiler Seguro, S.A.U., "Alquiler Seguro", FD 4º, en el que se examinan todos esos indicios para declarar ilícita una publicidad revestida de apariencia de artículo informativo.

10. Cf. Resolución "Lovely Creatures. Internet", cit., FD 2º ("no existen en el artículo reclamado elementos que permitan concluir que estamos en presencia de publicidad de un disco o artista y menos aún de El Corte Inglés, al que no se hace referencia, ni directa ni indirecta, en ningún momento") y Resolución "Publicidad Encubierta Marca. Internet", cit., FD 4º ("no ha encontrado indicio alguno que permita intuir la existencia de un propósito publicitario. Antes al contrario, este Jurado considera que los mensajes que nos ocupan son artículos que simplemente revisten naturaleza periodística").

11. El criterio de nuestros tribunales es el mismo que el del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que, en su Sentencia de 9 de junio de 2011, asunto C-52/10, declaró encubierta no sólo aquella por la que el anunciante ha realizado un pago, sino toda la que lo sea realmente, aunque se haya insertado de forma gratuita. Por ejemplo, vid. Sentencia del Tribunal Supremo 4384/2013, de 30 de julio, FJ 4º.

12. Vid. SAP de Valencia 403/2019, de 28 de marzo, FJ 3º.

que encubren un objetivo promocional por parte del remitente. De este modo, los periodistas redactan sus informaciones ajenas a cualquier intención publicitaria, pero el resultado final en su conjunto es claramente publicitario sin que los consumidores sean conscientes de ello. Así sucedió, por ejemplo, con la campaña informativa de Philips Morris sobre uno de sus productos relacionados con el tabaco. Los tribunales estimaron que el envío de la información e imágenes del producto a los medios de comunicación (publicada en numerosos diarios, nacionales y locales) había tenido desde el principio una intención publicitaria y sólo pretendía la promoción del producto salvando las restricciones legales¹³.

En relación a los medios audiovisuales, la doctrina del Jurado sobre la aplicabilidad de la norma 13 CCPA a programas, concursos, entrevistas, etc., es clara, pues se debe extender a las “nuevas modalidades publicitarias en las que el carácter publicitario del mensaje no aparece adecuadamente revelado. Sobre todo, cuando entre estas nuevas modalidades y las hipótesis tradicionales de publicidad encubierta existe una identidad de fondo”¹⁴.

En estos medios, las últimas modificaciones legales hacen más sencilla la identificación de la publicidad, pues exigen, entre otras medidas, la inserción en pantalla de una advertencia sobre su carácter publicitario. Prueba de ello son las constantes y elevadas sanciones que durante los últimos años ha venido imponiendo la CNMC a las cadenas televisivas por insertar contenidos aparentemente informativos o de entretenimiento siendo en realidad publicitarios, sanciones que posteriormente han sido ratificadas por la Audiencia Nacional al resolver los correspondientes recursos¹⁵.

También se puede apreciar falta de autenticidad en la publicidad realizada a través del correo electrónico y otras modalidades de mensajería personal, y no nos referimos al *spam*, comunicación comercial ilícita en sí misma por no haberse prestado consentimiento expreso para su recepción, sino al envío de comunicaciones previamente consentidas

13. Para el juez, la cuestión se centraba “en determinar si el conjunto de informaciones recogidas en los hechos probados de esta resolución suponen una promoción del uso de IQOS. La respuesta únicamente puede ser afirmativa; dichas informaciones, bajo la apariencia de información sobre un nuevo invento tecnológico, contienen un importante mensaje publicitario, tanto por su contenido, como por su forma, como por el carácter generalizado e indiscriminado de las mismas”. Sentencia 334/2019, de 30 de septiembre, del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, FJ 5º, 28. En los nn. 29-40 analizan todos los factores que determinan, por su contexto, el carácter promocional perseguido por la tabaquera al que eran ajenos los informadores.

14. Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 15 de diciembre de 2005, AUC vs. Diageo España, S.A., “VAT 69”, FD 4º. Las normas contemplan medidas para evitar estas confusiones intencionadas, como es, por ejemplo, el uso de *cortinillas* en televisión. El problema es el alto nivel de incumplimiento. Vid., al respecto, el Informe IE-AC 09/34 *Sobre identificación de la publicidad en operadores bajo la competencia del Consejo Audiovisual de Andalucía*, de 18 de septiembre de 2009.

15. Vid., por ejemplo, SAN 131/2015, de 15 de junio (sanción a Mediaset por encubrir publicidad en el programa Deportes Cuatro), SAN 3339/2017, de 4 de julio (sanción a Mediaset por encubrir publicidad en el programa Qué tiempo tan feliz), SAN 3958/2018, de 8 de octubre (sanción a Mediaset por encubrir publicidad en el programa Sálvame Diario), SAN 5016/2018, de 9 de octubre (sanción a RTVE por encubrir publicidad en el programa Masterchef), SAN 5023/2018, de 9 de octubre, y 4082/2018, de 23 de octubre (sanciones a RTVE por encubrir publicidad en el programa La Mañana), etc.

pero que, para captar la atención del destinatario, ocultan su carácter publicitario a fin de lograr una mayor atención (y que no sea borrado sin ser leído). Se produce, por ejemplo, cuando en el “asunto” del correo electrónico se incluye alguna alegación que oculta su carácter publicitario y logra captar la atención del receptor¹⁶. En esta línea, el Jurado consideró ilícita la publicidad remitida por un anunciante mediante mensajes sms que ocultaban la identidad del emisor e incluían una alegación desconcertante para sus destinatarios (“Hace dos noches te estuve siguiendo”), moviéndoles a leer el mensaje para conocer el contenido¹⁷.

III. REDES SOCIALES Y PUBLICIDAD

Las controversias en torno a las prácticas de publicidad encubierta en las redes sociales son más recientes. Las primeras se sirvieron de los *posts* publicados en webs o en blogs sin advertir que existía una relación económica entre el bloguero, que ofrecía un contenido atractivo, y el anunciante que lo promocionaba en la sombra. El desarrollo de las redes facilitó la proliferación de estas prácticas encubiertas entre *youtubers*, *instagramers*, *tuiters*, etc., e hizo que el Parlamento Europeo denunciara en 2010 “el desarrollo de una publicidad encubierta en Internet (...) mediante la difusión de comentarios en redes sociales, foros y blogs, que se distinguen difícilmente por su contenido de una simple opinión (...)”, con el “riesgo de que los consumidores tomen decisiones equivocadas en la creencia de que la información en que se basan deriva de una fuente objetiva”; y previno sobre:

“los casos en que ciertos operadores de empresas financian directa o indirectamente acciones para favorecer la difusión de mensajes o comentarios en forma electrónica sobre los productos o servicios que parezcan emanar de los propios consumidores cuando se trate realmente de mensajes de carácter publicitario o comercial”¹⁸.

16. Para el Jurado “el asunto del correo electrónico le sirve normalmente y por regla general para identificar de forma inmediata la naturaleza y objetivo del mensaje. Por esta razón, si en dicho asunto se emplean términos como el de *comunicado importante*, se sugiere al consumidor que el mensaje persigue una finalidad distinta de la puramente publicitaria o comercial, infringiéndose así la obligación de que la publicidad sea claramente identificable”. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 5 de septiembre de 2019, Particular vs. Just-Eat Spain, S.L. “Email Comunicado Importante”, FD 3º.

17. “La empresa no especifica en el asunto del mensaje de texto enviado a los teléfonos móviles de los destinatarios que el contenido del mismo es publicitario. Al contrario, la afirmación “*Hace dos noches te estuve siguiendo*” que figura en ellos como asunto, y el nombre “Vlad” con el que se identifica el remitente, inducen claramente a su receptor a pensar que se trata de una comunicación de una naturaleza muy distinta a la comercial”. Dictamen de la Sección Primera del Jurado, de 5 de diciembre de 2019, Asociación de Consumidores en Red vs. Play Hawkers, S.L., “Hace dos noches te estuve siguiendo. SMS”, FD 3º. El mensaje generó temor en los destinatarios.

18. Resolución del Parlamento Europeo de 15 de diciembre de 2010 sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores (2010/2052(INI)), nº 17. Documento P7_TA (2010)0484.

Aunque la normativa europea específica no ha sido modificada aún para obligar a un control más eficaz de los comentarios patrocinados, sí se ha realizado en algunas legislaciones nacionales, pues estas prácticas no sólo implican una falta de honestidad del *influencer* hacia sus seguidores (que confían en la sinceridad de sus comentarios), sino también un abuso del anunciante, que oculta de este modo la práctica publicitaria (Gómez Nieto, 2018: 155).

1. Medidas reguladoras pioneras

Para velar por la autenticidad y la transparencia, EEUU modificó en 2010 su *Guide Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising*¹⁹. La Guía consideraba lícitos los comentarios o posts patrocinados siempre que se hiciera constar en ellos la existencia de una relación con el titular del producto, permitiendo a los seguidores valorar con objetividad la imparcialidad del comentario. Por lo general existirá una contraprestación de la que se beneficia el *influencer*, contraprestación que debe entenderse no sólo como dineraria, sino como cualquier tipo de compensación (productos regalados, invitaciones a eventos, viajes, etc.). En años sucesivos se han adoptado diversas guías que sugieren una publicidad más leal con los consumidores en este campo (Vilajoana, Rom, & Miotto, 2019: 123-124).

También la Advertising Standards Authority (ASA) aprobó en 2018 para el Reino Unido una Guía de conducta²⁰ en la que concretaba exigencias éticas para evitar que los *influencers* pudieran engañar a sus seguidores en las redes sociales sobre la naturaleza publicitaria de sus comentarios, mensajes, imágenes, etc., debiendo revelar, cuando existiera, su colaboración con una marca. La Guía fue el resultado de los análisis realizados por la ASA desde que en el año 2012 observara que diversas *celebrities* –con millones de seguidores en Twitter– habían publicado tuits en los que aparecían consumiendo barras de chocolate Snickers y el mensaje “no eres tú cuando tienes hambre”, utilizado en la campaña publicitaria de Mars para promocionar su producto. Meses después emitió su primera resolución declarando publicidad encubierta los tuits de futbolistas con el *hashtag* de una campaña de Nike y el enlace a la web de la marca²¹. La nueva Guía de 2018 obliga a incluir las advertencias “Ad” o “Sponsored” en los mensajes o publicaciones de un *influencer* cuando exista intención publicitaria y, entre éste y la marca, medie una relación económica de cualquier tipo (Vilajoana, Rom, Miotto, 2019: 124).

También los prestadores de servicio de las redes sociales han tratado de frenar la publicidad encubierta de modo diverso. Unos prestadores, como es el caso de Twitter, prohíben expresamente en sus normas de uso que puedan insertarse comentarios con

19. Federal Trade Commission, 16 CFR Part 255, FTC Act (15 U.S.C. 45), Section 5.

20. *An Influencer's Guide to making clear that ads are ads (Legal, decent, honest and truthful)*, aprobada por la ASA el 28 de septiembre de 2018.

21. Cf. Resolución de la ASA de 20 de junio de 2012, Particular vs. Nike. Obligaba a Nike a cesar en estas prácticas publicitarias y le recordaba la obligación de identificar siempre la publicidad: “We told Nike to ensure that its advertising was obviously identifiable as such”.

finalidad publicitaria Otros, como Youtube, ofrecen la posibilidad de marcar el vídeo subido con una advertencia sobre su carácter publicitario, de modo que quien vaya a visionarlo esté informado previamente. En el mismo sentido, también Facebook, Instagram o TikTok facilitan esta posibilidad, aunque los resultados no sean muy eficaces, tal y como han puesto de relieve estudios recientes (Sixto-García & Álvarez-Vázquez, 2020: 1619; Tur-Viñes, V., Núñez-Gómez, P., & Martínez-Pastor, E., 2019: 334). Otra muestra de la ineficacia de estas medidas la constituye el Informe del Consell de l'Audiovisual de Catalunya sobre los contenidos ofrecidos por tiktokers españoles titulado "Presencia de publicidad en el contenido de los vídeos generados por tiktokers", en el que se pone de manifiesto la práctica publicitaria encubierta en los perfiles con más seguidores²².

2. Medidas reguladoras en España

España se demoró hasta octubre de 2020 para aprobar un Código de Conducta regulador de la publicidad en redes sociales, Código que establecía su entrada en vigor en enero de 2021. En el terreno jurídico, no se ha aprobado aún una norma legal específica para regular las prácticas publicitarias en las redes sociales, aunque no han faltado propuestas en tal sentido en el Parlamento. Así, en julio de 2018, el Grupo Parlamentario Popular registraba una Proposición no de ley que instaba al Gobierno a: "1. Trabajar en la definición de los supuestos de publicidad encubierta en Internet. 2. Designar el órgano competente para las denuncias. 3. Definir el marco legal que regule las actividades publicitarias en la red"²³. Más recientemente, el 16 de marzo de 2021, el Grupo Parlamentario Socialista presentó la *Proposición no de Ley sobre referentes infantojuveniles en internet*, para su debate en la Comisión de Derechos de la Infancia y la Adolescencia. En ella, se insta al Gobierno a velar por el cumplimiento del Código de conducta sobre el uso de 'influencers' en la publicidad, así como a fomentar la adhesión voluntaria a estos protocolos de autorregulación y a impulsar campañas educativas que permitan aumentar la capacidad de crítica racional de los contenidos difundidos por las redes sociales²⁴.

A pesar de que estas proposiciones no han llegado a más, contamos con lo establecido por la LSSI para las comunicaciones electrónicas, que en la letra f) de su Anexo (Definiciones) afirma que "no tendrán la consideración de comunicación comercial (...) las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando

22. Vid. Área de Contenidos del Consell de l'Audiovisual de Catalunya, Informe 122/2020, de 28 de agosto de 2020, "Presencia de publicidad en el contenido de los vídeos generados por tiktokers".

23. Proposición no de Ley 161/003454 del Grupo Parlamentario Popular a la Comisión de Economía y Empresa del Congreso, relativa a ordenar y aumentar la transparencia en la publicidad lucrativa en las redes sociales, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D: General, de 18 de julio de 2018, Núm. 393, pp. 91-92. <http://www.infocoponline.es/pdf/BOCG-12-D-393.pdf>

24. Proposición 161/002226 no de Ley sobre referentes infantojuveniles en internet, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie D: General, de 16 de marzo de 2021, Núm. 240, pp. 149-150. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-240.PDF#page=149

sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”, lo que viene a coincidir con el trato que reciben estas comunicaciones en los medios escritos, como se ha visto antes, por ejemplo, cuando una revista publica un artículo de información o entretenimiento en el que se cita un producto, un servicio, una marca, etc., sin fin publicitario, aunque pueda tener este carácter de forma secundaria sin haber sido buscado por el medio ni contratado por el presunto anunciante. Pero debe entenderse, *sensu contrario*, que, de existir algún tipo de contraprestación, tales comentarios tendrán la consideración de publicidad y debe ser advertido, pues, de no hacerlo, constituiría publicidad encubierta prohibida por el artículo 20.1 LSSI. Aun así, algunos expertos ponen de relieve que es necesario que, en aras de la protección del consumidor, se aprueben normas específicas para estas prácticas publicitarias (Vilajoana, Rom, & Miotto, 2019: 125-126). Otros autores como Tur-Viñes, V., Núñez-Gómez, P., & Martínez-Pastor, (2019: 345) o González-Vázquez (2021: 9), abogan por una legislación armonizada a nivel internacional o europeo, respectivamente, a fin de que coincidan las medidas regulativas de este tipo de prácticas con el ámbito geográfico en el que se producen.

En la realidad española, la prensa se había venido haciendo eco desde 2012 de estas prácticas publicitarias, por ejemplo, de los tuits de algunos futbolistas famosos que aludían e incluían enlaces a los anuncios de una cerveza o una bebida refrescante colgados en Youtube sin advertencia alguna sobre su carácter publicitario (Megías Quirós, 2014: 72). Esta práctica se ha extendido no sólo entre personajes de relevancia pública con gran número de seguidores, sino también entre *microcelebridades* o titulares de cuentas que, sin ser famosos y sin enormes cifras de seguidores, cuentan con los suficientes como para hacerlas atractivas a las marcas con productos relacionados con sus contenidos habituales²⁵. Aunque no alcancen un impacto considerable, no deja de constituir publicidad encubierta cuando se omite la advertencia sobre su carácter publicitario, por lo que debería figurar al menos la advertencia #publi o #promo, acomodándolo así a las exigencias genéricas del artículo 20.1 LSSI.

Uno de los supuestos más comentados en España por la ocultación del carácter publicitario fue el de la campaña realizada por Amstel con su pentatrillones de Radler. La agencia encargada de la campaña publicitaria solicitó a numerosas microcelebridades que generaran contenidos divertidos e ingeniosos con la palabra pentatrillones como telón de fondo sin advertir a sus seguidores que recibirían una contraprestación. El objetivo era que los seguidores de estas microcelebridades se hicieran eco y participaran en el juego, realizando así, sin saberlo, “un trabajo inmaterial para una marca comercial” (Caro Castaño, 2016: 137). El problema fue que uno de los tuiteros contactados por la

25. “La utilización de las microcelebridades en este tipo de campañas constituye una estrategia de transferencia de los capitales de autenticidad, credibilidad y/o autoridad construidos por estas figuras hacia los productos, eventos, marcas y/o organizaciones que son mostradas, mencionadas o sugeridas indirectamente por ellas. Como sucede con las campañas de contenido generado por el usuario (UGC), donde los fans y/o consumidores participan como «multiplicadores» de la marca, produciendo contenidos relativos a ella, difundiéndolas entre sus redes y pudiendo influir sobre los significados de esta en las plataformas de medios sociales (McCracken, 2009: 91), las microcelebridades también ofrecen a las marcas este efecto multiplicador” (Caro Castaño, 2016: 128).

agencia reveló el carácter publicitario encubierto de los comentarios, lo que desencadenó una oleada de críticas centradas en los tuitstars que habían participado y manipulado a sus seguidores, pero no resultaron afectados por las críticas los verdaderos responsables, es decir, la agencia publicitaria y el anunciante (Caro Castaño, 2016: 139).

En el terreno deontológico, la modificación de la norma 13 CCPA en 2019 introdujo una referencia que ha supuesto un gran avance:

“Cuando una comunicación comercial, incluyendo la denominada *publicidad nativa*, aparezca en un medio que contiene noticias o contenido editorial, ésta debe ser presentada de forma que sea fácilmente reconocible como publicidad y, cuando sea necesario, etiquetada como tal. (...) Por tanto, una comunicación que promueve la venta de un bien o la contratación de un servicio no debe hacerse pasar, por ejemplo, por (...) contenido generado por el usuario, blog privado, publicación privada en redes sociales o análisis independiente”.

No sólo contempla explícitamente la *publicidad nativa*, frecuente entre los *influencers* que incluyen información u opiniones personales con un fin publicitario, sino que también hace referencia directa a las redes sociales y a los contenidos generados por los usuarios y blogueros privados (por ejemplo, comentarios remunerados por la marca por ser positivos en relación a alguno de sus productos o servicios)²⁶.

En enero de 2020 se publicó el primer Dictamen del Jurado sobre publicidad encubierta por parte de una *influencer* en Instagram. La protagonista aparecía en una imagen con unos auriculares inalámbricos sobre los que hacía únicamente comentarios elogiosos, sin referencia comparativa a ningún otro producto similar. Cuando la *instagrammer* fue advertida por un seguidor del posible carácter publicitario de su contenido, la propia *influencer* incluyó la etiqueta indicativa, pero en lugar poco visible. Reclamada como publicidad encubierta, el Jurado afirmó que no había dudas sobre el carácter publicitario, aunque no hubiera recibido contraprestación alguna:

“el contenido del mensaje se focaliza en un único producto, los auriculares de la marca Urbanista, y se limita a exaltar sus ventajas, elogiando su comodidad, su práctico uso y los bonitos colores de los distintos modelos disponibles. En ningún momento la reclamada menciona un solo inconveniente de estos auriculares, ni alude a productos de competidores informando sobre otras posibles alternativas de forma neutral y objetiva. Dicho con otras palabras, el mensaje objeto del presente Dictamen se focaliza en un único producto, omitiendo cualquier alternativa; y una vez focalizado en él, se extiende en una constante alabanza de sus virtudes y beneficios, con omisión de cualquier revisión crítica. No parece, así pues, que concurren en el caso que nos ocupa los rasgos propios de un mensaje de carácter estrictamente editorial. Por el contrario, este Jurado

26. Conviene aclarar que el Código Confianza Online establece normas propias para juzgar la publicidad en Internet desde 2003 pero no incluye referencias a las redes sociales. Desde su modificación en 2018, éste Código remite directamente a las exigencias establecidas en el CCPA. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-11/ct-confianza-online.pdf>

considera que el caso que nos ocupa se dan los indicios suficientes como para afirmar un propósito publicitario en el mensaje²⁷.

La razón de la ilicitud por ser contraria a la nueva norma 13 CCPA fue puesta de manifiesto por el Jurado:

“no nos encontramos ante un mensaje que se inserte en medios propios del anunciante (como podrían ser la página web o redes sociales de la empresa fabricante de los auriculares). Por el contrario, estamos ante un mensaje que se incluye en la propia red social de la *influencer*, junto con otras imágenes personales de su vida y actividad cotidiana. En consecuencia, su ubicación no permite apreciar a simple vista que se trata de publicidad. Antes bien, su ubicación lleva a pensar que se trata de una opinión o experiencia más que, con carácter editorial, y junto a otras de la misma naturaleza, difunde la *influencer* en su red social. Por otra parte, tampoco el contenido del post revela su propósito promocional, en la medida en que no hay apelaciones a la compra u otras circunstancias similares. En consecuencia, y en atención a una valoración conjunta de todas las circunstancias hasta aquí descritas, podemos concluir que el destinatario no percibirá a primera vista que se encuentra ante un mensaje de naturaleza publicitaria²⁸.”

El hecho de que la *influencer* hubiera incluido el *hashtag* “#ad” para advertir sobre el carácter publicitario de su comentario no fue considerado suficiente, pues lo había insertado al final del texto, lo que suponía otorgar una visibilidad insuficiente para que sus seguidores pudieran ser conscientes de tal carácter²⁹.

El paso definitivo en la regulación deontológica de esta publicidad se dio en octubre de 2020 con la aprobación del ya citado *Código de conducta sobre el uso de ‘influencers’ en la publicidad*, promovido por la AEA, Autocontrol y la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. En su introducción destaca, a efectos de aplicación del Código, la definición de *influencer*, identificándolo como aquella persona con “alto nivel de influencia sobre el público por su elevado número de seguidores en redes sociales y/o medios de comunicaciones digitales y que interactúan tanto a través de *tweets*, videos y *posts*, como a través de mensajes en *blogs* u otros”, entre los que cita expresamente “*bloggers*”, “*Youtubers*”, “*Instagrammers*” y “*Facebookers*”. También ofrece una lista, no cerrada, de posibles conductas o modos utilizados para influir publicitariamente en sus seguidores, como “entre otros, mencionando productos o servicios, ubicando productos en sus mensajes, participando en la producción de un contenido, o difundiendo

27. Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 28 de noviembre de 2019, Particular (Transfronteriza ASA) vs. Paulina Eriksson, “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”, FD 5°.

28. Dictamen “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”, cit., FD 6°.

29. “Este Jurado considera insuficiente dicha advertencia, en la medida en que, si bien con ella se informa claramente de la naturaleza publicitaria del mensaje, su ubicación al final del texto y no al inicio del mismo o en el título de la imagen publicada, hace que quede diluida entre el resto de indicaciones incluidas por la *influencer*, provocando que pueda pasar fácilmente desapercibida para los destinatarios”. Dictamen “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”, cit., FD 7°. El Pleno del Jurado confirmó, punto por punto, las consideraciones de la Sección Cuarta. Vid. Dictamen del Pleno del Jurado, de 8 de enero de 2020, Solicitud de Paulina Eriksson de revisión de Dictamen de la Sección Cuarta de 28 de noviembre de 2019, “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”.

contenidos relacionados con el producto o servicio, con la finalidad de su promoción". Se trata de una lista abierta, por lo que en el futuro se podrán incorporar otros modos de actuación innovadores pero que persigan también un fin publicitario. Por último, aclara que quedan sometidos a las obligaciones establecidas por el Código no sólo los ya adheridos a la AEA y a Autocontrol, sino cualquier otra empresa del sector (anunciantes, agencias, representantes, medios) e *influencers* que soliciten la adhesión al mismo y las empresas e *influencers* que contraten con ellos.

De la parte dispositiva del Código nos interesan fundamentalmente tres de sus normas. La primera de ellas es la Norma 3, que establece que:

"se considerarán menciones o contenidos publicitarios todas aquellas menciones o contenidos –gráficos, de audio o visuales– que acumulativamente: a) Estén dirigidos a la promoción de productos o servicios; b) sean divulgados en el marco de colaboraciones o compromisos recíprocos, siendo la divulgación del citado contenido objeto de un pago u otra contraprestación por parte del anunciante o sus representantes; c) el anunciante o sus agentes ejerzan un control editorial sobre el contenido divulgado (estableciendo previamente todo o parte del mismo y/o validándolo)".

Llama la atención que, según esta norma, deban concurrir acumulativamente los tres requisitos (intención publicitaria, compromiso remunerativo y control del anunciante) para considerarla como publicidad encubierta, pues no dejaría de ser publicidad encubierta según lo que hemos expuesto anteriormente, aquella comunicación en la que, por ejemplo, faltara el tercer elemento, es decir, aquel contenido publicitario que se deja a la plena creatividad del *influencer*. En todo caso, parece claro que deja de considerarse publicitaria cualquier comunicación que tenga un carácter puramente editorial o que responda a la propia y única iniciativa del *influencer*, que es libre de hacer cuantos comentarios crea oportunos sobre productos, servicios, marcas, establecimientos, etc., aunque se derive de ellos un efecto publicitario, pues, en estos casos, lo fundamental es la información imparcial o personal (opinión) que trata de ofrecer sinceramente a sus seguidores.

La Norma 4 establece qué debe entenderse por contraprestación, haciendo mención expresa del "pago directo (o indirecto a través de agencias), la entrega gratuita de un producto, las entradas gratuitas a eventos, la prestación gratuita de un servicio, los cheques regalo, las bolsas regalo y los viajes". Pero se trata también de una lista abierta, por lo que será preciso juzgar y analizar en cada caso si el *influencer* ha recibido algo del anunciante favorecido o de su agencia que pueda ser interpretado como contraprestación, o que persiga favorecerle publicitariamente por alguna otra razón (amistad, por ejemplo) que desvirtúe la imparcialidad o neutralidad del contenido que esperan sus seguidores.

Por último, la Norma 5 indica cómo debe advertirse a los seguidores sobre el carácter publicitario del contenido en cuestión, debiendo "incluir una indicación explícita, inmediata y adecuada al medio y mensaje sobre la naturaleza publicitaria de tales menciones o contenidos". En esta norma el Código se refiere a dos grupos de modalidades de advertencias genéricas, uno de ellos integrado por las recomendadas y otro por las

desaconsejadas. Las advertencias recomendadas son *publicidad, publi, en colaboración con o patrocinado por*, u otras que indiquen la concreta colaboración con el anunciante, como, por ejemplo, *Embajador de [Mercadona], Gracias a [Lidl], Regalo de [Supersol], Viaje patrocinado por [Globalia]*, etc. En sentido contrario, el código desaconseja utilizar advertencias que han venido usándose hasta ahora y que resultan poco claras para los seguidores, como *Colab, Sponso, sp*, etc., o que exijan al usuario pinchar un link (bajo denominaciones como *información, legal*, etc.) para conocer el carácter publicitario del contenido ofrecido. En definitiva, el Código pone el acento, una vez más, en resaltar la necesidad de evidenciar el carácter publicitario de la comunicación realizada por el *influencer*, de ahí que recomiende el uso de las fórmulas de advertencia que menos esfuerzo cognitivo necesiten por parte de los destinatarios de los mensajes.

Por último, es de destacar que la obligación de advertir a los seguidores sobre el carácter publicitario del contenido no afecta solamente a los que son creados por el propio *influencer*, sino también a aquellos contenidos ajenos procedentes de otras redes, plataformas o webs que comparte o *repostea*. En estos supuestos, si el contenido compartido ya incluye la advertencia de su carácter publicitario, deberá mantenerlo. En caso de que el original no contenga la advertencia exigida por el código, deberá ser incluida por el *influencer* que la comparte en su sitio con sus propios seguidores. De esta forma se evita que el *influencer* pueda eludir la responsabilidad (en caso de reclamación) con el argumento de que se ha limitado a reproducir un contenido en cuya creación no ha participado.

III. LA REALIDAD DE LAS REDES

Según estudios recientes, las redes sociales más utilizadas en España en 2020 han sido, en primer lugar YouTube y, en cuarto lugar, después de WhatsApp y Facebook, Instagram³⁰. A pesar de su cuarto puesto, por sus características propias, Instagram “se ha convertido en la red líder para la publicidad y el marketing” (Sixto-García & Álvarez-Vázquez, 2021: 1613) y, por ende, en un caldo de cultivo para la publicidad encubierta, sobre todo, a través de los *influencers*. Entre los jóvenes y, en especial, los menores, Instagram se sitúa en el segundo puesto de las redes sociales frente a las que más tiempo consumen (Feijoo et al., 2021: 100). Además, de los estudios de Sixto-García (2020:1618)), Perlado et al. (2019:106), Segarra-Saavedra e Idalgo-Marí (2018: 323) y Gómez-Nieto (2018: 155), por ejemplo, se desprende que más del noventa por ciento de las publicaciones de Instagram oculta su finalidad publicitaria al usuario. Estos datos pueden explicar el hecho de que todas las resoluciones y dictámenes del JPA relacionadas con la publicidad a través de *influencers* desde enero de 2021 hasta la fecha, tengan como escenario únicamente la red social Instagram. Del análisis de todas ellas, podemos comprobar que el JPA es coherente con la aplicación de los principios deontológicos que se recogen en el CCPA

30. <https://www.hootsuite.com/es/pages/digital-2020> (25-03-2021)

y en los códigos sectoriales, como el que entró en vigor el 1 de enero de 2021 sobre el uso de *influencers* en la publicidad.

Durante el mes de febrero se emitieron cinco dictámenes y una resolución sobre una serie de publicaciones realizadas el mismo día, el 11 de febrero de 2021, por distintos *influencers* a través de sus *stories* en Instagram. Todas las *stories* participaban del mismo formato: el *influencer* publicaba una fotografía y lanzaba el reto: “Hazme una pregunta”, para ir conduciendo a sus seguidores, a través de las respuestas, a la convicción de que ganaba más dinero con las apuestas deportivas que con las redes sociales. Igualmente, en el contexto de la interacción con sus seguidores, el *influencer* terminaba recomendando y enlazando su comunicación con el perfil de una empresa dedicada a las apuestas. En sus fundamentos deontológicos, el JPA primeramente analiza el mensaje y determina si se trata o no de una comunicación de naturaleza publicitaria. Para ello, tiene en cuenta sobre todo el tiempo y el modo en que se produjeron estas publicaciones para concluir que:

“(…) no sólo todas las publicaciones seguían el mismo orden y esquema, sino que hacían alusión a los mismos partidos, dinero invertido inicialmente y ganancias obtenidas.

Esta coincidencia en el tiempo y en el contenido en la difusión de mensajes prácticamente idénticos por parte de distintos *influencers* revela, por si sola, su naturaleza publicitaria”³¹.

Una vez determinada la naturaleza publicitaria de la comunicación, el Jurado entiende que todas estas publicaciones han contravenido la norma 2 (principio de legalidad) y la norma 13 (principio de autenticidad) del CCPA. Por lo que respecta a la Norma 2, el JPA tiene en cuenta las restricciones legales impuestas a la publicidad sobre juegos de azar y apuestas establecidas por la legislación española y, en cuanto al principio de autenticidad, la ausencia de cualquier tipo de advertencia pone en evidencia la existencia de publicidad encubierta y, por tanto, el incumplimiento de la norma 13 del CCPA.

Sin embargo, no toda mención de una marca realizada por un *influencer* en su perfil tiene la consideración de publicidad. Como hemos afirmado anteriormente, es esencial discriminar una comunicación con contenido publicitario directo de otra en la que, exponiendo una opinión personal, se produce la publicidad de una marca como un efecto secundario. Sólo en el primer caso podrían darse los presupuestos para calificar

31. Resolución de la Sección Cuarta del Jurado de la Publicidad, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. James Lover, “James Lover Influencer”, FD 1º. Los mismos términos se recogen en el Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Westapuesta, S.L., “Influencers”, FD 2º; Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Ggpica, “Ggpica Influencer”, FD 2º; Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Jesuseda, “Jesuseda Influencer”, FD 2º; Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Marina Yers, “Marina Yers Influence”, FD 2º; Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 19 de febrero de 2021, Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Paulagarciamaciaa, “Paulagarciamaciaa Influencer”, FD 2º.

tal publicación de publicidad encubierta. El problema es que esto debe ser apreciado caso por caso y en función de las circunstancias concretas en las que se produce la comunicación.

En la Resolución de la Sección Séptima del JPA, de 12 de marzo de 2021, Particular vs. Nestlé España, S.A., “Nesquik. Internet”, el JPA entiende que la mención de la marca Nesquik en la receta de cocina difundida por un *influencer* no constituye publicidad encubierta puesto que no puede calificarse de publicitario el contenido emitido a través de su perfil. Basa su argumentación en la valoración conjunta de cuatro circunstancias. En primer lugar, el mensaje reclamado no contiene ninguna mención a las características del producto, ni alabanzas, ni lisonjas, ni se le da especial relevancia al mismo. Más bien, su presencia obedece “(...) al simple hecho de que es el ingrediente principal de la receta presentada y, como tal, es mostrado repetidamente”. Además, queda acreditado que no existe relación alguna entre la marca reclamada y el *influencer* Alex Chía. No le ha sido abonada “(...) contraprestación alguna para la creación y difusión del video, ni le ha proporcionado la receta mostrada, ni muestras del producto”. En tercer lugar, otra razón que aduce el JPA para entender que se trata de una comunicación no publicitaria es la “(...) la falta de control por su parte [Nestlé] sobre la publicación del *influencer* y, consecuentemente, su falta de responsabilidad sobre el mismo: el hecho de que el propio nombre del producto se encuentre mal escrito en una de las redes sociales” y que aparezca en la publicación una nata de una marca competidora de Nestlé, son reveladores en este sentido. Por último, “(...) la cuenta oficial de ‘Nesquik’ no se encuentra mencionada en ninguna de las dos redes sociales (Instagram y TikTok)”³². Por tanto, concluye el Jurado, al no tener una finalidad publicitaria, la comunicación no incumple el principio de autenticidad, ya que éste sólo es aplicable a los mensajes publicitarios cuando su finalidad permanece oculta. Igualmente, no le es aplicable al caso la norma 3 del *Código de Conducta sobre el uso de influencers en la publicidad*, pues este sólo se aplica a los mensajes publicitarios.

Algo más compleja resulta la valoración de la necesaria advertencia del carácter publicitario de la publicación realizada por un *influencer*. Tanto las normas jurídicas que impiden la publicidad encubierta como el CCPA hacen referencia a que la advertencia sea “suficiente” para desvelar el carácter de publicidad del mensaje, pero ¿cómo interpretar este término? ¿Cómo saber cuándo una advertencia es o no suficiente para respetar el principio de autenticidad? En este sentido, aunque la norma 5 del Código de conducta sectorial, a través de sus recomendaciones, ha arrojado cierta luz al problema, será necesario, una vez más, acudir a los criterios de interpretación que el JPA aplica en sus resoluciones y dictámenes.

En marzo y abril de 2021, el JPA ha emitido dos resoluciones y un dictamen en el que declara publicidad encubierta varias publicaciones de dos conocidas periodistas y una actriz con numerosos seguidores en su perfil³³. En concreto, entiende el Jurado que en

32. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 12 de marzo de 2021, Particular vs. Nestlé España, S.A., “Nesquik. Internet”, FD 3º.

33. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 5 de marzo de 2021, Particular vs. Samsung Electronics Iberia, “Samsung influencer”; Dictamen de la Sección Quinta del Jurado, de 9 de abril de

los tres supuestos se infringe la norma 5 del Código sectorial que exige que, en los casos en que la naturaleza publicitaria de la comunicación no sea clara ni evidente, ésta se indique de forma “explícita, inmediata y adecuada al medio y al mensaje” que se utiliza. El tenor literal de la advertencia elegida por las *influencers* en todos los casos fue el *hashtag* “#ad”, como abreviatura del término inglés *advertising* que significa publicidad. El JPA es muy claro respecto a la inconveniencia de su uso:

“En efecto, tal y como ya señaló el Jurado de la Publicidad en su Resolución de 19 de enero de 2021, no hay que olvidar que ‘el término anglosajón “ad” para supuestamente desvelar la naturaleza promocional del mensaje que se difunde no es un recurso que permita al consumidor medio advertir inequívocamente su carácter publicitario, ya que no puede descartarse que aquél desconozca su significado”³⁴.

Por el contrario, hubiera bastado que se utilizara cualquiera de las indicaciones genéricas recomendadas en el primer apartado de la norma 5 (reproducidas en el epígrafe anterior) o las propias herramientas que contienen los prestadores de servicio de las redes sociales, como se advierte por el JPA:

“(…) el término “Ad” no resultaría suficiente a juicio de esta Sección como para identificar correctamente la publicidad, máxime cuando, tal y como indica el particular, la propia plataforma en la que la *influencer* publica su post, prevé una etiqueta descriptiva destinada a aquellos supuestos en los que se quiera identificar una publicación como el resultado de una colaboración pagada con alguna marca”³⁵.

Lo que preocupa al Jurado es que el término que se utilice para advertir del contenido publicitario del mensaje sea lo más claro posible, de modo que no requiera, por parte del receptor, ningún esfuerzo añadido para su identificación. Para ello, tan importante es el tenor literal de la advertencia en sí, como el lugar en el que se ubique. En las tres decisiones citadas, las *influencers* habían colocado el *hashtag* #ad al final de la publicación, lo que impedía que el usuario tuviera conocimiento del carácter publicitario de la misma desde el primer momento, ya que aparecía diluido entre otros *hashtags* y, según el dispositivo a través del cual se accediera a la publicación, se podía incluso requerir una acción adicional: pulsar en un enlace con la palabra más, para poder leer el texto completo que acompañaba al post, donde se había colocado la pretendida advertencia.

Precisamente, como garantía de seguridad, el propio Código de los *influencer* ha incorporado un anexo que contiene recomendaciones expresas al modo y lugar en que

2021, Particular vs. Brand New Ways Comunicaciones, S.L, “Oppo influencer internet” y Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 16 de abril de 2021, Particular vs Chocolates valor S.A., “Valor 99 % Negro Influencer Internet”.

34. Resolución “Samsung influencer”, cit., FD 9º. Reproduce el mismo argumento en el Dictamen “Oppo influencer internet”, cit., FD 7º y en la Resolución “Valor 99 % Negro Influencer Internet”, cit., FD 7º.

35. Resolución “Valor 99 % Negro Influencer Internet”, cit., FD 7º.

debe realizarse la advertencia preceptiva según que se trate de una red social o de otra. En el caso de Instagram, la identificación de los contenidos publicitarios debe:

“Incluir la palabra o etiqueta identificativa en el título encima de la foto o al inicio del texto que se muestra. Si únicamente se ve una imagen, la propia imagen debe incluir la palabra o etiqueta identificativa al inicio del mensaje. También puede utilizarse la etiqueta identificativa de la publicidad establecida por la propia plataforma (“Paid partnership tag”).”

Un estudio publicado en 2020 sobre la publicidad encubierta en Instagram indica que “(...) en la gran mayoría de publicaciones (93,4%) se oculta esta información al usuario. Cuando se indica que el contenido es publicitario se utiliza siempre (100%) el mismo formato: el *hashtag* #ad” (Sixto-García & Álvarez-Vázquez, 2020: 1618). Esto nos lleva a pensar que probablemente, la norma 5 sea la que más repercusión tenga en el cambio de las comunicaciones publicitarias a través de *influencers* tal y como hasta ahora se vienen produciendo. De hecho, supone una concreción de los principios que el JPA venía aplicando en decisiones anteriores a la entrada en vigor del Código sectorial, como el ya aludido dictamen “Auriculares sin etiquetar *influencer*. RRSS”. El hecho de que estos principios y criterios se recojan ahora en un Código deontológico contribuye a afianzar la posición que el propio Jurado ha venido manteniendo en relación a la publicidad encubierta y de la que se han hecho eco algunos Tribunales de Justicia³⁶. Hay que notar que la fuerza moral de las resoluciones del Jurado influye en la percepción que tienen los usuarios de las marcas y esta confianza resulta fundamental a la hora de determinar los hábitos o las decisiones de compra. Los consumidores se inclinan mayoritariamente hacia aquellos productos que transmiten autenticidad (Marti-Pelló & Saunder-Uchoa-Craveiro, 2015: 176), de ahí que, aunque un anunciante no se haya adherido a Autocontrol y a pesar de que, en estos casos, los dictámenes del Jurado no sean de obligado cumplimiento, normalmente, sus decisiones suelen ser aceptadas por los afectados, ya que normalmente también son respaldadas por los Tribunales en aquellos asuntos que han sido conocidos por éstos. Además, cuando están implicados *influencers* conocidos por el público en general, estas decisiones suelen adquirir repercusión mediática e influyen negativamente en el comportamiento de los consumidores, que cada vez más desconfían de los productos recomendados por los ellos: “un 80% de las personas confiaría en la opinión de una persona anónima antes que en la de un influencer, al percibir que estas no son auténticas. Un 92% de ellos interactúan con los

36. La Resolución “Samsung *influencer*”, cit., FD 9º y la Resolución “Valor 99 % Negro *Influencer* Internet”, cit., FD 7º coinciden en señalar que: “(...) la opinión hasta aquí reflejada del Jurado en torno a la insuficiencia del hashtag #ad incluido al final del mensaje y diluido entre otros hashtags coincide con la que han expresado también Tribunales de Justicia en nuestro entorno. En este sentido cabe citar, por ejemplo, la sentencia del Oberlandesgericht de Celle, de 8 de julio de 2017, en la que consideró insuficiente que el carácter publicitario de un tuit se desvelara a través de una etiqueta («hashtag») con el término «ad» que se incluía al final del mensaje y acompañada de otras múltiples etiquetas o «hashtags», entre las cuales se diluía”.

influencers, aunque un 43% nunca han comprado nada de lo que les han recomendado” (Iniesta-Alemán, 2019: 154).

Por otra parte, a pesar de que aún no contemos con una legislación que, de forma expresa contemple los supuestos de publicidad encubierta a través de las redes sociales y con el empleo de *influencers*, la agilidad y flexibilidad de las actuaciones del JPA, lo convierte en un instrumento eficaz en el control de la publicidad encubierta, ya que “al no estar sujeto a la literalidad de las normas, puede establecer criterios que las complementen y permiten declarar la ilicitud de nuevas prácticas que no vulneran la legalidad porque no están contempladas en ellas, pero que son idóneas para generar confusión y, por lo tanto, contrarias a la ética” (Megías, 2014: 80).

IV. CONCLUSIONES

Respecto a los objetivos que nos marcamos en la introducción de este trabajo, las conclusiones que podemos obtener son:

1. La publicidad debe ser inmediatamente reconocida como tal por cualquier usuario medio, sin necesidad de realizar ningún esfuerzo cognitivo adicional. Por eso, no toda comunicación que pretenda este fin precisa ser advertida expresamente por el anunciante o el *influencer* para cumplir con las exigencias del principio de autenticidad, tan sólo aquella que, por su contenido o por su ubicación, pueda confundir al receptor del mensaje respecto a su finalidad. No toda información que cause un efecto publicitario, sin advertirlo, constituye publicidad encubierta o velada, ya que se considera lícito el efecto publicitario que puede derivarse indirecta o secundariamente de una publicación cuya finalidad primera sea transmitir información objetiva sobre cualquier producto. La constatación de algún tipo de compensación entre el informante y el dueño del producto será determinante para declarar la publicación como publicidad encubierta.
2. La utilización de las redes sociales y, más concretamente, de los *influencers* por parte de los anunciantes ha revolucionado la gestión de la publicidad (Iniesta-Alemán, 2019: 165) lo que ha provocado el aumento de la publicidad encubierta y de las prácticas que, sin ser completamente ilícitas (por no estar descritas en el tenor literal de las normas jurídicas que regulan la publicidad), son contrarias a la ética y al principio de autenticidad por generar deliberadamente confusión al usuario respecto a la finalidad que persiguen. En todas las resoluciones y dictámenes emitidos por el JPA desde enero de 2021 hasta la fecha, se analizan publicaciones realizadas a través de Instagram que, o bien no incluyen la debida advertencia, o bien utilizan únicamente el *hashtag* “#ad”, ubicándolo al final del post. Esta práctica es claramente contraria al principio de autenticidad de la publicidad y constituye publicidad encubierta, por lo que debe erradicarse.
3. El hecho de que aún no exista una legislación que contemple expresamente la publicidad encubierta a través de las redes sociales no puede ser un obstáculo

para exigir transparencia y autenticidad en las comunicaciones que se realizan a través de cualquier medio (escrito o audiovisual). La legislación actual contiene indicaciones generales que, para algunos, no son suficientes. Sin embargo, conviene recordar que la naturaleza de las leyes es necesariamente generalista, pues un exceso de concreción en las mismas las convertiría en inaplicables. La realidad es enormemente compleja y ágil, y las prácticas que pueden instrumentarse para tratar de salvar los obstáculos y las limitaciones legales en la publicidad a través de las redes sociales, pueden llegar a ser innumerables y absolutamente imposibles de prever por un texto legislativo. Por ello, la labor de concreción de las normas que realizan los jueces y tribunales cuando deben intervenir en un conflicto resulta esencial, máxime en un tema como el que nos atañe, como es el de las redes sociales, que cambia rápidamente. En la resolución de estos conflictos, las decisiones adoptadas por los órganos de control de Autocontrol suelen ser tenidas en cuenta, con lo que podemos concluir que contribuyen adecuadamente a la resolución de los mismos. Actualmente, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital está trabajando en un Anteproyecto para una nueva Ley General de Comunicación Audiovisual que el 29 de junio pasó nuevamente el trámite de Audiencia Pública. No sabemos qué recorrido tendrá, pero no parece que el texto publicado satisfaga las expectativas de los que abogan por una regulación más exhaustiva³⁷.

4. Por último, entendemos que, en este campo, las medidas de autorregulación son esenciales porque su flexibilidad permite actuar rápidamente allí donde la rigidez de la ley no alcanza. Para ello, es preciso contar con el compromiso de los anunciantes, de las grandes y pequeñas marcas, por respetar la ética de la publicidad. Entendemos que sería deseable que se fomentara la adhesión voluntaria a dichas medidas de autorregulación, en el sentido al que apuntan las Proposiciones no de Ley citadas, a través de campañas de concienciación. En definitiva, aumentar los mecanismos de control, más que la propia regulación.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS, V. (2012): "Publicidad encubierta y emplazamiento de producto. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de junio de 2011 (caso "Alter Channel")", *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, N°. 66: 169-196.
- CARO CASTAÑO, L. (2016): "Microcelebridades y comunicación encubierta online en España. El caso de #Pentatrillones", *adComunica, Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, 11: 121-144. <http://dx.doi.org/10.6035/2174-0992.2016.11.8>

37. En su artículo 134 recoge la necesidad de una publicidad que respete el principio de autenticidad, pero no hace mención expresa a las redes sociales ni al empleo de *influencers*, ni concreta los modos en los que este principio puede salvaguardarse. En su artículo 119 remite a las normas que regulan cada sector de actividad. Disponible en: <https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/participacionpublica/audienciapublica/Paginas/210629-APL-comunicacion-audiovisual.aspx> (11/07/2021).

- FEIJOO, B., BURGUEÑO, S., SÁBADA, C., & GARCÍA-GONZÁLEZ, A. (2021): "La percepción de padres e hijos sobre la publicidad en redes sociales", *Comunicar*, 67: 99-109. <https://doi.org/10.3916/C67-2021-08>
- GÓMEZ NIETO, B. (2018): "El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa", *Methaodos.revista de ciencias sociales*, 6 (1): 149-156. <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.212>
- GONZÁLEZ-VÁZQUEZ, L. (2021): ¿Es preciso legislar a nivel comunitario (UE) de forma armonizada sobre el marketing/publicidad encubierta de los «influencers» en los medios sociales?, *La Ley Unión Europea*, 88: 1-10.
- INIESTA ALEMÁN, I. (2019): "Eficacia de los influencers como recurso publicitario en la estrategia de los anunciantes locales", *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, 46: 149-169. DOI: 10.12795/Ambitos.2019.i46.09
- LABIO, S. (2006): "Publicidad encubierta. La información que vende", *Questiones Publicitarias*, 1 (11): 51-65.
- MARTÍNEZ-SALA, A.M., MONSERRAT-GAUCHI, J., SEGARRA-SAAVEDRA, J. (2019): "El influencer 2.0 turístico: de turista anónimo a líder de opinión", *Revista Latina de Comunicación Social*, 74: 1344-1365. <http://www.revistalatinacs.org/074paper/1388/71es.html> DOI: 10.4185/RLCS-2019-1388
- MARTI-PELLÓN, D., & SAUNDERS-UCHOA-CRAVEIRO, P. (2015): "Exposición infantil a anuncios en webs de juegos de Brasil y de España", *Comunicar*, 45: 169-177. <https://doi.org/10.3916/C45-2015-18>
- MEGÍAS, J.J. (2014): "El principio de autenticidad en la comunicación comercial", *Comunicación. Revista Internacional de Comunicación Audiovisual, Publicidad y Estudios Culturales*, 12: 65-81. https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/58590/A5_Megias-Quiros_El-principio-de-autenticidad-en-la-comunicacion-comercial.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- MEGÍAS, J.J., & CABRERA, L. (2013): *Ética y Derecho en la publicidad*, Granada: Comares.
- PERLADO, M., PAPÍ, N., & BERGAZ, M. (2019): "Del planificador de medios al experto en medios: El efecto digital en la publicidad", *Comunicar*, 59: 105-114. <https://doi.org/10.3916/C59-2019-10>.
- SEGARRA-SAAVEDRA, J., & HIDALGO-MARÍ, T. (2018): "Influencers, moda femenina e Instagram: el poder de la influencia en la era 2.0", *Revista Mediterránea de Comunicación*, 9 (1), 313-325. <https://doi.org/10.14198/MEDCOM2018.9.1.17>
- SERRA, P. (2011): "La confusión entre información y publicidad: el caso de las "revistas"", *Actas del I Congreso Internacional de Ética de la Comunicación*. Sevilla: Mad.: 548-560.
- SIXTO-GARCÍA, J., & ÁLVAREZ-VÁZQUEZ, A. (2020): "Influencers en Instagram y publicidad engañosa: la necesidad de regular y autorregular", *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 26 (4): 1611-1622. <http://dx.doi.org/10.5209/esmp.66921>
- TATO-PLAZA, A. (2019): "Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en las redes sociales", *Revista de Derecho Mercantil*, 311: 49-74.
- TUR-VIÑES, V., NÚÑEZ-GÓMEZ, P., & MARTÍNEZ-PASTOR, E. (2019): "YouTube, menores y cultura colaborativa. Revisión bibliográfica de la investigación académica", *Historia y Comunicación Social*, 24 (1): 331-351. <https://doi.org/10.5209/HICS.64498>
- VILAJOANA, S., ROM, J., & MIOTTO, G. (2019): "Retos de la autorregulación publicitaria ante los riesgos jurídicos y éticos del marketing de influencers", *Revista Mediterránea de Comunicación*, 10: 115-129. Inteligencia artificial y Derecho del Trabajo.



Inteligencia Artificial y Derecho del Trabajo

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LABOR LAW

Alejandra Selma Penalva

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

aselma@um.es  0000-0003-2116-0057

Recibido: 25 de marzo de 2021 | Aceptado: 14 de diciembre de 2021.

RESUMEN

A lo largo del presente trabajo se analizan los retos que, para el Derecho del Trabajo del siglo XXI, dentro de pocos años, supondrá la plena automatización de los procesos productivos que se conseguirá como resultado de aplicar la inteligencia artificial al sector empresarial. A su vez, se plantean las distintas alternativas posibles que, en la práctica, podrían ayudar a evitar la drástica disminución de las plantillas que la robotización provocará, así como, a garantizar el mantenimiento de las pensiones por incapacidad y jubilación llegado el momento en el que, nuestro modelo de Seguridad Social, estructurado sobre un sistema de reparto, sea insuficiente para hacer frente a las necesidades sociales que actualmente cubre.

ABSTRACT

This paper analyzes the challenges that the full automation of the productive processes that will be achieved as a result of the application of artificial intelligence to the business sector will mean for the Labor Law of the XXI century in a few years time. At the same time, the different possible alternatives that, in practice, could help to avoid the drastic reduction in the workforce that robotization will cause, as well as to guarantee the maintenance of disability and retirement pensions when our Social Security model, structured on a pay-as-you-go system, is insufficient to meet the social needs that it currently covers, are discussed.

PALABRAS CLAVE

Modernización
Desaparición de puestos de trabajo
Nuevos yacimientos de empleo
Desempleo
Sostenibilidad del sistema de Seguridad Social

KEYWORDS

Modernization
Job losses
New sources of employment
Unemployment
Sustainability of the Social Security system

I. LA DIGITALIZACIÓN PLENA DE LA SOCIEDAD DEL NUEVO SIGLO: DEL TELETRABAJO A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Sin duda, la epidemia mundial de coronavirus podrá considerarse dentro de unos años como el punto de inflexión a partir del cual, la sociedad moderna dio el gran salto a la digitalización. Y es que, la necesidad imperiosa de mantener el confinamiento, los cierres perimetrales y el toque de queda, ha obligado a realizar múltiples actividades laborales y sociales de forma telemática, demostrándose así que el ser humano, aprovechando las enormes utilidades que permiten las herramientas informáticas, puede adaptarse con enorme rapidez a los retos que se le presentan. Redes sociales y e-sports desplazan con asombrosa rapidez a las formas clásicas de interacción social, al mismo tiempo que se descubre que muchas más actividades de las que pensábamos pueden realizarse en régimen de teletrabajo sin merma alguna de su calidad y eficacia.

Ante esta situación totalmente inesperada, se ha producido una adaptación radical de los hogares, las Administraciones públicas, los centros educativos y las empresas con el fin de hacer frente a las nuevas formas de comunicación laboral y social que posiblemente lleguen a definir la próxima década. Tanto es así que puede afirmarse sin reservas que la informatización de los procesos productivos alcanza hoy su punto máximo, dado que ya no solo se busca, como se hacía hasta ahora, modernizar la estructura organizativa con el fin de ganar rapidez y eficacia en el proceso de producción, sino salvaguardar la seguridad y salud de trabajadores, clientes y usuarios, consiguiendo que las restricciones a la libre circulación que ha impuesto la pandemia no frenen la actividad empresarial.

Por lo que a las relaciones laborales se refiere, esta tecnologización de la sociedad lleva aparejada diversas consecuencias: por una parte, cambian las necesidades empresariales tradicionales, desplazadas por nuevos requerimientos sociales antes impensables (Martín, 2018); por otro, se produce una sustitución prácticamente plena de las herramientas de trabajo consideradas clásicas, en favor de las nuevas posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías. En este contexto, se modifica la forma de llevar a cabo el poder de organización y dirección del trabajo, de modo que adopta nuevos perfiles en los que una aparente libertad de actuación prácticamente total del trabajador choca con las enormes posibilidades de supervisión que posibilitan los instrumentos de grabación asociados a las nuevas tecnologías (Carrasco, 2018; Rodríguez, 2015).

Al mismo tiempo, la implantación del teletrabajo en el ejercicio de profesiones clásicas se acompaña del descubrimiento de nuevos requerimientos empresariales, unas veces directamente vinculados a la transformación digital de los procesos productivos, y otras, derivados de la oportunidad de atender los sectores de mercado emergentes que abren las nuevas necesidades sociales, dando lugar a nuevos yacimientos de empleo. Cada vez con más frecuencia, los jóvenes inician su andadura profesional como trabajadores autónomos desarrollando actividades íntegramente digitales, como youtubers, instagramers, e-gammers. Las empresas empiezan a ofertar puestos de trabajo para desarrollar las tareas de análisis de datos digitalizados, mejorar la comunicación y difusión audiovisual de la marca en las redes sociales, conseguir la

preparación y gestión de los soportes informáticos necesarios para llevar a cabo la digitalización de la actividad empresarial, garantizar la seguridad de la información que maneja y la confidencialidad de los datos de los clientes que han contactado con la empresa por internet, asegurar el correcto funcionamiento de los programas informáticos utilizados y el mantenimiento técnico de los robots, entre otras muchas tareas directamente vinculadas no solo a la modernización de los procesos de producción, sino a la digitalización de las empresas modernas¹. De hecho, puede afirmarse que, la actual revolución tecnológica (quizá ya la cuarta, una vez que las enormes posibilidades de información y comunicación que permite Internet se une a la simple informatización del proceso productivo que caracterizó a la tercera revolución industrial), es una revolución constante, pues se está materializando en forma de un proceso continuo de cambio radical, evolución y mejora, dando paso sin solución de continuidad a nuevas aplicaciones informáticas abiertas a múltiples utilidades en el mundo empresarial (Valverde, 2020).

Este cúmulo de factores provoca que la carrera por la modernización de los procesos productivos que se registra en todos los ámbitos y sectores de actividad se manifieste ahora bajo unos nuevos perfiles. De esta forma los clásicos objetivos de automatización y robotización de la actividad empresarial, unidos a la digitalización e informatización de los procesos productivos, pasan a implantarse, con mayor o menor medida en actividades propias tanto del sector primario, secundario o terciario. Agricultura, Industria, Construcción y Servicios pugnan con la misma fuerza por ganar eficacia y calidad en sus respectivos ámbitos gracias a las numerosas ventajas que puede reportarles la modernización tecnológica aplicada a sus respectivos ámbitos de actividad. Y es que tanto los nuevos sectores de actividad surgidos en el siglo XXI, como los sectores clásicos, en mayor o menor medida, han actualizado sus procesos de producción y comercialización, con el fin de adaptarse al exigente mercado globalizado.

En esta contante lucha por conseguir calidad, rentabilidad y eficacia, surge un nuevo reto: la implantación de la inteligencia artificial a los procesos de producción. No se pretende solo modernizar los procesos productivos, sino lograr una empresa inteligente, en el que las nuevas tecnologías, dejen de ser meras herramientas de trabajo para pasar a ser, junto con el ser humano, elementos activos en el proceso productivo (Kahale, 2018). Hoy en día, los avances de la técnica empiezan a plantear como posible superar la enorme modernización que en sí misma ha supuesto la generalización del teletrabajo², gracias a la automatización robótica de las estructuras productivas, momento en la

1. Chief digital officer, digital analyst, marketing automation consultant, performance manager, business intelligence analyst, copywriter, diseñador de aplicaciones y software, diseñadores web, Social Media Manager, community manager, chief information security officer, son solo algunas de las múltiples nuevas profesiones a las que ha dado origen la revolución digital que caracteriza al siglo XXI.

2. Aunque la promulgación de la reciente Ley del Teletrabajo (RD-Ley 28/2020 y RD-Ley 29/2020, respecto a las Administraciones públicas) pueda considerarse hoy en día como un gran hito en la historia del ordenamiento jurídico laboral, posiblemente en poco tiempo, la prestación de los servicios a distancia quedará totalmente superada por la posibilidad de obtener, en muchas actividades,

que la figura del ser humano pasará a ser totalmente prescindible, al menos, por lo que respecta a su consideración como factor de producción.

Así pues, debe admitirse que, a corto plazo, la tecnologización de los procesos productivos buscando optimizar costes y aumentar los beneficios empresariales no implicará solo la renovación de la maquinaria productiva y de la informatización de las herramientas de trabajo, sino que exigirá dar un paso más: el paso definitivo que posiblemente permita lograr una reducción radical de las plantillas de las empresas, logrando así no ya la disminución, sino incluso la desaparición total de los costes sociales vinculados a la mano de obra, al mismo tiempo de que eleva la productividad del sistema: objetivo que, hipotéticamente, se conseguirá en el momento en el que la empresa sea capaz de incorporar la inteligencia artificial a su proceso productivo, integrándola en su estructura en la mayor medida que permitan sus posibilidades. De esta forma, lo que en un principio comenzó siendo poco más que domótica aplicada con el fin de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos en sus propios hogares, se empieza a extender con rapidez vertiginosa a todos los ámbitos de la vida, hasta llegar al ámbito empresarial. Y es precisamente en este contexto donde desplegarán sus consecuencias más arrolladoras. El objetivo es conseguir máquinas que no solo actúen como lo hubiera hecho el ser humano, sino que tomen decisiones, demuestren aprendizaje y capacidad de solución de problemas.

Desde el punto de vista teórico, la inteligencia artificial permitirá no solo suplir el trabajo humano, sino incrementar la productividad de la empresa en cuestión, pues será capaz de eliminar los “inconvenientes” que lleva aparejados la mano de obra humana. Y no nos referimos solo al deber de cotizar a la Seguridad Social. Y es que, esta tecnificación cualificada de los procesos productivos reduciría el margen de error inherente a toda actividad humana, al mismo tiempo que eliminaría los límites a la jornada diaria de trabajo exigidos en la legislación laboral, la necesidad de salvaguardar la seguridad e higiene en el lugar de trabajo, la retribución salarial mínima, el derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas, la necesidad de formalizar los contratos de trabajo, justificar la temporalidad de la mano de obra, abonar indemnizaciones derivadas del cese de los trabajadores, registrar la jornada de trabajo, garantizar la igualdad en la empresa, etc. En definitiva, en el momento en el que la inteligencia artificial deje de ser un proyecto utópico, en fase de estudio y desarrollo y pase a ser realmente operativa y estar en condiciones de generalizarse e implantarse en los procesos productivos, producirá el efecto de suplir de forma sustancial las necesidades empresariales de mano de obra, con la importantísima reducción de los gastos fijos que ello lleva aparejado.

Llegados a este punto surge la gran duda: ¿podrá nuestro mercado de trabajo hacer frente a este gran cambio? Los nuevos yacimientos de empleo a los que han ido dando lugar las nuevas necesidades tecnológicas de la sociedad del siglo XXI ¿serán capaces de absorber la mano de obra excedente? En otras palabras, ¿las nuevas profesiones serán

una prestación de servicios robóticos, igual o más eficiente, sin necesidad de recurrir a mano de obra humana.

capaces de sustituir a las clásicas en lo que respecta al número de personas empleadas y tiempo de dedicación? O, por el contrario, estas actividades emergentes ¿serán solo puntuales, esporádicas o residuales y, por lo tanto, insuficientes para crear puestos de trabajo estables que garanticen la sostenibilidad económica de los autónomos y trabajadores por cuenta ajena dedicados al sector? En resumen, estas son las luces y sombras del modelo productivo de la industria 4.0: puede presentarse como el paradigma de eficiencia, flexibilidad, novedad y salvaguarda del medio ambiente, pero esconde un enorme riesgo ¿el ser humano, como fuerza de producción, va a poder ser totalmente sustituido por la máquina gracias a los avances vertiginosos de la tecnociencia? Y si esto es así, ¿la ciencia e innovación habrá ayudado a mejorar la calidad de vida de la sociedad del siglo XXI? O por el contrario, ¿se anuncia una crisis de dimensiones desconocidas?

Y si es así, ¿se ha planteado nuestra sociedad cuáles serán las connotaciones éticas que debería respetar este proceso de transformación de la sociedad para conseguir que el proceso genera más ventajas que inconvenientes prácticos?

II. EL INCIERTO FUTURO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sobre todo, cuando en una época de inestabilidad económica, en un país que viene sufriendo una progresiva disminución de la natalidad, el incremento de la edad de jubilación y la congelación de las pensiones se empiezan a plantear como inevitables.

¿Conviene pasar al sistema de capitalización en lugar de al sistema de reparto? (Zubiri, 2003; Jimeno 2000) ¿Desaparecerán situaciones protegidas, intentado adecuar los ingresos reales con los gastos del sistema? ¿Se endurecerán los requisitos de acceso con el fin de reducir el número y la cuantía de las prestaciones y pensiones que cada año, se reconozcan en favor de los administrados? ¿Las pensiones privadas progresivamente sustituirán al sistema público de cobertura social? (Gómez, 2010).

Adviértase que, en poco tiempo, quedarán olvidados los desafíos a los que se enfrenta, por el momento, nuestro sistema de Seguridad Social, pasando a ser sustituidos por un problema mucho mayor. Y es que si actualmente los esfuerzos se centran en reducir la intensa temporalidad de la que adolece nuestro mercado laboral (empezando a barajarse, tímida y fluctuantemente, la idea del contrato de trabajo único en nuestro país, con el fin de eliminar, de forma radical y definitiva el problema) y en mejora progresivamente el nivel de protección que reciben los trabajadores autónomos (con el fin de fomentar el autoempleo como alternativa real ante la pérdida de un puesto de trabajo, evitando que prosperen fórmulas de falso trabajo autónomo con las que se intenta encubrir una relación laboral no declarada con finalidad fraudulenta), en pocos años, nuestro modelo productivo se va a enfrentar a un nuevo reto, mucho más difícil de sobrellevar: ¿verdaderamente el ser humano puede ser plena y definitivamente sustituido por un robot? Las máquinas, por muy avanzada y técnica que sea su estructura, ¿realmente pueden ser plenamente autosuficientes en un proceso productivo sin contar ni siquiera con supervisión, dirección o control humano? Siendo realistas, una producción empresarial basada exclusivamente (o cuasi-exclusivamente) en la inteligencia artificial ¿es posible?

III. ¿HA LLEGADO EL MOMENTO DE REDEFINIR EL CONCEPTO DE RELACIÓN LABORAL?

Ante este incierto panorama en el que personas físicas competirán con nuevos prototipos robóticos por desempeñar tareas cada vez más similares, surge una pregunta obligada: ¿qué va a ocurrir con nuestro sistema de Seguridad Social? ¿Será capaz de resistir el exponencial descenso de la necesidad de mano de obra que provocará la incorporación masiva de la inteligencia artificial a los procesos productivos? ¿Ha llegado el fin del modelo de reparto hasta ahora conocido? O, por el contrario, ¿este cambio social está anticipando un cambio obligado en el modelo de Seguridad Social destinado a garantizar su supervivencia? Y si esto es así, ¿en qué términos se producirá esta adaptación?

Tradicionalmente, el objetivo de ahorro del sistema de Seguridad Social se cumple intensificando los presupuestos de acceso a determinadas prestaciones y reduciendo la cuantía de las mismas. De la misma forma, con el fin de evitar la quiebra del modelo, las prestaciones no contributivas han ido progresivamente nutriéndose de los impuestos y no de la caja de la Seguridad Social, al tratarse de un gasto que, de otro modo, hubiese sido totalmente inasumible. ¿Serán estas las estrategias que se volverán a poner en marcha cuando vuelva a peligrar la viabilidad del sistema? ¿O quizá planea el legislador una estrategia mucho más novedosa? Y es que, ¿podría obligarse a los empresarios a cotizar por estas herramientas de trabajo en las que se incorpore la inteligencia artificial?

Adviértase que no estamos hablando en absoluto de extender el deber de cotización que actualmente existe respecto a los empresarios que emplean trabajadores por cuenta ajena a los supuestos en los que se utilicen modernos robots con apariencia humana para sustituir a las personas físicas en las prestaciones de servicios tradicionales. Y es que, aunque todavía se esté haciendo referencia a una realidad futura e hipotética, resulta interesante resaltar que el concepto de inteligencia artificial no guarda relación alguna con la apariencia externa de la herramienta tecnológica ideada para suplir con eficiencia el trabajo que hasta ahora realizaba el ser humano en terminados contextos productivos. Una simple aplicación informática instalada en un ordenador tradicional o incluso en un teléfono móvil puede reunir todas las características para considerarse un ejemplo de inteligencia artificial, aunque ni tan siquiera tenga un soporte físico independiente. Cabe resaltar que por el momento se distinguen cuatro tipos de inteligencia artificial: máquinas reactivas, máquinas con memoria limitada, máquinas con teoría de la mente, máquinas con conciencia propia. Como se puede apreciar, su clasificación se realiza en función de su nivel de autonomía cognitiva y, por tanto, sin tener en cuenta el soporte físico en el que se implanten (Sánchez, 2020).

Ante este panorama, si finalmente la máquina logra sustituir al hombre en la prestación de servicios ¿cómo se podrá mantener un sistema de reparto cuando en la base de la pirámide no hay cotizantes activos suficientes como para mantener a los beneficiarios de prestaciones? Los nuevos yacimientos de empleo que deja a su paso esta nueva revolución tecnológica ¿serán suficientes para compensar la pérdida de puestos de trabajo que desencadenará la robotización de los modelos productivos que previsiblemente se producirá en los próximos años? (Álvarez, 2019) Y en caso de serlo, ¿serán

capaces de sostener el incremento del gasto en pensiones que conlleva la progresiva mejora de la esperanza de vida que se atribuye a las sociedades civilizadas?

Como es sabido, el art. 1.1 ET considera que existirá una relación laboral cuando simultáneamente la prestación de servicios se desarrolle con las siguientes cinco características: trabajo personal, voluntario, retribuido, dependiente y por cuenta ajena. Resulta preciso la concurrencia de los citados cinco presupuestos, que actúan como elementos especiales, constitutivos del contrato de trabajo. Por lo tanto, bastará con que falte una de estas cinco notas constitutivas para concluir que la relación iniciada entre las partes no es laboral y, por lo tanto, no se encuentra regulada por la normativa laboral.

En concreto, la nota de trabajo personal (también conocida como la “personalidad” de la figura del trabajador) ha de ser entendida como una suma de tres vertientes imprescindibles: 1º. La prestación del servicio por una persona física (y no por una persona jurídica, una máquina o un animal); 2º. La infungibilidad o insustituibilidad del sujeto que desarrolla la actividad laboral; y 3º. La configuración del contrato en cuestión como un contrato de actividad y no de resultado, a pesar de que la prestación de servicios pueda materializarse en ocasiones en un resultado concreto y tangible.

Desde el año 2000, se viene detectando que nuestros jueces y tribunales son bastante proclives a atenuar el requisito de la insustituibilidad del trabajador dependiente, aunque por el momento sólo lo hacen en situaciones extraordinarias³. Por el contrario, las otras dos vertientes de la personalidad (trabajo realizado por personas físicas y contrato de actividad) todavía no han sido objeto de ninguna clase de atenuación, aunque, ¿puede pensarse que la inteligencia artificial obligará a redefinir esta interpretación tradicional y a extender los contornos del trabajo personal?

No se puede negar que, en el momento en el que la robotización de la sociedad y la economía alcance su punto álgido, quizá pueda ser útil revisar la nota de trabajo personal en las relaciones laborales. No se pretende que una máquina pueda concertar un contrato de trabajo, pues tal hipótesis, como es sabido, contravendría los más elementales principios civiles configuradores de la autonomía de la voluntad y de la capacidad contractual, aunque ¿es tan descabellado imponer a los empresarios un deber de cotización, de mayor o menor cuantía, dependiendo de la intensidad con que hayan incorporado la inteligencia artificial en sus procesos productivos? ¿Puede pensarse en una cotización especial de solidaridad particularmente ideada para compensar la reducción

3. Así pues, jueces y tribunales vienen permitiendo que ciertas sustituciones excepcionales no desvirtúen la naturaleza laboral de la relación. Y para alcanzar este objetivo recurren a una interpretación flexible del art. 1.1 ET. Ahora bien, esta posibilidad de flexibilización es residual, pues sólo prosperará cuando concurren dos requisitos muy estrictos: 1º. Que se trate de una sustitución que, comparando la duración total del vínculo laboral con el tiempo en el que el aparente trabajador ha sido sustituido, tal sustitución se pueda considerar “excepcionalísima”. 2º. Y también que, además de tratarse de una sustitución excepcionalísima, la prestación del servicio en sí misma, por su contenido, no exija la realización exclusiva por un sujeto determinado, como ocurre en ciertas prestaciones de servicios poco cualificadas. es decir, por el contenido de la actividad, esta sustitución, además de ser excepcionalísima no se considera capaz de dañar los intereses del empresario.

de los ingresos a la Seguridad Social que sin duda lleva aparejada la enorme reducción de las plantillas de trabajadores a las que va a dar lugar la fuerza de trabajo robótica?

Adviértase que este descuadre entre pensionistas y trabajadores en activo, una vez que se generalice la utilización de la inteligencia artificial en la organización empresarial será solo circunstancial. Y es que, las herramientas de trabajo informáticas, por muy evolucionadas que sean, nunca serán beneficiarias de prestaciones del sistema, por lo que, ni a corto, ni medio ni largo plazo, podrán considerarse un gasto potencial para nuestro modelo de Seguridad Social, que ahorrará en prestaciones por IT, IP, desempleo, jubilación, viudedad, por lo que, lo que en un futuro cercano puede llegar a comprometer la sostenibilidad del sistema de reparto, a la larga, se convertirá en un importante factor de reducción de costes, al contribuir a reducir significativamente el número de perceptores de prestaciones.

Ahora bien, si los sujetos no pueden acceder al trabajo al ser sustituidos por la máquina y no encuentran nuevas oportunidades de empleo en las que, bien desarrollando un trabajo por cuenta ajena, bien por cuenta propia, puedan obtener una fuente de ingresos, tampoco podrán obtener prestaciones del sistema cuando sufran una situación de necesidad, dado que, en dicho contexto, será difícil reunir el número mínimo de cotizaciones suficientes para generar el derecho a percibir una prestación del sistema. Y si esto es así, el futuro del sistema de Seguridad Social no será el único problema al que se enfrente el ser humano en la nueva era post coronavirus, pues ¿cuál será la fuente principal de ingresos de un alto porcentaje de ciudadanos que no podrá acceder al reducido margen de actividad que ofrecerá el mercado de trabajo en la era robótica? ¿Cómo encontrar un medio de vida suficiente en la sociedad digital en la que los nuevos avances tecnológicos son capaces no solo de suplir sino de mejorar el trabajo realizado por el hombre?

IV. CAMBIO PRODUCTIVO & CRISIS SOCIAL. ¿ES EL FUTURO QUE NOS ESPERA?

La innovación digital aplicada a la empresa moderna presenta tanto ventajas como inconvenientes. La reducción de costes fijos en locales y mano de obra, la prestación de un servicio plenamente respetuoso con el medio ambiente, la búsqueda de nuevos sectores de mercado emergentes y todavía infraexplotados o la flexibilidad de horarios que muchas de estas actividades implican, pese a su enorme utilidad social y económica, no pueden llegar a ocultar el hecho de que, la reducción de mano de obra que la incorporación de la inteligencia artificial a la industria provocará, dará lugar a una nueva crisis social que, si no se anticipan las medidas oportunas para frenarla, puede llegar a ser quizá más grave que las provocadas por las crisis económicas.

Y es que, el modelo productivo del siglo que viene, coloquialmente conocido como "Industria 4.0" puede llegar a abrir nuevos perfiles laborales, pero en realidad encubre un panorama social en el que existirán menos oportunidades de empleo y de emprendimiento, lo que sin duda, dejará una huella imborrable en el mercado de trabajo tal y

como lo conocemos, trastocando definitivamente nuestro modelo de relaciones laborales y de cobertura social.

Tradicionalmente, las revoluciones industriales iban acompañadas de un incremento exponencial de la necesidad de mano de obra en otros sectores de actividad, produciéndose trasvases del sector agrícola al industrial, o del industrial al sector servicios, pero en el siglo XXI ¿la inteligencia artificial sustituirá definitivamente la mano de obra humana sin posibilidad de reubicación en nuevos sectores productivos emergentes? Y si esto llega a ser así, ¿se pondrán límites para evitar que una transformación digital demasiado rápida de nuestro tejido productivo colapse el sistema público de prestaciones sociales? (Rodríguez, 2019) ¿Dejará de ser el trabajo la principal fuente de ingresos de nuestros ciudadanos? Adviértase la trascendencia que tiene esta cuestión, pues de ser cierta esta previsión de futuro, implicará una reconfiguración del sistema de protección social actual, obligando a redimensionar al máximo el nivel asistencial con el fin de evitar situaciones de indigencia.

¿Se trata de una previsión catastrofista? La respuesta a esta pregunta es sencilla: todo depende del éxito económico que implique la generalización de la Industria 4.0. A mayores beneficios empresariales, mayor recaudación a través de impuesto y, por tanto, más disponibilidad económica del Estado para hacer frente a los descuidos sociales que va a generar el cambio de modelo productivo. En caso contrario, la generalización de la inteligencia artificial dará lugar a una nueva crisis económica y social, de resultados imprevisibles. En resumen, se auguran problemas mucho más serios de los que ha planteado el mercado laboral hasta ahora.

Han sido muchos autores los que a lo largo de los años han ido propugnando la desaparición del Derecho del Trabajo y el retorno a la plena autonomía de la voluntad que permite el Derecho civil (Alemán, 2002; Durán, 2004).

Y es en esta etapa de cambio cuando sin duda, sus postulados volverán a repetirse. Ahora bien, la modernización de los procesos productivos que permite la robotización adaptada a la empresa no puede nunca confundirse con una desaparición de la lucha de clases que dio lugar al nacimiento del Derecho del Trabajo. A menos oportunidades de empleo, peores será las condiciones laborales que se ofrezcan, amparándose en las reglas de equilibrio que marcan la oferta y la demanda de empleo. Y es entonces cuando imponer unos mínimos legales que garanticen la calidad del empleo va a resultar más necesario que nunca, pues la necesidad de trabajar, unida a la pérdida de la fuerza de negociación que se atribuye a la presión de grupo (que se ocasionará en el momento que el que se reduzca al mínimo el tamaño de las plantillas en la empresa robotizada) colocará al trabajador en una posición especialmente debilitada que no se puede desconocer.

Si esto es así, ¿la robotización del sistema productivo coincidirá con el reconocimiento de un ingreso mínimo vital universal que compense a los ciudadanos del enorme riesgo de no encontrar empleo con el que tendrán que vivir? (Miras, 2019) ¿Serán los impuestos y no las cotizaciones los que garanticen una renta básica a los ciudadanos que, por distintos motivos, queden apartados del mercado laboral? ¿Se augura ante este panorama la desaparición del Derecho del Trabajo, incapaz de responder a las necesidades sociales del siglo XXI? (López, 2020).

En resumen, serán tan importantes los cambios sociales y económicos que la robotización provocará que, sin duda, afectarán a la propia naturaleza y estructura de nuestro Derecho del Trabajo tal y como lo conocemos, obligando a replantear, por insostenibles, instituciones clásicas. Y además, quizá este nuevo contexto sea el propicio para introducir matices de capitalización (y, posiblemente también, de contrato único) en nuestro actual sistema de reparto (Gimeno, 2011); o incluso, para dar el gran salto hacia un sistema de capitalización total, en el que, coexistiendo con un sistema generoso de ingresos mínimos vitales (para evitar situaciones de pobreza), sea la vida laboral de cada trabajador la que determine, en cada caso, las posibilidades de acceso a prestaciones y su cuantía.

V. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN SUSCEPTIBLES DE DEBATE

No se puede dejar de destacar que nuestro legislador ya ha articulado diversas estrategias tendentes a compensar a la Seguridad Social del esfuerzo económico que le representa hacer frente a las prestaciones por desempleo de los trabajadores en caso de despidos numerosos y/o de despidos de trabajadores que, *a priori*, presentan mayores dificultades de colocación. Sin bien es cierto que surgieron con el fin de hacer frente a los despidos masivos que dejó a su paso la Gran Crisis económica que atravesó España entre los años 2008-2013, estas medidas pueden resultar también perfectamente adecuadas para dar una respuesta rápida ante la situación radicalmente novedosa que supondrá la irrupción masiva de la robótica en el tejido empresarial.

A estos efectos, es el art. 51 ET los que, al regular el despido colectivo, establece que: cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no concursadas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social (apartado 9); advirtiendo además que si el despido colectivo que afecta a más de cincuenta trabajadores la empresa deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas (apartado 10). Por su parte, la empresa que realice un despido colectivo que incluya a trabajadores de cincuenta o más años de edad (apartado 11), asumirá la obligación efectuar una aportación económica al Tesoro Público (Cegarra, 2019). Y es que, la práctica demuestra que, ante la posibilidad de modernizar la estructura productiva y optimizar gastos, no existen límites éticos, sino que las empresas únicamente se ajustarán a las indicaciones, restricciones o cargas que imponga el legislador.

De esta forma, si el despido colectivo puede realizarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, además de ante situaciones de fuerza mayor, resulta obvio concluir que, un proceso de modernización y tecnologización de la estructura productiva, como será aquel destinado a incorporar a la inteligencia artificial en la estructura productiva, implicará una reorganización empresarial, que posiblemente desencadene en una reducción de la mano de obra. Adviértase que, con el fin de evitar controversias, es el propio legislador el que se ocupa de precisar que:

se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (art. 51 ET).

Teniendo en cuenta estos conceptos, se aprecia que razones organizativas y técnicas, siempre concurrirán de forma simultánea en los supuestos de robotización de la estructura productiva, por lo que, este tipo de innovación, por sí sola, puede llegar a justificar la necesidad de tramitar despidos colectivos por causas objetivas, amparándose legalmente en las previsiones del art. 51 ET.

Y es entonces cuando el propio legislador actúa: consciente de que, en muchos casos, la indemnización por despido (de 20 días de salario por año trabajado) no es capaz de compensar al trabajador del perjuicio sufrido por la pérdida de su puesto de trabajo (dado que, posiblemente, por razones de edad y especialización, tal situación provocará su salida definitiva del mercado laboral), y por lo tanto, establece medidas correctivas para contrarrestar este daño, materializadas bajo la forma de planes de recolocación, aportaciones al Tesoro Público, o suscripción de convenios especiales con la Seguridad Social, ideadas con la única finalidad de contribuir al sostenimiento del sistema de reparto, evitando que la decisión empresarial de reestructuración técnica y organizativa produzca una merma exorbitada de los recursos públicos.

Pese a la oportunidad y acierto de estas previsiones legales, hay que reconocer que están todavía infraexplotadas. Carentes del desarrollo legal oportuno, en muchos casos, quedan plasmadas como meros *desiderátums* sin aplicación efectiva. Una vez que se ha visto en ellas la solución idónea para hacer frente a los inconvenientes prácticos que sobre el mercado de trabajo generará la robotización total de la sociedad, es cuando procede reclamar un rápido y conciso desarrollo legal y reglamentario con el fin de dotarlas de plena efectividad. De esta forma, este tipo de previsiones, dejarán de tener una aplicación residual, para desempeñar un importantísimo y efectivo papel en la salvaguarda de los derechos laborales ante la próxima irrupción (o quizá, incluso invasión) de la inteligencia artificial del mercado de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN PÁEZ, F. (2002), "Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿hacia una pérdida de intensidad del Derecho del Trabajo?", *Revista Sistema*, n.º 168-169, Madrid, pág. 121-144.
- ÁLVAREZ CUESTA, H. (2019), "Descubrir nuevos yacimientos de empleo: emprendimiento, empleos verdes, deporte, cultura y ocio", en AAVV, *La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva* (coord. María de los Reyes Martínez Barroso (dir.), Sepin Editorial Jurídica, Madrid, págs. 41-63.
- CARRASCO FERNÁNDEZ, F.M., (2018), "La sociedad de control en los trabajadores a través de sistemas informáticos avanzados", en AAVV, *La revolución tecnológica y sus efectos en el*

- mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, Mella Méndez (dir.), Wolters Kluwer, Madrid, págs. 515-533.
- CEGARRA CERVANTES, F.J. (2019), "La aportación económica al tesoro público en los despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años: interpretación judicial del requisito de la obtención de beneficios", en AAVV, *Jornadas doctorales de la Universidad de Murcia*, Editum, Murcia, págs. 320-323.
- DURÁN LÓPEZ, F. (2004), *Cinco Días*, "Autónomos, profesionales y régimen laboral" (prensa).
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. (2011), "El fondo de capitalización del despido y su incidencia en el sistema de pensiones", *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 112 (ejemplar dedicado a: Reformas en materia de Protección Social), págs. 337-364.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, V., (2010) "¿Es posible trasladar a España el modelo austriaco?", *Relaciones Laborales*, nº. 12, Sección Economía laboral y Sociología de las organizaciones", La Ley 5606/2010.
- JIMENO SERRANO, J.F. (2000), "El sistema español de pensiones: previsiones de gasto y medidas de reforma"; Hacienda Pública Española, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, Número monográfico, 2000.
- KAHALE CARRILLO, D.T. (2018), "El papel de la Administración Pública en la implantación de la Industria 4.0", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, nº. 1, 2018, págs. 138-163.
- LÓPEZ MONTENEGRO, D.M. (2020), "El futuro de los principios del derecho de trabajo frente a la cuarta revolución industrial", *Revista Auctoritas Prudentium*, nº. 22, 2020, págs. 1-18 soporte informático.
- MARTÍN CARRETERO, J.M. (2018), "Las plataformas digitales como modelo de negocio", en AAVV, "Plataformas digitales y mercado de trabajo" (coord. Rodríguez Fernández), 2018, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, págs. 15-34
- MIRAS MARÍN, N. (2019), "La renta básica universal y los impuestos sobre la automatización robótica", *Gaceta fiscal*, nº. 402, 2019, págs. 117-142.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2015), "Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores", Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.M. (2019), "La sustitución de trabajadores por robots. La frontera entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo en la era digital", *Revista Lex Mercatoria*, nº. 12, págs. 1-12.
- SÁNCHEZ RON, J.M. (2020), *Política exterior*, vol. 34, nº 193, págs. 76-84.
- VALVERDE ASENCIO, A.J. (2020), "Implantación de sistemas de inteligencia artificial y trabajo", Bomarzo, Albacete.
- ZUBIRI ORIA, I. (2003), "El futuro del Sistema de Pensiones en España", Estudios de Hacienda Pública, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.



Estado constitucional y migración: los desafíos por la pandemia de Covid-19

CONSTITUTIONAL STATE AND MIGRATION: THE CHALLENGES OF THE COVID-19 PANDEMIC

Judith Aguirre Moreno¹

Universidad Veracruzana

judyam23@yahoo.com 0000-0002-1404-7673

Manlio Fabio Casarín León²

Universidad Veracruzana

macasarin@uv.mx 0000-0002-8204-2591

Recibido: 17 de noviembre de 2021 | Aceptado: 6 de diciembre de 2021.

RESUMEN

El presente trabajo aborda el complejo problema de la migración en México durante el desarrollo de la pandemia por Covid-19, destacándose todo un conjunto de actuaciones u omisiones que al amparo de la legislación migratoria han desarrollado diversos agentes públicos en detrimento de los derechos de los migrantes, de lo que se desprende la necesidad de revisar y reformular el diseño normativo-institucional del Estado federal mexicano, a efecto de construir entornos que favorezcan el diseño e implementación de políticas públicas que contribuyan a su respeto y tutela efectiva, atendiendo a los estándares constitucionales e internacionales de protección de derechos humanos, como elementos sustantivo del Estado constitucional y democrático de derecho.

ABSTRACT

This paper addresses the complex problem of migration in Mexico during the development of the Covid-19 pandemic, highlighting a whole set of actions or omissions that various public agents have carried out under the protection of migration legislation to the detriment of the rights of migrants,

PALABRAS CLAVE

Estado constitucional
Migración
Derechos humanos

KEYWORDS

Constitutional
State Migration
Human Rights

1. Doctora en Derecho. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Veracruz, México.

2. Doctor en Derecho Público. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Veracruz, México.

from which the need to review and reformulate the normative-institutional design of the Mexican federal State can be inferred, in order to build environments that favor the design and implementation of public policies that contribute to their respect and effective protection, in accordance with constitutional and international standards for the protection of human rights, as substantive elements of the constitutional and democratic rule of law.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales desafíos a lo largo del mundo en el siglo XXI lo constituye la movilidad humana. En México, de acuerdo con un pronunciamiento realizado en abril de 2021 por la federación mexicana de organismos públicos de derechos humanos se hizo un llamado a construir compromisos regionales desde la mirada local a efecto de atender y proteger a las personas migrantes y refugiados, en virtud de que en los últimos 20 años se han agudizado las denuncias de violaciones a derechos contra la población en movilidad (FMOPDH, 2021), en donde particularmente la emergencia sanitaria por COVID-19 ha representado un escenario adverso para la integración de aquéllos en los países de acogida no solo por cuanto hace a las dificultades fácticas traducidas en amenazas o riesgos a su vida, integridad, salud y condiciones de bienestar, sino sobre todo por el ejercicio de una serie de prácticas discrecionales a cargo de las autoridades migratorias quienes junto con otros entes públicos como la Guardia Nacional (corporación policiaca de carácter federal, integrada en su gran mayoría por militares), con la justificación de la pandemia han incurrido en acciones arbitrarias y desproporcionadas además de violencia y uso excesivo de la fuerza en detrimento de estas personas, en clara contravención al marco constitucional y convencional vigente.

Como sabemos, la igualdad de las personas y sus derechos representa hoy día uno de los aspectos medulares del debate en la cuestión migratoria ya que al encontrarse en territorio nacional tanto los migrantes como los refugiados, tienen expresamente reconocidos derechos humanos en el texto constitucional (artículo 1). Es precisamente a partir de dicho precepto en donde se prohíbe la discriminación por razones de nacionalidad aún cuando se establezcan en el orden jurídico mexicano determinadas modulaciones o reservas que restringen o limitan el ejercicio de otros derechos y libertades, básicamente buscando no afectar derechos de terceros y generar un balance o equilibrio en el ejercicio de los mismos, o incluso preservar en general los valores del Estado mexicano (Cruz Angulo, 2011, p. 203).

Una mirada desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y de los valores y principios del Estado constitucional y democrático, nos lleva a la necesidad de atender este delicado fenómeno de una manera estructural e integral, involucrando y haciendo corresponsables a los tres niveles de gobierno en el diseño e implementación de políticas públicas así como revisando y replanteando el diseño normativo-institucional del Estado mexicano, incluyendo aquellos contenidos y acciones fundamentadas en la legislación que inciden en el tema migratorio por cuanto hace a

las distinciones, restricciones y limitaciones de las libertades, mismas que deben responder objetiva, proporcional y razonablemente a una migración ordenada, segura y regular que respete y garantice de mejor manera la dignidad de esas personas y sus derechos humanos.

II. BREVES CONSIDERACIONES EN TORNO AL FENÓMENO MIGRATORIO.

Diversas causas han sido atribuidas a la decisión de emigrar. Para explicarlas se han postulado diferentes teorías que analizan el fenómeno desde diferentes disciplinas tales como la demografía, la economía, la historia, la psicología, la sociología, la geografía, la ciencia política y el derecho, entre otras (Aruj, 2008). Los motivos por los cuales se origina son vinculados a la falta de trabajo, la persecución político-ideológica, la inseguridad producto de la violencia, las guerras, la persecución étnico religiosa, los problemas socioeconómicos, el mejoramiento de la calidad de vida, la búsqueda de desarrollo individual o familiar, oportunidades de empleo y educación, acceso a bienes y servicios, y recientemente a los efectos derivados del calentamiento global y cambio climático que obligan a las personas a abandonar sus lugares a causa de desastres naturales como sequías e inundaciones, tan solo por mencionar algunos.

De acuerdo con Roberto S. Aruj (2008), la indagación y el análisis que se ha realizado sobre el particular permiten afirmar que la decisión migratoria representa en última instancia la consecuencia de un complejo proceso, dentro del cual el imaginario socio-cultural constituido históricamente se resquebraja en su proyecto de futuro ante la presencia de una realidad y de un discurso hegemónico, que quiebra las expectativas de realización personal, familiar y de seguridad, no sólo económica sino también política, social e incluso ambiental. Para evitarlo, las personas optan por el intento de escapar a esa situación angustiante con la idea de que el ingreso en un nuevo país le permitirá encontrarse con aquellas cosas que le faltaban en su lugar de origen; sin embargo, el conflicto no desaparecerá y se marchará con él sin saberlo probablemente por el resto de su vida. De esta forma, sus temores serán negados y no tomará conciencia plena de su situación lo cual le impedirá revertir el proceso y quedará condenado a una falsa integración conformista que le imposibilitará encontrar alternativas para mejorar su vida.

La decisión migratoria estaría fundada entonces en una compleja combinación de factores internos y externos. Por cuanto hace a los segundos se destacan: la falta de alternativas para los logros ocupacionales; la incertidumbre social sobre el futuro económico; la inseguridad general frente al crecimiento de la violencia, y las necesidades básicas insatisfechas. Por su parte, dentro de los factores internos se mencionan: la frustración en las expectativas de vida y realización personal; el mandato generacional ligado a la comunidad de la cadena migratoria familiar; el acceso a la información acerca de las opciones en el exterior y la convicción de la imposibilidad de la realización ético-valorativa en la sociedad de origen (Aruj, 2008).

La relación entre migración y derechos humanos se encuentra presente en todo el ciclo migratorio: desde el origen, durante el tránsito, al llegar a su destino y durante

la residencia en este último sitio, siendo especialmente vulnerables los migrantes indocumentados, sobre todo mujeres, adolescentes, niñas y niños, en virtud de que su circunstancia migratoria los expone a mayores abusos y explotación por parte de empleadores, funcionarios públicos y grupos delictivos, con la consiguiente violación de sus derechos, al enfrentar discriminación, desigualdad e inequidad de oportunidades laborales, así como la falta de acceso a los servicios de salud, educación y vivienda (Flores, Marcello *et al.*, 2009, p. 204).

La migración irregular comúnmente denominada ilegal, indocumentada o no autorizada, representa el tema central en la discusión de la agenda internacional pues a pesar de que no se trata de un fenómeno nuevo ha crecido significativamente en dimensión y modalidades en las últimas décadas del siglo XX y lo que va del XXI, como consecuencia directa de los cambios en las políticas migratorias de los Estados receptores entre las que destacan las medidas de control fronterizo, la lucha contra el tráfico de migrantes, las deportaciones, el aumento de controles internos, las repatriaciones voluntarias, programas de regularización migratoria y de trabajadores temporales, las remesas de los migrantes y la migración calificada, entre otras (p. 204).

La consecuencia es que muchas personas en esta condición se consideran vulnerables y por lo tanto expuestas a mayores abusos en detrimento de sus derechos humanos. Por ejemplo, tratándose de su incorporación al mercado laboral sufren de condiciones precarias en tanto realizan actividades peligrosas o que revisten cierto grado de dificultad, con remuneraciones muy bajas y sometidos a esquemas de explotación por parte de sus empleadores sin la garantía de acceder a servicios médicos y educativos así como a una vivienda digna, además de encontrarse en riesgo permanente de ser detenidos y deportados al país de origen.

Tanto la vulnerabilidad de carácter estructural, entendida como la situación que surge como consecuencia de la interacción de los extranjeros con los nacionales de un país, en donde se atribuye socialmente una condición inferior a los primeros como la vulnerabilidad de tipo cultural derivada de un conjunto de estereotipos, prejuicios, racismo, xenofobia, ignorancia y discriminación institucional, traducidas en significados despectivos que tienden a justificar las diferencias de poder entre unos y otros, tienen como resultado diversos grados de impunidad en el caso de la violación a los derechos humanos de los migrantes (Munguía, 2014, pp. 41-46).

A pesar de la gran cantidad de estudios sobre la migración y el vasto conjunto de instrumentos internacionales que se han emitido para la protección y defensa de los derechos de los migrantes la realidad nos demuestra que la mayoría de los países en el mundo continúan desconociéndolos y violentándolos, ya sea porque sus autoridades incurren en omisiones graves para investigar y sancionar las violaciones a sus derechos, o cuando habiéndolo realizado no reparan el daño o perjuicio sufrido a las víctimas lo que conlleva la imputación al Estado como sujeto de responsabilidad internacional, con las implicaciones y consecuencias determinadas por tribunales u órganos supranacionales competentes.

1. La política y legislación migratoria en México a la luz de los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos humanos

Los cambios que se han venido generando en los últimos años por cuanto hace a la legislación en materia migratoria (2011), incluida la reciente reforma de noviembre de 2020, sin duda han representado importantes avances en la materia al referirse entre otros aspectos: a garantizar los derechos de procuración e impartición de justicia y los actos del estado civil (sea cual fuere la condición o *status* migratorio de las personas, incluyendo la perspectiva de género y derechos de la infancia y demás grupos vulnerables); a su protección ante hechos delictivos y reconocimiento de su carácter de víctimas; a una mayor apertura en la participación de organizaciones de la sociedad civil y representaciones consulares, así como un procedimiento con garantía de audiencia incluyendo mecanismos de impugnación dentro del mismo. De acuerdo con lo anterior, la única excepción a los derechos de las personas migrantes se reconduce a la participación política reservada a los ciudadanos y ciudadanas mexicanos como prerrogativa vinculada históricamente a su relación con el Estado-nación tal y como ocurre en la mayoría de países, lo que sin duda continúa mermando la igualdad entre los individuos y construye todo un esquema de asimetrías entre personas nacionales y personas migrantes (Cruz Angulo, 2011, p. 216).

Los contenidos de los cambios normativos mencionados orientados esencialmente a la armonización de la reforma constitucional 2011 en materia de derechos humanos representan actualmente una gran paradoja; esto quiere decir que varias de las limitaciones y restricciones vigentes en la legislación migratoria acarrear importantes tensiones sino es que violaciones a la Constitución y a los Tratados internacionales, en donde podemos destacar de manera particular las privaciones de libertad por autoridades administrativas en las denominadas “estaciones migratorias” que exceden por mucho el término constitucionalmente establecido; la implementación de filtros, verificaciones o revisiones migratorias a cargo de miembros de las corporaciones de seguridad y fuerzas armadas invocando necesidades de interés público; el lamentable proceso de militarización de las fronteras nacionales que trae aparejados importantes problemas relacionados con la integridad e incluso la vida de las personas que cruzan las mismas tanto en el sur como en el norte del país, y la facultad del titular del poder ejecutivo federal para expulsar a personas extranjeras tomando como base no solo la garantía del derecho de audiencia prevista constitucionalmente, sino también el debido proceso convencional en donde la expulsión solamente podrá efectuarse a través de un tribunal competente que reúna los requisitos de imparcialidad e independencia (Guevara Bermúdez, 2014).

Es importante mencionar que la construcción y desarrollo de todo un *corpus iuris* tendiente a la protección de los derechos humanos de las personas migrantes ha partido de las consideraciones y criterios interpretativos que en el ámbito regional ha venido realizando desde hace varios años la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cuadernillo 2, 2020), destacándose sus sentencias y opiniones consultivas en temas como: la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados; las obligaciones es-

tatales en la determinación de políticas migratorias (Caso Vélez Loo vs. Panamá 2010 y caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana 2014); la protección de sus derechos a partir de su situación de vulnerabilidad; el deber estatal de no discriminación e igual protección ante la ley (caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana 2005 y caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana 2012); la prevención y reducción de la apatridia; la protección de sus derechos laborales (caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia 2013); los deberes estatales cuando adquieren condición de refugiados (Opinión Consultiva OC-21/14 agosto 2014 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional); el principio de no devolución de refugiados y asilados así como los solicitantes de ese estatuto (caso Wong Ho Wing vs. Perú 2015) y las garantías mínimas del debido proceso para determinar la condición de refugiado en procedimientos llevados a cabo ante órganos administrativos que ejerzan facultades jurisdiccionales, en especial tratándose de procedimientos en los que estén involucrados niños y niñas.

Por otra parte, el órgano jurisdiccional interamericano ha externado consideraciones particulares sobre derechos violados tales como: la integridad personal (por ejemplo, otorgar atención médica a migrantes en caso de emergencias); la prohibición de arbitrariedad en la privación de la libertad, esto es, que se les debe informar los motivos de la detención, poner a la persona a disposición de la autoridad judicial competente y la revisión de la detención con recursos efectivos; el acceso a la justicia; el derecho a la defensa técnica y consular; la protección de la familia, incluyendo los derechos de menores; el derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes; los derechos de circulación y residencia; la prohibición de expulsión o devolución cuando exista riesgo para la vida o libertad de estas personas, y finalmente las garantías mínimas del extranjero sujeto a una medida de deportación o expulsión incluyendo la prohibición a los Estados de expulsiones masivas, así como la determinación de las medidas de reparación que en su caso se estimen procedentes.

En el ámbito interno, dentro de los criterios más relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2021) relacionados con personas migrantes destacan aquellos vinculados con: el derecho a buscar y recibir asilo; el derecho a la remuneración laboral; el derecho al reconocimiento de la condición de refugiados; el derecho a la doble nacionalidad; el derecho de petición; el derecho a la libertad de tránsito y a la seguridad personal; el derecho de acceso a la información; el derecho de notificación, contacto y asistencia consular; el derecho al debido proceso y defensa adecuada, y el derecho de proporcionalidad de la pena, entre otros criterios.

2. Pandemia y migración: contexto, problemas y desafíos

En el orden jurídico mexicano existen una serie de previsiones constitucionales, legales y reglamentarias que resultan aplicables para enfrentar la emergencia sanitaria de COVID-19. De manera particular, la Constitución General establece en su artículo 1º. el

alcance y protección de los derechos humanos; el 4º. que consagra el derecho a la protección de la salud; el 29 que establece la restricción y suspensión de derechos en caso de situaciones extraordinarias; el 73, fr. XVI que regula las facultades del Consejo de Salubridad General y de la Secretaría de Salud, y el 109 que contempla las responsabilidades administrativas y penales de los servidores públicos así como la responsabilidad patrimonial del Estado, entre otros preceptos.

A partir de la reforma constitucional de junio 2011 se estableció un cambio de paradigma en nuestro país, al determinarse que todas las personas gozarán de los derechos humanos y garantías reconocidos tanto en el texto supremo como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte, los cuales se interpretarán de conformidad con dichos ordenamientos favoreciendo en todo tiempo su protección más amplia, además de obligar a todas las autoridades –en su respectivo ámbito de competencia– para promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (Casarín, 2020, p. 98).

Dentro de los primeros instrumentos jurídicos que fueron emitidos por las autoridades sanitarias competentes a partir de marzo de 2020, destacan el decreto del titular del poder ejecutivo federal mediante el cual dispuso diversas acciones extraordinarias en las regiones afectadas del territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19); el acuerdo del consejo de salubridad general mediante el cual se declaró como “emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus sars-cov2 (covid-19)”; el acuerdo de la Secretaría de Salud en donde se establecieron las medidas de carácter extraordinario para enfrentar la pandemia; y el acuerdo de esta última, mediante el cual se estableció una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa (pp. 104-105).

Lamentablemente, la reacción tardía y la implementación de medidas y acciones de las autoridades federales, estatales y municipales reflejaron desde el primer momento importantes grados de contradicción y descoordinación para hacerle frente a la pandemia, lo cual incidió de manera negativa en los derechos fundamentales a la vida, salud, de comercio, libre tránsito, igualdad y no discriminación, acceso a la justicia, transparencia y acceso a la información (incluyendo el derecho de protección de datos), así como los derechos emergentes a la ciudad y a una buena administración, entre otros, generándose confusión e incertidumbre en la sociedad a partir de los mensajes y comunicaciones oficiales que constantemente se han difundido por parte del titular del poder ejecutivo federal así como por funcionarios y entidades de los distintos niveles de gobierno (Casarín, 2021).

Lo anteriormente expuesto, ha evidenciado además una capacidad de respuesta institucional inadecuada para temas vinculados con el goce efectivo de los derechos humanos como es el caso de la prestación deficiente y encarecimiento de servicios públicos esenciales; las situaciones de indefensión en varios sectores de la sociedad, principalmente

tratándose de grupos vulnerables por la imposición de sanciones derivadas de la presunta comisión de faltas e infracciones administrativas que han implicado el uso discrecional y desmedido de la fuerza en la privación de la libertad, ataques a la integridad personal, afectaciones al derecho de reunión para ejercer la libertad de expresión mediante protestas en vías públicas, e incluso la extorsión de agentes estatales (principalmente policías y elementos de seguridad) con el pretexto de la contingencia sanitaria; las medidas de austeridad implementadas desde el inicio de la presente administración federal en 2018 –acentuadas en los años siguientes– traducidas en la falta de recursos financieros y materiales de entidades clave para la defensa de los derechos; y en general, una serie de abusos y arbitrariedades por parte de actores públicos y en algunos casos privados que prácticamente han hecho nugatorio el ejercicio de aquéllos.

El 9 de abril de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la declaración 1/20 donde señala que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos así como los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal.

De manera particular, destaca que la situación extraordinaria y problemas que viven los países derivados de la pandemia debe ser abordados a través del diálogo y la cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre todos los Estados. Por ello, todas aquellas medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales. Asimismo, con relación al uso de la fuerza sostiene que para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley debe cuidarse que se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución (CoIDH, 2020).

Como podemos observar, la actuación del poder público ante situaciones extraordinarias como la que actualmente vivimos exige adotar un enfoque o perspectiva de derechos humanos, esto es, la toma de decisiones y su materialización en un entorno coordinado, deliberativo y transparente, con respeto irrestricto al estado de derecho que deje de lado la discrecionalidad, opacidad y en algunos casos la arbitrariedad de los órganos estatales además de su fiscalización y control permanente (Casarín, 2020, p. 99).

Para el tema que nos ocupa, resulta importante referirnos al contexto por el cual atravesada el fenómeno migratorio en nuestro país antes de la pandemia a efecto de comprender la dimensión y gravedad del problema. En este sentido, tan solo entre enero y julio de 2019 la migración indocumentada aumentó 232%, cifra jamás registrada anteriormente. De acuerdo con el Instituto Nacional de Migración (INM), de los 460 mil migrantes que han ingresado a territorio mexicano se presentaron ante esa instancia 99 mil 203 y se han devuelto a su país de origen 71 mil 110, lo que significa que al menos 360 mil indocumentados están dispersos en suelo nacional o en Estados Unidos; asimismo, datos de la Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza (CBP) de EU indican

que hasta julio de 2018 el promedio de captura era de 40 mil 149 personas pero en 2019 aumentaron mes con mes hasta llegar a 144 mil 278 en mayo (Sánchez, 2019).

Otro factor que empeoró la situación fue la presión del gobierno estadounidense encabezado por Donald Trump para que las autoridades mexicanas endurecieran su política migratoria mediante un acuerdo firmado en junio de 2019, a cambio de no imponer aranceles del 5% a los productos mexicanos (BBC Mundo, 2019). Este acuerdo tuvo como objetivo detener el flujo migratorio hacia Estados Unidos e implicó que 6,000 agentes de la recién creada Guardia Nacional (GN) se apostaran en la frontera sur de México y reprimieran brutalmente a los migrantes que querían ingresar al país; esas acciones violentas fueron más evidentes cuando se trataba de caravanas migrantes, lo cual provocó el reclamo general al gobierno mexicano por parte de organismos nacionales e internacionales incluyendo organizaciones no gubernamentales (ONG's) dedicadas a la defensa de los derechos humanos, sin que fueran escuchadas ni atendidas. Derivado de lo anterior, también se iniciaron diversas investigaciones e intervenciones públicas y se emitieron recomendaciones por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) a órganos estatales, existiendo al día de hoy más de 8,000 agentes de la GN desplegados en ambas fronteras del territorio mexicano.

Durante esta crisis migratoria, China comenzó a reportar casos de un nuevo virus que posteriormente la Organización Mundial de la Salud (OMS) llamó SARS-Cov2, y que el 11 de marzo de 2020 fue declarado como pandemia. El primer caso reportado en México fue el 27 de febrero de ese año; a partir de entonces las consecuencias han sido devastadoras para los migrantes indocumentados en virtud de que desde 2019 la capacidad de las estaciones migratorias se vio superada y se tuvo que recurrir a albergues improvisados los cuales se encontraban en peores condiciones. La situación se agravó más en virtud de que si bien se trataba de lugares de reclusión insalubres y hacinados, a partir de la enfermedad por COVID-19 se añadió el factor de riesgo de contagio al evidenciarse que dichas instalaciones no contaban con acceso a los servicios de salud pues solamente 3 estaciones migratorias tenían un médico permanente; en virtud de lo anterior, un gran número de migrantes solicitaron tanto al gobierno mexicano como a sus países de origen la repatriación por temor a contraer el virus e incluso morir.

Sin embargo, ante el cierre de fronteras que varios países implementaron como medida preventiva para evitar la transmisión de la enfermedad los migrantes quedaron atrapados en territorio mexicano, lo que provocó brotes de violencia por la desesperación de volver a sus países de origen o al menos para no continuar reclusos en las instalaciones destinadas al efecto, mismas que en algunos casos no contaban incluso con acceso al agua potable. Un ejemplo es lo ocurrido el 23 de marzo de 2020 en la estación migratoria ubicada en Tapachula, Chiapas, cuando unos 700 migrantes se amotinaron para pedir su repatriación y algunos trataron de escaparse del lugar; o lo sucedido en Tenosique, Tabasco, donde hubo otro motín el 1° de abril de ese año debido a las pésimas condiciones del lugar de reclusión y que tuvo como resultado un migrante muerto y 14 heridos.

En total, durante 2020 "41 mil 329 personas solicitaron asilo a nuestro país; se llevaron a cabo 87 mil 260 eventos de detención migratoria, así como 184 mil 423 eventos

de repatriación de personas mexicanas desde Estados Unidos” (FMOPDH, 2021, p. 1). Ante esa grave crisis intervinieron asociaciones civiles, ONG’s y la CNDH para tratar de paliar las catastróficas consecuencias de la pandemia. En el caso de esta última, el 24 de marzo de 2020 emitió un comunicado de prensa manifestando a la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) y al Instituto Nacional de Migración (INM) su preocupación por el aumento en la cantidad de personas alojadas tanto en estaciones migratorias como en estancias provisionales, lo que hizo muy difícil implementar las medidas sanitarias de higiene y distancia social; de igual forma, les solicitó facilitar una digna repatriación a los extranjeros que deseaban voluntariamente volver a sus países de origen por temor a los contagios, mediante acuerdos internacionales que permitieran un retorno seguro garantizando sus derechos fundamentales.

Otra situación anómala y grave fue que desde el mes de marzo de ese mismo año se reportaron a través de medios de comunicación, redes sociales, asociaciones civiles y organismos como la Agencia de la ONU para los refugiados (ACNUR), la Comisión Nacional para prevenir la Discriminación (CONAPRED) y la propia CNDH, que los migrantes estaban siendo sacados de las estaciones migratorias, ya sea para dejarlos en las calles deambulando o bien para transportarlos en camionetas hasta la frontera con Guatemala (INM, 2020) donde cientos de ellos fueron abandonados a su suerte. A partir del mes de septiembre, cuando este último país volvió a abrir sus fronteras se continuó con la entrega de indocumentados a las autoridades guatemaltecas indicándoles que buscaran por sí mismos la forma de volver a sus lugares de origen.

La situación antes descrita provocó que de 3,653 personas que había en estaciones migratorias en el mes de marzo de 2020, para finales de abril quedaran sólo 106. Una parte importante de los migrantes fueron abandonados por el INM en el poblado llamado Talismán del Estado de Chiapas que es lugar fronterizo con Guatemala; otro caso similar fue reportado cuando “alrededor de 300 personas fueron sacadas a la calle en Villahermosa, Tabasco, luego de que el Instituto Nacional de Migración los trasladó desde la frontera con Estados Unidos después de haber sido deportados por autoridades estadounidenses” (INM, 2021).

Tras condenar “la violencia, agresiones y maltratos contra las personas migrantes”, la CNDH llamó a las autoridades federales, estatales y municipales, y particularmente al INM y a la Guardia Nacional “para que eviten actos que vulneren su dignidad y/o atenten contra su integridad, seguridad y vida” (Díaz, 2021). Por otra parte, las deportaciones masivas no se han detenido ni en los Estados Unidos ni en México pese a la propagación del mortal virus, y a pesar de la Declaración de la Red de las Naciones Unidas sobre la Migración firmada en Ginebra el 13 de mayo de 2020 en la cual la ONU manifiesta su preocupación por los informes que indican que numerosos Estados siguen incluyendo la devolución forzosa de migrantes como respuesta al COVID-19.

De manera particular, la Red pide a los Estados que suspendan las devoluciones forzosas durante la pandemia a fin de proteger la salud de los migrantes y sus comunidades (Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, 2020). Sin embargo, países como Estados Unidos ha deportado más de 200 mil migrantes hacia México en los últimos 6 meses y lo hace ahora durante horarios extendidos, ignorando las medidas

previas establecidas para proteger a las personas que llegan a las peligrosas ciudades fronterizas mexicanas. Por otra parte, nuestro país había deportado en los primeros meses del 2020 a 3,653 centroamericanos; pero esa situación se complicó después en virtud del cierre de fronteras, lo que obligó al gobierno mexicano a negociar con los países de Centroamérica para que recibieran a sus connacionales incrementándose las deportaciones masivas, particularmente desde la estación migratoria Siglo XXI de Tapachula, Chiapas, a donde los migrantes son enviados desde todos los puntos del país.

Otro operativo controvertido se llevó a cabo el 4 de octubre de 2020 cuando México cerró completamente su frontera sur para impedir el paso de una caravana de migrantes que provenía de Honduras y había logrado entrar a Guatemala; sin embargo, ambos países colaboraron para impedir su ingreso a territorio nacional con dirección a los Estados Unidos. La respuesta de la CNDH no se hizo esperar y el 27 de octubre emitió una recomendación al Secretario de Seguridad Ciudadana y al INM por las agresiones que el personal de ambas instituciones llevaron a cabo en contra de integrantes de la referida caravana (CNDH, 2020).

Esta situación no ha mejorado, ya que al decir de la organización *Médicos Sin Fronteras* (2021) los acuerdos llevados a cabo entre los gobiernos de los Estados Unidos, Honduras, México y Guatemala, firmados en abril de 2021 para continuar militarizando las fronteras “conllevan una mayor criminalización de la población en tránsito y, por ende, una mayor exposición de los migrantes al crimen organizado y a la COVID-19”; situación que han constatado como testigos “de repetidas redadas y detenciones arbitrarias en la frontera sur de México y de deportaciones masivas que desde Estados Unidos se ejecutan en la frontera norte; expulsiones que se escudan en razones de salud pública por la pandemia ... y que suponen bloquear de facto el derecho de asilo”.

En cuanto a la cifra de migrantes contagiados en territorio mexicano resulta desconocida hasta este momento en virtud de que ni el INM ni la SRE han llevado un registro de los casos; únicamente existen datos aislados que han reportado asociaciones civiles y religiosas de apoyo a estas personas y la Secretaría de Salud, que informó el 16 de agosto de 2020 un total de 385 migrantes infectados. Sobre uno de estos casos la CNDH atribuyó al INM la muerte por Covid-19 de un migrante salvadoreño detenido en la Ciudad de México, donde denunció “negligencia y omisión del personal” (CNDH, 2020).

De igual forma, en el mes de octubre de ese mismo año dio a conocer un brote en la estación migratoria Siglo XXI de Tapachula donde 23 migrantes adquirieron Covid-19 y que según el testimonio del coordinador del albergue, “el personal del Instituto Nacional de Migración trasladó a las personas —sin medidas de seguridad— a la antigua estación migratoria denominada El Hueyate en Chiapas, donde permanecieron aislados, abandonados y sin atención médica”; datos que el INM negó más adelante y que la CNDH —a través de un comunicado de prensa— le pidió reconocer y dejar de mentir sobre los contagios y muertes ocurridos. En este mes, otros 14 fallecimientos fueron reportados por asociaciones civiles de defensa al migrante; ante estos casos la CNDH estableció un monitoreo de las estaciones migratorias, emitió otra recomendación y estableció medidas cautelares (CNDH, 2020).

De acuerdo con la Jefa de Misión de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en México (ONU México, 2021), se han realizado estudios en diversas ciudades con población migrante y se han emitido algunas conclusiones que permiten generar información sobre la movilidad, las vulnerabilidades y las necesidades de las poblaciones desplazadas y móviles. Por ejemplo, al encuestar a más de 800 personas las respuestas eran entre otras: el aumento de las dificultades de subsistencia debido a la pérdida de empleo por la pandemia; el crecimiento de las modalidades de alojamiento compartido de personas migrantes para hacer frente a sus dificultades económicas; la pérdida o debilitamiento de las redes de apoyo a esas personas y los vínculos comunitarios debido a la adopción de medidas de distancia física; el crecimiento de la atención remota a la población migrante y un descenso de su presencia; el surgimiento de una “barrera digital” en el acceso a servicios; el abandono de algunos de sus trámites migratorios y la decisión de movilizarse desde el sur y centro del país hacia el norte; el desinterés de las personas por participar en el Programa de Protocolos de Protección a Migrantes (MPP) cuyos ingresos han sido suspendidos en enero de 2021.

Por otra parte, de acuerdo a la opinión de 70 organizaciones e instituciones, la gran mayoría de ellas percibe una disminución en el acceso a servicios presenciales por parte de las personas migrantes debido a la pandemia; el aumento de solicitud de servicios especializados (legales y psicosociales) y de apoyo humanitario (alimentación, apoyos a vivienda); la creación de protocolos COVID-19 para responder a la contingencia; la disminución y restricción de la disponibilidad de plazas en albergues por la necesidad de cerrar sus puertas a nuevos ingresos para prevenir contagios; el incremento de la ansiedad e incertidumbre entre población migrante por suspensión de plazos administrativos y el aumento de los niveles de xenofobia, tanto en el ámbito de las comunidades como desde las instituciones (ONU México, 2021).

En suma, la titular de la OIM (2021) sostiene que en un mundo interconectado y globalizado donde millones de personas se movilizan a diario, las enfermedades infecciosas como la COVID-19 entrañan riesgos evidentes para la economía y la salud pública pero también otros menos visibles como el de la discriminación, que pueden acrecentar las vulnerabilidades de la población migrante. Asimismo, considera que la pandemia afecta a todas las personas con independencia de su raza o procedencia; por tal motivo no debe haber estigmatización o discriminación contra determinado grupo de población por el hecho de ser migrante ni asociarse esa condición de extranjería con la de ser portador del virus pues cualquier ser humano puede transmitirlo.

Con relación a la vacunación contra la enfermedad de COVID-19 la Secretaría de Gobernación informó en septiembre de 2021 que había iniciado con su aplicación a migrantes irregulares que se encontraban en el país (Chávez, 2021), indicando que hasta ese momento 99 personas -23 mujeres y 76 hombres- provenientes de Cuba, Honduras, El Salvador, Guatemala, Venezuela y Haití habían recibido la dosis del fármaco asignado. Asimismo, anunció que personal del INM en coordinación con el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) iniciaron una campaña de vacunación entre personas migrantes alojadas en la Estación Migratoria Siglo XXI, en Tapachula, misma que se extendería a las demás instalaciones del INM en Chiapas.

Tratándose del proceso de vacunación de los migrantes en la frontera norte de México se ha señalado que avanza de manera desigual y que en grandes ciudades afectadas por la tercera ola de contagios ha provocado diversos reclamos; por ejemplo, mientras que en Ciudad Juárez, Chihuahua, todavía no llegaban las vacunas anticovid, para los migrantes ubicados en el Estado de Baja California ya se habían vacunado a más de 4,000, entre los que duermen en albergues y los que han acudido por voluntad propia a los módulos de vacunación según cifras del propio gobierno estatal (Agencia EFE, 2021). Asimismo, como prueba de la tercera ola de contagios entre junio y agosto de 2021 y la necesaria vacunación a migrantes, más del 18% de las familias que cruzaron la frontera sur de Estados Unidos y estuvieron bajo la custodia de la Patrulla Fronteriza –incluyendo el 20% de menores no acompañados– dieron positivo a COVID-19 según reveló un documento de las autoridades federales norteamericanas (Ansley, 2021).

Sin duda, se trata de una problemática compleja de difícil solución en virtud de que si bien la legislación y políticas migratorias se han venido ajustando en los últimos años hacia una perspectiva de derechos humanos, en la realidad observamos un conjunto de acciones u omisiones de las autoridades de los tres niveles de gobierno que constituyen violaciones a los mismos en términos del paradigma constitucional y convencional vigente en nuestro país desde 2011, ya sea porque se criminalice y se ejerza violencia para reprimir a los migrantes por parte del INM y corporaciones de seguridad como la GN, o no se respeten y hagan efectivos sus derechos esenciales a la vida, integridad, no discriminación, salud, acceso a la justicia, debido proceso, entre otros, lo que se ha agravado en los tiempos de pandemia con la insuficiencia si no es que ausencia de medidas sanitarias y de atención médica oportuna y adecuada para aquéllos.

III. CONCLUSIÓN

Con las anteriores reflexiones y aras de contribuir a profundizar en propuestas para el replanteamiento de la cuestión migratoria en el Estado mexicano, señalamos en primer lugar la necesidad de abordar el tema desde una perspectiva sistémica e integral a cargo de las autoridades estatales que antepongan la dignidad de la persona humana y sus derechos como el eje de su actuación en la tarea de promoverlos, respetarlos, garantizarlos y en su caso repararlos, en atención puntual de los deberes, exigencias y estándares interpretativos consagrados tanto en la Constitución federal como en los sistemas universal y regional de protección de derechos humanos, so pena de incurrir sistemáticamente en denuncias y condenas por responsabilidad internacional.

Para lograrse se requiere revisar, reformar y articular el engranaje normativo-institucional para que cada nivel de gobierno en el ámbito de sus respectivas competencias contribuya –con la actuación de recursos humanos debidamente capacitados y competentes, así como las suficientes provisiones financieras y materiales–, a realizar acciones coordinadas, preventivas y oportunas a fin de atender todas las manifestaciones e impactos sociales, económicos, políticos, culturales, de seguridad y de salud, particularmente hoy en día con motivo de la emergencia sanitaria.

También resulta necesario el redimensionamiento de los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales para la protección de los derechos de los migrantes incluyendo instancias estatales especializadas en la denuncia, acompañamiento y asesoría jurídica efectiva en procedimientos administrativos y judiciales que involucren a los migrantes, y desde luego impulsar una política permanente para incentivar la creación, apoyo y coadyuvancia con las autoridades estatales de organismos de la sociedad civil que permitan atender no solo geográficamente este fenómeno sino también participar como observadores, proponiendo iniciativas y programas efectivos en la defensa e integridad de personas extranjeras indocumentadas sobre todo los grupos vulnerables como mujeres, niños y niñas, personas enfermas, discapacitadas o adultos mayores, incluyendo aquellos pertenecientes a grupos étnicos específicos, entre otros.

Finalmente, la realidad nos ha demostrado que para entender los flujos migratorios de miles de personas que se internan y transitan por México se deben analizar causas más profundas que van más allá del simple problema de la falta de oportunidades en los países de origen o el sueño por un mejor proyecto de vida en naciones con mayor desarrollo. Al efecto, resulta indispensable que a través del diálogo y la cooperación internacional se implementen políticas públicas que en lugar de criminalizar la migración y generar mayores niveles de violencia contribuyan a lograr su desarrollo de forma ordenada, segura y regular, pues lo hagamos hoy marcará sin duda el camino de nuestro país hacia la consolidación o retroceso de esta valiosa conquista que corresponde a todos preservar, y que es la de asumir en cualquier trinchera de actuación –pública o privada– la perspectiva de derechos humanos en el paradigma del Estado constitucional y democrático de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA EFE (9 de agosto de 2021). Migrantes ven discriminación ante falta de vacunas en frontera norte mexicana. Recuperado de: <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/migrantes-ven-discriminacion-ante-falta-de-vacunas-en-frontera-norte-mexicana/20000013-4604934>.
- AINSLEY, J. (7 de agosto de 2021). El 18% de las familias migrantes que salieron de custodia de la Patrulla Fronteriza dieron positivo al COVID-19. Noticias Telemundo. Recuperado de: <https://www.telemundo.com/noticias/noticias-telemundo/inmigracion/el-18-de-las-familias-migrantes-que-salieron-de-custodia-de-la-patrulla-fronteriza-dieron-tmna3900529>.
- BBC NEWS MUNDO (11 de junio de 2019). Acuerdo entre los gobiernos de Trump y AMLO: quién gana con el pacto migratorio que evita la imposición de aranceles por parte de Estados Unidos. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48589948>.
- CASARÍN LEÓN, M. (2020). Facultades extraordinarias del Estado mexicano y el derecho administrativo de la emergencia sanitaria: una evaluación preliminar. En Rendón Huerta Barrera Teresita y Jorge Fernández Ruíz (Coords.), *Facultades extraordinarias del Estado ante una emergencia sanitaria* (pp. 87-106). México: Grañen Porrúa-UGTO.
- (2021). Reflexiones en torno del derecho administrativo y las restricciones de derechos humanos en la emergencia sanitaria por la Covid-19. En Vargas Morgado, Jorge y Miguel A.

- López Olvera (Coords.), *El derecho administrativo ante la emergencia de la Covid-19* (pp.39-46). México: Ed. Mutare.
- (2021). La administración pública frente a la emergencia sanitaria: Una evaluación desde la perspectiva de los derechos humanos. En Vargas Morgado, Jorge, *Los nuevos retos del derecho administrativo ante la pandemia* (pp. 119-128). México: Burgoa Editores.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (2020). Recomendación No. 34/2020. México. Recuperado el 20 de octubre de 2021 de: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-09/REC_2020_034.pdf.
- (2020). Recomendación 50/2020. México. Recuperado el 20 de octubre de 2021 de: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-10/REC_2020_050.pdf.
- (2020). CNDH emite medidas cautelares al INM para proteger la salud de personas migrantes alojadas en la Estación Migratoria “Siglo XXI” y la Estancia Provisional “El Hueyate”, en Chiapas. Recuperado el 20 de octubre de 2021 de: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-10/COM_2020_336.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2020). Cuadernillo de jurisprudencia. No. 2: Personas en situación de migración o refugio. San José, Costa Rica. Recuperado el 20 de octubre de 2021 de: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo2.pdf>.
- (2020). Covid-19 y derechos humanos: Los Problemas y desafíos deben ser abordados con Perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. Recuperado el 20 de octubre de 2020 de: https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf.
- CRUZ ANGULO, J. (2011). Ley de Migración y derechos fundamentales. En Schiavon, Jorge A. y Gabriela Díaz Prieto (Eds.), *Los derechos humanos de las personas migrantes en México. Estudio de caso para promover su respeto y defensa* (pp. 201-218). México: CIDE.
- CHAVEZ, V. (20 de septiembre de 2021). México inicia vacunación contra COVID a migrantes que cruzan por el país. *El Financiero*. Recuperado de: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2021/09/20/mexico-inicia-vacunacion-contracovid-a-migrantes-que-cruzan-por-el-pais/>.
- DIAZ, G. (3 de septiembre de 2021). CNDH abre 15 expedientes por abusos contra migrantes en frontera sur. Proceso. Recuperado de: <https://www.proceso.com.mx/nacional/2021/9/3/cndh-abre-15-expedientes-por-abusos-contramigrantes-en-frontera-sur-271267.html>.
- FEDERACIÓN MEXICANA DE ORGANISMOS PÚBLICOS DE DERECHOS HUMANOS (2021). Urge construir compromisos regionales, desde la mirada local, para atender y proteger a las personas migrantes y refugiadas. Recuperado el 25 de octubre de 2021, de: <https://cdhcm.org.mx/2021/04/urge-construir-compromisos-regionales-desde-la-mirada-local-para-atender-y-proteger-a-las-personas-migrantes-y-refugiadas-fmopdh/>.
- FLORES, M. *et al.*, (2009). Diccionario básico de derechos humanos. México: FLACSO.
- GUEVARA BERMÚDEZ, J. (2014). Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad, ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada? En *Cuestiones Constitucionales*, No. 31. México: UNAM.
- INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN (2020). Tema Migratorio 090420 - Especial COVID-19. Recuperado el 15 de octubre de 2021 de: <https://www.inm.gob.mx/gobmx/word/index.php/tema-migratorio-090420/>.
- (2021). Tema Migratorio 150821– Información Migratoria Nacional, Especial COVID-19. México. Recuperado el 15 de octubre de 2021 de: <https://www.inm.gob.mx/gobmx/word/index.php/tema-migratorio-150821/>.

- LEY DE MIGRACIÓN. *Diario Oficial de la Federación* de 25 de mayo de 2011. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra_200521.pdf.
- MÉDICOS SIN FRONTERAS (2021). México: La militarización de las fronteras y las deportaciones masivas incrementan los peligros para solicitantes de asilo y migrantes. Recuperado el 20 de octubre de 2021 de: <https://msf-spain.prezly.com/mexico-la-militarizacion-de-las-fronteras-y-las-deportaciones-masivas-incrementan-los-peligros-para-solicitantes-de-asilo-y-migrantes>.
- MUNGUÍA SALAZAR, A. (2014). Migración y derechos humanos. México: BUAP-EL ERRANTE EDITOR.
- ONU MÉXICO (2021). COVID-19 exacerba la xenofobia, el desempleo, y limita el acceso a servicios de salud entre la población migrante en México. Recuperado el 20 de octubre de 2021 de: <https://coronavirus.onu.org.mx/covid-19-exacerba-la-xenofobia-el-desempleo-y-limita-el-acceso-a-servicios-de-salud-entre-la-poblacion-migrante-en-mexico>.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2020). La devolución forzosa de migrantes debe suspenderse en periodos de COVID-19. Declaración de la Red de las Naciones Unidas sobre la Migración. Ginebra, Suiza. Recuperado el 20 de octubre de 2021 de: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25882&LangID=S>.
- SÁNCHEZ, E. (1 de julio de 2019). Migración ya supera con 232% a 2018; enero-junio 2019. *Excelsior*. Recuperado de: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/migracion-ya-supera-con-232-a-2018-enero-junio-2019/1321779>.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2021), *Sentencias relevantes en materia de derechos humanos: Las Personas Migrantes*. México. Recuperado el 15 de octubre de 2021 de: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/buscadores-juridicos/sentencias-relevantes-en-materia-de-derechos-humanos/1354>.



Algoritmos en el estrado, ¿realmente los aceptamos? Percepciones del uso de la inteligencia artificial en la toma de decisiones jurídico-penales

ALGORITHMS ON THE STAND, DO WE REALLY ACCEPT THEM?
PERCEPTIONS OF THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE
IN CRIMINAL-LEGAL DECISION-MAKING

África María Morales Moreno

Contratada predoctoral (FPU). Departamento de Derecho Civil, Penal y Procesal
Universidad de Córdoba

africamorales14@gmail.com 0000-0003-1466-2833

Recibido: 3 de diciembre de 2021 | Aceptado: 19 de diciembre de 2021

RESUMEN

La irrupción que las prácticas basadas en la evidencia, la automatización de decisiones y la inteligencia artificial han tenido en nuestra sociedad también ha alcanzado al sistema de justicia penal. Jueces y operadores jurídicos comienzan a interactuar con este tipo de herramientas aún sin tener la información suficiente sobre su modo de empleo ni sobre el impacto que realmente pueden llegar a tener. Todo ello, unido a la falta de regulación legal y de requisitos éticos para su utilización, parece estar generando entre la ciudadanía controversias, críticas e incluso cierto rechazo hacia la implementación de tales tecnologías. Con una muestra de 359 participantes, este estudio ofrece una primera aproximación al grado de aceptación ciudadana que existe en relación con el uso de la inteligencia artificial para la toma de decisiones jurídico-penales. Los resultados obtenidos apuntan a que tal nivel de aceptación es bajo, lo cual abre camino al debate sobre qué condiciones y límites deben imponerse para que la aplicación de estas tecnologías sea legítima y acorde a los principios de todo Estado social, democrático y de Derecho.

ABSTRACT

The irruption that evidence-based practices, decision automation and artificial intelligence have had in our society has also reached the criminal justice system. Judges and legal operators are already interacting with these types of tools without having sufficient information about how they are used or the impact they can really have. All of this, together with the lack of legal regulation and ethical requirements for their use, seems to be generating controversy, criticism and even a certain rejection of the implementation of

PALABRAS CLAVE

Justicia penal
Inteligencia artificial (IA)
Algoritmo
Riesgo de reincidencia

KEYWORDS

Criminal justice
Artificial intelligence (AI)
Algorithm
Recidivism risk

these technologies among citizens. With a sample of 359 participants, this study offers a first approximation of the degree of public acceptance of the use of artificial intelligence in legal-criminal decision-making. The results obtained suggest that this level of acceptance is low, which opens the way for a debate on what conditions and limits should be imposed for the application of these technologies to be legitimate and in accordance with the principles of any social, democratic and rule of law state.

I. INTRODUCCIÓN

En plena era digital, rodeados de cantidades cada vez mayores de datos y motivados por los avances en inteligencia artificial (IA), la toma de decisiones en las sociedades contemporáneas se delega cada vez más en estos sistemas. En este contexto de “datificación” (Van Dijck, 2014), nos dejamos guiar diariamente por las recomendaciones de Siri o Cortana; “chateamos” con nuestro gestor bancario como si verdaderamente hubiera una persona física respondiendo a nuestras dudas al otro lado de la pantalla; e incluso empezamos a desplazarnos en vehículos que no están siendo conducidos por ningún agente humano. Asistimos, de forma inconsciente, a una profunda transformación en todos los ámbitos que nos rodean diariamente, incluido el campo la justicia penal y la organización penitenciaria.

De esta forma, las tradicionales funciones de evaluación judicial humana se complementan cada vez más con una gama de herramientas actuariales, algorítmicas, de aprendizaje automático e IA que pretenden proporcionar capacidades predictivas precisas y evaluaciones de riesgo objetivas y consistentes (Martínez Garay, 2018; Miró Llinars, 2018; Solar Cayón, 2020). La concesión de permisos penitenciarios, la gestión de los recursos e incluso la puesta en libertad condicional de un sujeto son ejemplos de decisiones que comienzan a ser tomadas en base a los resultados arrojados por este tipo de herramientas. Sin embargo, las consecuencias, conocidas y desconocidas, derivadas del uso de este tipo de instrumentos, junto con la falta de regulación legal y de requisitos éticos para su utilización, están generando múltiples controversias y críticas por parte de la población.

Ante este panorama, el objetivo principal que se pretende lograr con este trabajo es conocer el nivel de aceptación que existe entre la ciudadanía sobre el uso de herramientas dotadas de IA en la toma de decisiones jurídico-penales mediante la realización de un estudio empírico. La elección de este objeto de estudio parte de la consideración de que, en un Estado Social y Democrático de Derecho en el que se reconoce y garantiza la participación ciudadana, la automatización de decisiones y el uso de la IA solo triunfará y será legítimo si es aceptado por la población a la que se dirige.

Para alcanzar tal objetivo, se llevará a cabo un estudio exhaustivo de este tipo de herramientas y de su progresivo desarrollo e implementación. A continuación, se realizará una revisión bibliográfica de aquellos trabajos que ya hayan analizado el nivel de aceptación social de la automatización de decisiones, tanto en el ámbito jurídico como en otros campos de la sociedad. Por último, se presentará un caso real acaecido

en California y que pone de manifiesto la importancia de tener en cuenta las opiniones de la ciudadanía antes de incorporar el uso de herramientas de IA en el ámbito de la justicia penal. Finalmente, se presentará el estudio realizado y los resultados obtenidos con la finalidad última de proporcionar una primera aproximación a las percepciones que la ciudadanía tiene actualmente sobre el empleo de estas herramientas en el sistema de justicia penal.

II. LAS HERRAMIENTAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL

1. Los orígenes de su aplicación: las herramientas de valoración del riesgo

El Derecho Penal no se ocupa solo de tipificar conductas y proteger bienes jurídicos sino que son numerosas las cuestiones que aborda y que, cada vez más, comparte con otras ramas de conocimiento. Entre ellas, la peligrosidad del reo o del condenado ha sido desde siempre un punto de unión con la Criminología, ya que es un criterio fundamental que debe ser valorado a hora de determinar ciertos aspectos en un proceso penal o en el ámbito penitenciario (como conceder o no permisos penitenciarios o la libertad condicional, determinar el régimen penitenciario de un determinado preso, etc.). Para tomar estas decisiones los jueces y el resto de los operadores jurídicos se han apoyado tradicionalmente en informes o valoraciones de psiquiatras, médicos forenses u otros especialistas procedentes de las juntas de tratamiento en el ámbito penitenciario; todos ellos expertos en la materia. Estos informes eran elaborados en base a la libre interpretación de la información del agresor, delincuente o paciente por parte del profesional, sin utilizar ningún tipo de herramienta o reglas fijas y basándose exclusivamente en su propio conocimiento, en su experiencia profesional individual (Martínez Garay y Montes Suay, 2018).

Esta tradicional forma de evaluar la peligrosidad de un sujeto es el denominado método clínico puro o juicio clínico no estructurado y, pese a ser conscientes de la ambigüedad y limitaciones del concepto de “peligrosidad” como predictor de la conducta violenta, tales valoraciones se llevaban a cabo porque la ley así lo exigía en determinados casos y porque no existía ningún otro método para ello. Sin embargo, en las últimas décadas del siglo XX, las ciencias sociales y médicas llevaron a cabo un examen muy crítico sobre las posibilidades reales de detectar “científicamente” la peligrosidad y concluyeron que las dificultades teóricas y prácticas para prever la conducta futura de las personas, unidas a las altas tasas de error que ya se estaban constatando empíricamente, restaban legitimidad a las consecuencias jurídicas restrictivas de derechos que la legislación hacía depender de tales pronósticos (Martínez Garay, 2018).

La principal consecuencia de tales descubrimientos fue la sustitución, por parte de la Criminología, del concepto de “peligrosidad” por el de “riesgo”. Para este nuevo enfoque la “peligrosidad” es considerada una cualidad estática, presente en el sujeto de

forma permanente desde el momento en que comete un primer delito. En cambio, el concepto de “riesgo” hace referencia a un conjunto de factores personales y ambientales que se consideran dinámicos, que favorecen en mayor o menor grado la comisión de nuevos delitos y que permiten elaborar pronósticos en términos de probabilidad sobre el riesgo de reincidencia futura que presenta el sujeto. Ya no se trataba de determinar si el individuo posee o no la cualidad subjetiva de peligroso (pues, efectivamente, la posee), sino de evaluar la presencia o ausencia de tales factores en el sujeto y en ese determinado momento (Andrés Pueyo y Redondo Illescas, 2007; Andrés Pueyo y Echeburúa, 2010; Loinaz, 2017). Y, junto a este cambio de conceptualización también se produjo una transformación en la forma de medir dicho riesgo.

Surgen, entonces, las herramientas de valoración del riesgo (HVR) en sus dos vertientes conocidas: actuariales y de juicio clínico estructurado. El funcionamiento de ambos tipos de HVR se basa en la observación empírica de grupos de sujetos y en la cuantificación y combinación estadística de los factores de riesgo (en ocasiones, también de protección) que concurren en ellos y que han demostrado estar significativamente asociados a la aparición de conducta violenta o delictiva (Martínez Garay y Montes Suay, 2018). Si bien, la principal diferencia entre ellas es que las actuariales proporcionan una estimación del riesgo de forma automática, calculada con un algoritmo a partir de la puntuación que el sujeto haya obtenido en los diferentes factores de riesgo que incluya el instrumento. En cambio, las de juicio clínico estructurado son guías que indican cuáles son los factores que deben ser tenidos en cuenta y cómo deben ser apreciados, pero en las que la evaluación final queda en manos del profesional que pondera el peso que tiene cada factor, e incluso puede añadir otros que la herramienta no contempla pero que él considera decisivos en el caso concreto (Loinaz, 2017).

Con esta nueva forma de proceder, el recelo y escepticismo antes mencionado empiezan a ser sustituidos por una mayor confianza hacia estas herramientas que permitían elaborar pronósticos basados en la evidencia y con mayor rigor y transparencia técnica (Andrés Pueyo, 2017). De esta forma, el éxito de estos instrumentos no se ha limitado al ámbito teórico o académico, sino que numerosos países los han en diversos estadios del proceso penal porque, también en este ámbito, el riesgo de comisión de futuros delitos debe ser tenido en cuenta. A nivel internacional, Canadá y EEUU fueron los primeros en hacerlo y a ellos se han sumado progresivamente otros países vecinos, como España desde hace 10 o 15 años (Martínez Garay y Montes Suay, 2018). A este respecto, especial mención merece en este trabajo la HVR *RisCanvi* que ha sido una importante contribución a la gestión y rehabilitación de los delincuentes en el sistema penitenciario catalán.

RisCanvi se diseñó para evaluar el riesgo de violencia en los centros penitenciarios de Cataluña y desde 2009 es la principal herramienta para prevenir la violencia carcelaria y gestionar la rehabilitación y la reincidencia de los presos. *RisCanvi* se puso en marcha en un momento en el que las cárceles catalanas se estaban masificando por el alargamiento de las penas de prisión y se tenía que encontrar un equilibrio entre el mantenimiento de los programas de tratamiento, la introducción de nuevas medidas penales alternativas y la respuesta a las constantes demandas de la sociedad. De esta

forma, RisCanvi fue diseñada para lograr dos objetivos principales: mejorar las predicciones individualizadas del riesgo de reincidencia; y generalizar el uso de HVR como procedimiento habitual entre los profesionales penitenciarios. A través de una evaluación estructurada de varios factores de riesgo, RisCanvi determina el nivel de riesgo presente para cada recluso en relación con tres posibles conductas violentas en el futuro: violencia autodirigida, violencia en las instalaciones, y probabilidad de cometer nuevos delitos violentos. Esta herramienta también estima el riesgo de quebrantamiento de permisos y otras situaciones similares (Soler, C., 2013; Singh, J. P., et al., 2018).

RisCanvi se ha probado empíricamente y sus parámetros métricos son similares a los de otras HVR. Concretamente, en el último estudio disponible sobre la validez predictiva de RisCanvi su autor concluyó que la sensibilidad de la herramienta era excelente - un 77,15% de los sujetos que había identificado como riesgo alto efectivamente reincidieron - y su efectividad aceptable - un 57,26% de los sujetos que clasificó como de riesgo bajo no reincidieron - (Capdevilla, M., et al, 2015). De esta forma, esta HVR se encuentra plenamente incorporada en varios procedimientos de gestión de los presos y es un recurso a disposición de los profesionales de los centros penitenciarios catalanes para potenciar la toma de decisiones efectiva en todos los ámbitos en los que la evaluación y gestión del riesgo de violencia son importantes (Soler, C., 2013; Singh, J. P., et al., 2018).

En definitiva, pese a que los textos jurídico-penales sigan aludiendo a la “peligrosidad” como fundamento para poder tomar ciertas decisiones (revisión o suspensión de la pena, imposición de medidas de seguridad, concesión de libertad condicional, etc.), lo que realmente interesa es conocer el riesgo de reincidencia que presente el procesado en cada caso concreto. Es por ello que el uso de las HVR se está extendiendo sin precedentes a todo el ámbito de la administración de la justicia penal y, en algunos países, están llegando incluso a ser utilizadas en la fase de determinación de la pena. Esta última aplicación es conocida como *evidence-based sentencing* y, dado que las consecuencias que su uso está generando no son para nada irrelevantes, en las líneas siguientes serán abordados los orígenes de su aplicación e implementación, así como los problemas a los que se enfrenta esta nueva práctica.

2. El evidence based-sentencing

El evidence based-sentencing encuentra su origen en las políticas del “tough on crime” y “la guerra contra las drogas” aplicadas en EEUU durante los años 80-90. El aumento del número de delitos castigados con cadena perpetua, la derogación de la *parole* (lo que equivale a nuestra libertad condicional) en muchos estados, la aprobación de leyes que imponían unas duras condenas mínimas de cumplimiento obligatorio, o la tipificación de penas más duras e internamientos indefinidos para cierto tipo de delincuentes fueron algunas de las reformas que caracterizaron a estas políticas. Como consecuencia de todo ello, se ocasionaron tremendas disparidades raciales (al afectar desproporcionadamente a los habitantes de bajos ingresos y de color), un aumento de los gastos federales y estatales, así como un incremento de la población penitenciaria y del número

de sentencias que imponían condenas privativas de libertad (Botnick, 2015; Martínez Garay, 2020). Ante este panorama, a finales de la década de los 90, investigadores y responsables de las políticas criminales se vieron obligados a buscar nuevas soluciones que permitirán paliar estas devastadoras consecuencias. Dicha búsqueda de respuestas coincidió en el tiempo con el auge que los métodos de evaluación del riesgo estaban teniendo en el ámbito policial y penitenciario, lo que llevó a reflexionar sobre la posibilidad de incorporar estas técnicas también en la fase de determinación penal. Surge, entonces, el evidence-based sentencing (Botnick, 2015).

La expresión evidence-based sentencing (EBS) hace referencia a la aplicación, en el momento de la imposición de la pena y durante la ejecución de la misma, de una serie de pautas y criterios que derivan de los resultados de investigaciones científicas rigurosas sobre la capacidad predictiva de las modernas HVR. Se trata de que el juez pueda utilizar los datos de forma actuarial, en lugar de depender de sus propios juicios profesionales o “clínicos” (Star, 2014; Martínez Garay, 2020). Así, ante las elevadas tasas de encarcelamiento y los prejuicios raciales presentes en el sistema de justicia penal estadounidense, el EBS se presentaba como la mejor solución para disminuir el encarcelamiento masivo y, al mismo tiempo, proporcionar una mejor protección a la comunidad, reducir la reincidencia y aumentar la coherencia, la objetividad y la transparencia en la toma de decisiones jurídico penales, al ser estas adoptadas en base a estimaciones científicas sobre el riesgo de reincidencia (Starr, 2014; Botnick, 2015; Garrett y Monahan, 2018; Scurich y Krauss, 2019; Martínez Garay, 2020).

En 1994, el estado de Virginia fue el primero en incorporar el uso de HVR en la fase de determinación de la pena (Botnick, 2015) y, desde esta primera experiencia, el estudio y desarrollo de estos instrumentos ha tenido una evolución exponencial. A fecha de 2019, ya eran 28 los estados que se habían sumado a esta nueva práctica (Stevenson y Doleac, 2019). Sin embargo, hoy en día, los objetivos perseguidos con estas reformas no están siendo alcanzados. Casi dos décadas después de la llegada del EBS, las tasas de encarcelamiento estadounidenses no se han visto reducidas. Por citar un ejemplo concreto, en el año 2013, el número de personas encarceladas en el estado de Missouri era de 41.998. Junto a ello, la aparición de una serie de amenazas para los derechos fundamentales y las garantías de los ciudadanos (Freeman, 2016; Martínez Garay, 2019) está dando lugar a un importante debate que cuestiona si realmente las prácticas basadas en la evidencia deben tener o no cabida en el ámbito de la justicia penal.

3. Problemas derivados de la aplicación de estas herramientas

La discusión sobre la aplicación de las HVR en el ámbito judicial y del EBS, parece tener su origen en el año 2013, cuando Eric Loomis se convirtió en la primera persona condenada a seis años de prisión y otros cinco en régimen de libertad vigilada en base al nivel de riesgo que presentaba según la herramienta COMPAS (Northpointe, 1998). La defensa del condenado recurrió la sentencia alegando que se había vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías porque no podía discutir los métodos utilizados

por el sistema COMPAS, pues su algoritmo era secreto y solo lo conocía la empresa que lo había desarrollado. Tales argumentos no fueron acogidos por la Corte Suprema del Estado de Wisconsin, que ratificó la condena (Freeman, K., 2016; Martínez Garay, 2018). Pese a ello, en el caso *State vs. Loomis* encuentra su origen el actual debate acerca del uso que debe darse a estas herramientas.

Dudas sobre el nivel de acierto de estas herramientas, la presencia de sesgos en los datos que utiliza, la posible vulneración de derechos fundamentales, o su falta de encaje en las teorías convencionales sobre las finalidades de la pena son algunos de los aspectos que comienzan a ser cuestionados. Todo ello sin olvidar que, en último término, la decisión final queda en manos del juez, cuya tradicional forma de proceder sigue teniendo un importante peso en sus decisiones. Sin restar importancia a ninguna de estas cuestiones y, teniendo en cuenta los objetivos de este trabajo, en las próximas líneas se analizarán dos de ellas.

A) La existencia de sesgos en los jueces

Los psicólogos Kahneman y Tversky llevaron a cabo, en la década de los 70, una serie de estudios empíricos que demostraron que las valoraciones de las personas sobre la probabilidad de que se produzcan resultados inciertos incurren en errores cognitivos sistemáticos (Gallo, 2011). En el ámbito del Derecho, estas investigaciones han dado origen a una amplia literatura científica que pone de manifiesto la existencia de signos inequívocos de sesgo en las decisiones de los jueces (Fariña et al., 2002). Un sesgo cognitivo es una desviación sistemática, involuntaria e inconsciente de una norma o de un estándar de racionalidad al emitir un juicio perceptual o conceptual, al recordar un evento o al hacer una predicción. Es decir, no se trata de un simple error, sino de comportamientos que ocurren consistentemente bajo circunstancias similares y que, por lo tanto, son predecibles y replicables. Estos sesgos son causados, principalmente, por el uso de heurísticos, que son atajos que utilizamos en el procesamiento de información. Pero también son producto de las limitaciones de nuestra capacidad cerebral de procesar información, de influencias emocionales, morales y sociales, y de distorsiones en el proceso de almacenamiento y búsqueda de información en la memoria (Kahneman, Slovic, y Tversky, 1982).

Desde el inicio de un proceso hasta el momento en que el juez debe decidir qué pena imponer, las heurísticas que utilizan de forma inconsciente producen múltiples sesgos que interfieren negativamente en sus razonamientos y decisiones. No se trata simplemente de sesgos raciales, sexuales o religiosos, sino de sesgos implícitos propios del procesamiento de la información, tanto sensorial como conceptual (Guthrie et al., 2001). Así, en el ámbito de las decisiones jurídico-penales, los sesgos más discutidos por la literatura científica de los últimos años son: el de anclaje (Kahneman y Tversky, 1974/1986; Fariña et al., 2002; Gallo, 2006, 2011; Muñoz Aranguren, 2011), el de representatividad (Kahneman y Tversky, 1972, 1973; Gallo, 2006, 2011; Muñoz Aranguren, 2011), el de disponibilidad (Kahneman y Tversky, 1973; Gallo, 2006, 2011; Muñoz Aranguren,

2011), el retrospectivo (Fischhoff, 1975; Gallo, 2006, 2011; Muñoz Aranguren, 2011); el de confirmación (Wason, 1960; Myers y Lam, 1976); y el de grupo (Muñoz Aranguren, 2011). Junto a estos sesgos, el denominado efecto marco (Kahneman y Tversky, 1979; Gallo, 2011) también ha sido objeto de estudio en el ámbito del Derecho Penal.

La existencia de tales sesgos explica que en numerosas ocasiones la opinión pública ponga en duda la imparcialidad de los jueces y el resto de los operadores jurídicos al tomar sus decisiones. De hecho, el impacto que esta forma de proceder de la mente humana tiene en las decisiones jurídico-penales se aprecia, aún más, con la llegada del EBS, pues los estudios realizados hasta el momento (y que serán analizados en mayor profundidad a continuación) reflejan cómo los jueces estadounidenses no están teniendo en cuenta los resultados arrojados por las herramientas (Stevenson y Doleac, 2018; Stevenson y Doleac, 2019; Terranova et al., 2020; Garret y Monahan, 2020). Consecuentemente, en lugar de conseguir que las decisiones judiciales sean más objetivas y precisas gracias a la información aportada por las HVR, los jueces siguen decidiendo en base a su particular experiencia y a sus propios criterios que, en ningún caso, están libres de sesgos.

B) La “desconocida” validez predictiva de las HVR

La segunda problemática que interesa destacar en este trabajo viene referida a la forma de conocer la validez predictiva de estas herramientas; cuestión para nada baladí si se tiene en cuenta que la capacidad predictiva de una HVR puede ser expresada con muchos indicadores diferentes cada uno de los cuales mide una dimensión distinta de esta (Loinaz, 2017). De esta forma, algunos expresan cómo de bien detecta el instrumento la reincidencia (sensibilidad) y la no reincidencia (eficacia), y otros cómo de bien la predice (valor predictivo positivo) o no la predice (valor predictivo negativo); algunos son medidas de riesgo relativo (esto es, informan sobre el mayor riesgo de reincidir de los clasificados como riesgo alto en relación con clasificados como de riesgo bajo), y otros de riesgo absoluto (es decir, informan sobre la probabilidad de que la reincidencia ocurra en un grupo concreto al transcurrir un periodo de tiempo dado), etc.

Dado que cada indicador mide una dimensión diferente de la capacidad predictiva, cada uno puede adoptar valores muy distintos para una misma HVR y podría darse el caso de que una misma herramienta sea calificada de “buena” (en el sentido de fiable, precisa) y “mala” a la vez (Martínez Garay y Montes Suay, 2018). No obstante, en la mayoría de los casos, los jueces no poseen esta información, lo cual origina dos posibles consecuencias. En primer lugar, que los jueces interpreten erróneamente los resultados arrojados por la HVR y apliquen medidas restrictivas de derechos fundamentales a sujetos que, en realidad, no las merecen (Martínez Garay y Montes Suay, 2018). En segundo lugar, que esta falta de información sobre cómo interpretar los resultados se convierta en una motivación más para no tener en cuenta la información que proporcionan y seguir decidiendo en base a sus propios criterios, con la consiguiente influencia de los sesgos y heurísticos presentes en ellos.

En definitiva, pese a que con un uso adecuado de estas herramientas el sistema de justicia penal podría poner fin a muchos de sus actuales problemas, la falta de conocimiento sobre su forma de proceder y sobre cómo interpretar sus resultados dificultan en gran medida su efectiva utilización. Por otro lado, gran parte de la sociedad también comienza a mostrar su rechazo hacia estas prácticas a causa de las posibles discriminaciones raciales y vulneraciones de derechos antes mencionadas. Se nos presenta, entonces, la siguiente pregunta: ¿confían realmente los seres humanos en las predicciones y decisiones algorítmicas?

III. PERCEPCIONES CIUDADANAS EN TORNO A LAS DECISIONES ALGORÍTMICAS, ¿QUÉ SABEMOS?

En 1954, en su libro *Clinical Versus Statistical Prediction: A Theoretical Analysis and Review of the Evidence*, Paul Meehl revisó los resultados de 20 estudios sobre predicciones en diversos dominios y fue el primero en mostrar que las predicciones realizadas por algoritmos superaban a las realizadas por humanos. En efecto, los algoritmos pueden permitir una toma de decisiones eficiente, optimizada y basada en datos (Kyung Lee, 2018). Esta visión optimista ha impulsado la adopción de algoritmos para la toma de decisiones en multitud de ámbitos de nuestra sociedad, como en el campo de los negocios (Siegel, 2016), en la salud (Jee et al., 2013), en la educación (Selwyn, 2015; Baker, 2016), en la política (Kim et al., 2014) y, poco a poco, también en la justicia y la organización penitenciaria (Botnick, 2015; Kehl et al., 2017; Stevenson y Doleac, 2018, 2019; Scurich y Krauss, 2019; McKay, 2019; De Michele et al., 2019; Garret y Monahan, 2020; Terranova et al., 2020).

La irrupción de este fenómeno está transformando radicalmente el funcionamiento tradicional de nuestra sociedad y, aunque las ventajas son innegables, también lo son las consecuencias negativas derivadas del uso de esta tecnología. Todo ello ha despertado el interés de sociólogos, psicólogos e investigadores de otros campos del conocimiento y está dando lugar a una importante literatura científica centrada en conocer cuáles son las percepciones que las personas tenemos sobre la utilización de estos algoritmos y la consiguiente automatización de decisiones.

1. Aversión algorítmica

Al ser humano siempre le ha costado admitir que una máquina pueda incorporar capacidades mentales en el más amplio sentido de la expresión (Amador, 1996). Por ello, varios estudios se han propuesto analizar si realmente existe o no esta desconfianza.

Uno de los primeros trabajos realizados sobre el tema tuvo lugar en el campo de los medios de comunicación y tenía por objeto conocer si las percepciones de los lectores de un periódico digital variaban en función del conocimiento que tuvieran sobre quién o qué había decidido qué tipo de noticias mostrarle. A los participantes se le ofrecieron seis noticias distintas que tuvieron que leer y se establecieron cuatro condiciones experimentales

en torno a quién había seleccionado las noticias: (a) las noticias habían sido seleccionadas por los redactores del periódico; (b) las noticias habían sido seleccionadas por un algoritmo de IA; (c) las noticias habían sido seleccionadas por otros usuarios lectores del periódico; (d) al último grupo se le asignó una tarea de pseudo selección que les llevó a creer que las noticias fueron elegidas por ellos mismos. Las opiniones de los participantes sobre el periódico fueron más negativas en el grupo que había sido informado de que las noticias eran seleccionadas por un sistema artificialmente inteligente. Así, una de las conclusiones a la que llegaron los autores fue que las percepciones que las personas tienen de una decisión se ven afectadas por el hecho de que tal decisión haya sido tomada por un algoritmo más que por una persona, con independencia de la calidad de sus resultados (Sundar y Nass, 2001).

Más recientes en el tiempo son los estudios que se han encargado de evaluar cómo las personas “castigan” más a un algoritmo después de verlo errar, mientras que con sus propios errores o los de otro ser humano se muestran mucho más tolerantes. Es decir, después de conocer que un algoritmo se ha equivocado o que presenta cierto margen de error, automáticamente, las personas confían más en el juicio humano, incluso cuando el rendimiento general de aquel es mejor que el de este. En Dietvorst et al. (2015), a través de cinco estudios con diferentes manipulaciones, los autores aportaron evidencia sobre cómo ver a un algoritmo errar hace que las personas sean menos propensas a confiar en sus predicciones. Esto ocurría incluso en los supuestos en los que los participantes también veían errar al ser humano o en los que, pese a que algoritmo no hacía la predicción exacta, sí que superaba a la del ser humano. Además, esta preferencia por la predicción humana frente a la algorítmica se daba sin importar si el pronosticador humano era el propio participante u otro participante anónimo.

De las aportaciones de estos estudios nace el concepto de aversión algorítmica (*algorithm aversion*) que hace referencia a la desconfianza humana en el uso de algoritmos para la toma de decisiones. No obstante, este fenómeno no es ni exclusivo ni excluyente.

2. Apreciación algorítmica

Dentro de la literatura sobre automatización de decisiones, también encontramos otro grupo de estudios cuyos resultados reflejan que, para cierto tipo de decisiones y en determinados ámbitos, las personas se adhieren más a recomendaciones algorítmicas frente a las procedentes de seres humanos. Así, en Araujo et al. (2019), se trató de analizar si las percepciones de utilidad, equidad y riesgo que las personas tienen sobre una decisión tomada por un sistema de IA en comparación con un ser humano experto en la materia variaban en función del contexto y de las consecuencias derivadas de la misma. En el estudio, los tres ámbitos analizados fueron mass media, salud y justicia; y diferenciaron entre nivel de impacto bajo o alto. Los resultados mostraron que: (a) las decisiones del algoritmo se percibieron como más justas en el ámbito de la salud y de la justicia, y sin diferencias en relación con los mass media; (b) los participantes percibieron en todos los contextos que en las decisiones del algoritmo el riesgo era menor,

especialmente, cuando las consecuencias eran de mayor impacto; y (c) las decisiones algorítmicas se percibieron como mucho más útiles en el ámbito de la salud, mientras que en los demás contextos no se vieron diferencias.

En esta misma línea, en Logg et al. (2019), los resultados de seis experimentos mostraron que las personas legas en conocimientos informáticos se adhieren más a las recomendaciones procedentes de un algoritmo frente a las procedentes de una persona. En el estudio, se pedía a los sujetos que hicieran predicciones numéricas sobre un estímulo visual y sobre la popularidad de una serie de canciones. Para ello, se les ofreció recomendaciones procedentes de un algoritmo y otras realizadas por un ser humano, y los resultados mostraron que los participantes confiaron más en las estimaciones algorítmicas. Sólo disminuyó la apreciación algorítmica cuando los participantes tenían que elegir entre la estimación de un algoritmo y la suya propia, prefiriendo en estos casos sus propias predicciones.

De conformidad con lo anterior, surge el concepto de aceptación algorítmica (*algorithm appreciation*) para referirse a aquellos supuestos en los que las personas perciben de forma favorable la automatización de decisiones.

3. Otros factores influyentes

A la evidencia sobre la aversión y aceptación algorítmica le han acompañado otras investigaciones centradas en analizar de forma más concreta qué elementos o factores hacen que los individuos se muestren favorables o adversos a la automatización de decisiones. Así, en un contexto de gestión de tareas, el estudio realizado por Kyung Lee (2018) sugiere que las características de las actividades afectadas por la decisión son importantes para comprender las experiencias de las personas con las tecnologías algorítmicas. En él, las personas percibieron que determinadas tareas requieren habilidades “humanas” (como sería el caso de realizar juicios subjetivos o de decisiones que requieren una mínima capacidad emocional), mientras que otras exigen habilidades más “mecánicas” (por ejemplo, el procesamiento de datos cuantitativos para medidas objetivas o la asignación de tareas en una empresa). Para las primeras, los sujetos participantes eligieron que la decisión fuera tomada por un ser humano, mientras que para las segundas les era indiferente que la decisión la tomara un ser humano o un algoritmo.

Otro grupo de estudios se ha centrado en conocer cómo debe configurarse un algoritmo para que las personas consideren sus decisiones “justas”. En todos ellos, los participantes se mostraron desfavorables al uso de decisiones algorítmicas si los datos en los que se basa el algoritmo pueden originar discriminaciones por razón de raza o sexo. Por ejemplo, en Pierson et al. (2018), los participantes se mostraron desfavorables a que el género sea un factor a tener en cuenta por un algoritmo que recomienda asignaturas optativas a estudiantes si su inclusión hace que las estudiantes de género femenino sean menos propensas a participar en cursos de ciencias naturales. Y, en Saxena et al. (2020), los sujetos encuestados se mostraron en contra de que la raza fuera tomada en cuenta por un algoritmo que en una entidad financiera se encarga de decir a qué sujetos conceder un préstamo y a cuáles no.

Como una primera conclusión, se advierte que nos encontramos ante un fenómeno muy poliédrico, ya que no existen factores que determinen de forma absoluta la existencia de una mayor o menor aceptación sobre el uso de estos algoritmos. El ámbito en el que se toma la decisión, las consecuencias que se puedan derivar de dicha decisión, ver errar al algoritmo, o los datos en los que éste se basa para decidir, son sólo ejemplos de algunos aspectos influyentes, pero no exclusivos ni generalizables. Además, la literatura existente es escasa en general y lo es, mucho más, en el ámbito de la justicia penal, pese a ser éste un campo que empieza a verse afectado por la automatización de decisiones con la llegada de las HVR.

Ante este panorama, el estudio de las percepciones ciudadanas sobre el uso de predicciones y decisiones algorítmicas en la práctica jurídico-penal se reviste necesario por dos razones. En primer lugar, porque es el juez quién, siendo también un ciudadano, va a decidir si tener en cuenta o no los resultados arrojados por la HVR y, a su vez, esta decisión se verá afectada por la percepción que dicho juez tenga de este instrumento. En segundo lugar, porque los destinatarios de estas decisiones van a ser los miembros de la sociedad y, dado que pueden ver afectados algunos de sus derechos, es necesario que se respete mínimamente la opinión que tengan al respecto; de lo contrario, incluso podría comenzar a verse afectada la legitimidad del sistema. En definitiva y como se anunciaba al principio de este trabajo, la importancia de conocer tales percepciones reside en el hecho de que la automatización de las decisiones judiciales sólo triunfará y será legítima si es aceptada por la ciudadanía a la que se dirige.

IV. IMPORTANCIA DE LAS PERCEPCIONES SOCIALES SOBRE LAS DECISIONES ALGORÍTMICAS EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL

1. El juez

El sistema de justicia penal estadounidense arrastra, desde el siglo pasado, una serie de problemas tanto a nivel social como económico. Con su aparición, el EBS se presentó como la solución perfecta a todos ellos, incorporándose progresivamente en más de la mitad de sus estados. Se pensó, entonces, que las tasas de encarcelamiento se verían reducidas y que la coherencia y transparencia en la toma de decisiones jurídico-penales aumentaría (Botnick, 2015; Garrett y Monahan, 2018; Scurich y Krauss, 2019). No obstante, se anunciaba unas líneas más arriba que estas reformas no están teniendo el impacto que se esperaba.

En los tribunales estadounidenses la incorporación del EBS realmente no ha privado a los jueces de su margen de discreción y no lo ha hecho porque la decisión final queda siempre en manos del juez. Por tanto, independientemente del nivel de riesgo que haya arrojado el instrumento, tales predicciones no son vinculantes para ellos. A este hecho debemos sumarle otros dos condicionantes: por un lado, la presencia de los sesgos y heurísticos antes mencionada; y, por otro, la existencia de prioridades políticas propias que tienen los jueces (como aspiraciones profesionales de reelección o nuevos

nombramientos, opinión pública, etc.) y que les hacen ignorar la evaluación de riesgos por completo o responder a ella estratégicamente, usándola para avanzar en su propia agenda (Cowgill y Stevenson, 2019; Lim et al., 2015; Berdej y Yuchtman, 2013; en Stevenson y Doleac, 2019). De esta forma, los trabajos que han tratado de conocer cómo se está articulando la relación entre los jueces y las predicciones algorítmicas arrojan interesantes resultados.

Estudios llevados a cabo en Kentucky y Virginia (Stevenson y Doleac, 2019; Garrett y Monahan, 2020) ofrecen evidencias sobre cómo en estos estados, tras adoptar evaluaciones de riesgo algorítmicas con el objetivo declarado de reducir el encarcelamiento de los infractores de bajo riesgo, las tasas de internamiento penitenciario no disminuyeron sustancialmente. En el primer estado, Kentucky, los resultados mostraron que dos de cada tres veces los jueces no tienen en cuenta el nivel de riesgo que predice el algoritmo y, en lugar de conceder la libertad sin fianza a aquellos sujetos que presentan un riesgo bajo o moderado (que es el objetivo perseguido con la reforma), siguen decretando su entrada en prisión preventiva. En lo que respecta al estado de Virginia, la reforma persigue reducir la condena de aquellos procesados que presenten bajo riesgo, pero de nuevo, tal objetivo no se está viendo cumplido, pues en todos los casos analizados la mayor parte de los jueces no tiene en cuenta las recomendaciones de la herramienta y continúan condenando con penas elevadas. La misma desconfianza hacia las predicciones algorítmicas realizadas por las HVR se ha observado en el estado de Missouri (Botnick, 2015) y en Nueva Jersey (Garrett y Monahan, 2020).

Por otro lado, en Stevenson y Doleac (2019) se observó cómo los jueces otorgan sistemáticamente indulgencia a los jóvenes acusados a pesar de su alto riesgo de reincidencia. Este alto riesgo de reincidencia se debe a que, la evidencia criminológica demuestra que la corta edad es uno de los principales factores de riesgo asociados a la reincidencia delictiva y, por ello, las HVR otorgan mayor importancia a la variable “edad” cuanto más joven sea el sujeto. Sin embargo, este hecho se opone a una práctica judicial estadounidense según la cual la menor edad del delincuente debe considerarse atenuante en la sentencia debido a la menor percepción de culpabilidad y a las consecuencias negativas que para estos jóvenes puede ocasionar el paso por prisión. Esta práctica está muy arraigada entre los jueces y magistrados norteamericanos, lo cual explica que decidan ignorar las predicciones algorítmicas en estos casos y absuelvan a los delincuentes más jóvenes sin tener en cuenta el riesgo que este hecho puede suponer para la sociedad.

En tercer lugar, en Skeem et al. (2020) se observa cómo las decisiones judiciales se ven influenciadas por las características sociodemográficas de los acusados. En él, jueces del este, medio oeste y suroeste de Estados Unidos con experiencia en sentencias penales participaron en un experimento controlado para conocer cómo interactúan las decisiones de los jueces con el porcentaje de reincidencia arrojado por la herramienta y con las características de la persona procesada. Los resultados revelaron que la información proporcionada por la herramienta redujo la probabilidad de encarcelamiento de los acusados relativamente ricos, pero la misma información aumentó la probabilidad

de encarcelamiento de los acusados relativamente pobres. Es decir, que incluso cuando los jueces están teniendo en cuenta los resultados arrojados por las HVR, la decisión final sigue estando influenciada por sus propios sesgos.

En definitiva, los estudios realizados hasta el momento ponen de manifiesto la existencia de una percepción negativa hacia el uso de estas herramientas por parte de los jueces quienes, haciendo uso de su margen de discrecionalidad, prefieren continuar tomando sus decisiones en base a sus propios criterios. Esto explica que las tasas de encarcelamiento sigan sin verse reducidas, que el gasto estatal destinado al mantenimiento de la población reclusa continúe creciendo y que el racismo, la xenofobia y la aporofobia sigan reflejados en muchas sentencias. La ciudadanía en su conjunto acaba siendo, una vez más, la que resulta mayormente perjudicada al ser sus miembros los principales destinatarios de estas decisiones. Por ello, para quien suscribe estas páginas, igual atención debe prestarse a las percepciones que tales ciudadanos tienen sobre este tipo de cambios en el sistema de justicia, porque si queremos que esta clase de reformas sean socialmente aceptadas es necesario que respeten de alguna forma las intuiciones de justicia de la ciudadanía a la que van dirigidas.

2. La ciudadanía: el caso de la California Proposition 25

En la actualidad, no existen estudios que se hayan centrado en conocer de forma específica las percepciones que la ciudadanía tiene sobre la incorporación de herramientas de IA en el ámbito de la justicia penal. Pese a ello, se advierte que la llegada de tales predicciones algorítmicas al ámbito de la justicia penal ha originado entre algunos miembros de la población una desconfianza generalizada debido a las implicaciones éticas y a la posible vulneración de derechos que parece derivarse de su uso. Por un lado, algunos de sus críticos alegan que muchas de las variables que tiene en cuenta el algoritmo a la hora de evaluar a un sujeto (como el lugar de residencia, el nivel socioeconómico, el número de arrestos previos, etc.), no son sino una forma más de perpetuar prejuicios y sesgos ya existentes. Por otro lado, también destacan el hecho de que algunas HVR son desarrolladas por empresas privadas que contratan las jurisdicciones locales para proporcionar sus algoritmos patentados, impidiendo a los acusados impugnar las evaluaciones que brindan (tal y como ocurrió en el caso Loomis). Finalmente, algunos profesionales del Derecho y la Criminología también muestran cierto recelo apoyándose en los problemas relativos a su validez predictiva (a los que se ha hecho referencia unas líneas más arriba) y a la falta de información sobre su utilización.

Esta desconfianza no debe ser obviada si tenemos en cuenta que son varios los autores que desde hace años defienden que la percepción pública de la legitimidad y equidad de las instituciones y de la toma de decisiones legales afecta al cumplimiento y respeto de estas, así como al grado de compromiso que los ciudadanos tienen con el sistema de justicia penal (Robinson, 1995, 2000, 2007, 2013; Tyler & Jackson, 2014). Es

decir, un sistema de justicia penal que es percibido como justo por la comunidad a la que rige gana en su capacidad de obtener respeto y conformidad; mientras que si es visto como dispuesto a cometer injusticias y a tolerar cómodamente errores de la justicia pierde su credibilidad moral con la comunidad y es más proclive a provocar resistencia y subversión. Precisamente, lo ocurrido en el estado de California con la denominada *Proposal 25* es un claro ejemplo de la importancia que tiene conocer y atender a las actitudes de los miembros de la sociedad hacia el uso de estas herramientas (Gasek, J., 2019; Scurich y Krauss, 2019).

La legislación tradicional californiana establecía que, cuando una persona es detenida como sospechosa de un delito, su puesta en libertad hasta el momento de celebración del juicio queda subordinada al pago de una fianza. Sin embargo, durante muchos años se ha criticado que esta medida perjudicaba a los ciudadanos más pobres que no podían permitirse el pago de la fianza. Esto llevó a que el gobernador Jerry Brown promulgara en agosto de 2018 una nueva ley (*the Proposition 25*) en virtud de la cual el sistema de fianza era sustituido por una evaluación del sujeto con una HVR. Es decir, que en la Audiencia inicial (que se celebra dentro de las 48h siguientes a la detención) será el Juez quién decida, en función del riesgo que arroje la HRV, si el sujeto queda en libertad o si debe quedar bajo prisión provisional hasta la celebración del Juicio penal.

La nueva regulación tenía previsto entrar en vigor el 1 de octubre de 2019. Sin embargo, muchos miembros de la sociedad comenzaron a oponerse a esta reforma alegando que permitiría a los jueces encarcelar a más personas y que no incluía suficiente supervisión sobre las HVR, lo cual suponía una amenaza para las garantías y los derechos fundamentales de los ciudadanos. La preocupación que originó esta reforma legal dio lugar a la creación de *The American Bail Coalition*, una asociación que comenzó a recabar firmas para que, tal y como recoge la Constitución de California en el artículo II de su Sección 9, se pudiera llevar a cabo la celebración de un referéndum que permitiera a los ciudadanos elegir si esta ley debía o no entrar en vigor. En enero de 2019 ya se habían alcanzado las firmas necesarias para su celebración y, por tanto, la entrada en vigor de la ley quedó suspendida hasta que el referéndum tuviera lugar a finales del año siguiente. El 3 de noviembre de 2020 se procedió a la celebración del referéndum en todo el estado y un 56.41% de los californianos votaron en contra de la entrada en vigor de la ley. De esta forma, los ciudadanos dijeron “no” a la utilización de predicciones algorítmicas para decidir si un sujeto debe quedar o no en libertad condicional.

En definitiva, dado que el sistema de justicia penal debe o debería ser acorde a las intuiciones de justicia de la sociedad, considero relevante que las actitudes de la ciudadanía hacia el uso de estas herramientas deben ser conocidas y, en base a ello, determinar si se debe imponer su uso o no en los Juzgados y Tribunales. Es este, pues, el principal objetivo de este trabajo: analizar y evaluar el grado de aceptación ciudadana del uso de herramientas basadas en algoritmos de IA para la toma de decisiones jurídico-penales. Para lograr este objetivo se llevará a cabo el estudio que se presenta a continuación.

V. ESTUDIO EMPÍRICO

1. Objetivos e hipótesis

El objetivo general de este estudio es evaluar el grado de aceptación ciudadana del uso de herramientas de IA para la toma de decisiones jurídico-penales, concretado en este caso en el uso de la herramienta RisCanvi. Para alcanzar este objetivo general, se proponen los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar la influencia del conocimiento sobre la validez predictiva de RisCanvi en la aceptación ciudadana de su uso.
2. Evaluar la influencia del nivel de riesgo de reincidencia arrojado por RisCanvi en la aceptación ciudadana de su uso.
3. Conocer si el grado de aceptación ciudadana del uso de RisCanvi se relaciona con las percepciones que los participantes tienen sobre la existencia de imparcialidad en los jueces.

Para la consecución de estos objetivos se plantean las siguientes hipótesis:

- a) Conocimiento sobre la validez predictiva. De conformidad con la literatura previa, los sujetos tienden a rechazar las decisiones tomadas por un algoritmo después de verlo errar o de tener información sobre la validez predictiva de dicho algoritmo (Dietvorst et al., 2015). En este sentido, se hipotetiza que:
(H1) Los participantes que han recibido información sobre la validez predictiva de la herramienta presentarán un grado de aceptación menor que los participantes que no han recibido tal información.
- b) Nivel de riesgo arrojado. Varios estudios empíricos muestran que en algunos supuestos en los que los jueces disponen de la información sobre el riesgo de reincidencia arrojado por una HVR, esta información no es tenida en cuenta para la toma de su decisión judicial y acaban aplicando su propio criterio (Stevenson y Doleac, 2019; Garret y Monahan, 2020; Botnick, 2015). De conformidad con ello, se hipotetiza que:
(H2) Los participantes tendrán diferente grado de aceptación en función del nivel de riesgo que arroje la herramienta.
- c) Percepción de imparcialidad. Tal y como han mostrado algunos estudios, una variable que puede influir en la aceptación ciudadana del uso de algoritmos para la toma de decisiones es la percepción de imparcialidad y racionalidad que las personas tienen de estas herramientas (Dijkstra et al., 1998). Teniendo en cuenta esto, se hipotetiza que:
(H3) Los participantes que evalúan que las decisiones de los jueces no son imparciales, mostrarán un mayor grado de aceptación de la herramienta RisCanvi.

2. Muestra

La muestra estuvo compuesta por 359 participantes, de los cuales el 56% son mujeres y 44% hombres con una edad media de 36 años. En relación con el nivel de estudios de los individuos de la muestra, este se distribuye de la siguiente manera: 0,8% educación primaria; 0,8% educación secundaria obligatoria, 7,8% bachillerato; 7,2% formación profesional; 54,3% están graduados o licenciados; 20,6% tienen estudios de máster; y 8,4% han obtenido el Doctorado. Además, un 47,9% poseen estudios en Derecho. La última característica que se quiso conocer de los participantes fue su ideología política, para lo cual se utilizó una escala de 1 a 7, donde 1 = extrema izquierda y 7 = extrema derecha. El 47,4% de la muestra se situó en el espectro de la izquierda, un 28,4% en el centro y el 24,2% restante en el espectro de la derecha.

3. Variables e instrumento

Además de las variables sociodemográficas anteriormente mencionadas, en este estudio se han tenido en cuenta como variable dependiente el grado de aceptación del uso de la IA para la toma de decisiones en el ámbito penal. Esta aceptación se ha medido tanto a nivel general como sobre un caso específico. También se consideraron como variables dependientes la confiabilidad percibida de los resultados de la herramienta en un caso en concreto y la percepción de imparcialidad de los jueces. Por otro lado, como variables independientes se han tenido en cuenta el nivel de riesgo de reincidencia arrojado por la herramienta y la información sobre la validez predictiva de la herramienta RisCanvi. Para medir estas variables independientes se llevó a cabo una manipulación. Por último, previendo que pudiera afectar al objeto de estudio, también se controló la variable conocimiento sobre RisCanvi. En el ANEXO I se encuentran detalladas todas las variables, su operativización y sus correspondientes escalas de medición.

Como instrumento de medición se empleó un cuestionario construido ad hoc resultado de diversas reuniones con expertos en Derecho penal y metodología.

4. Diseño y procedimiento

Para la consecución de los objetivos propuestos y la comprobación de las hipótesis formuladas, se empleó un diseño experimental en el que los participantes fueron asignados aleatoriamente a cada una de las condiciones experimentales. Se empleó un diseño factorial 2x2 en el que se tuvieron en cuenta dos grados de riesgo de reincidencia y dos niveles de información sobre la validez predictiva de la herramienta. Por último, se estableció un quinto grupo que no recibió ningún tipo de manipulación, configurándose como el grupo control.

Para llevar a cabo este diseño factorial se empleó la técnica del caso escenario (Hartley, 2004; Cousin, 2005; Swanborn, 2010). Dado que el objeto de estudio es el nivel de aceptación ciudadana del uso de decisiones algorítmicas en el ámbito de la justicia

penal, en primer lugar, se ofreció una introducción sobre la herramienta de valoración del riesgo RisCanvi a todos los participantes y que, en el caso de los grupos 2 y 4, también incluyó información sobre la validez predictiva de la herramienta. A continuación, a los grupos 1, 2, 3 y 4 se les puso en la situación de que un sujeto que se encontraba en prisión por un delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal ya había cumplido la mayor parte de su condena y, por ello, el juez debía decidir si podía quedar en libertad condicional o no. Junto con esta información, en el caso escenario se indicaba el riesgo de reincidencia arrojado por la herramienta (bajo para los grupos 1 y 2, alto para los grupos 3 y 4). De esta forma, los 359 participantes fueron distribuidos aleatoriamente entre los cuatro grupos. El grupo control contó con 77 sujetos; el grupo 1 con 96; el 2 lo compusieron 63 participantes; el grupo 3, 62; y, finalmente, el cuarto grupo contó con 61 participantes.

Para la distribución del cuestionario se utilizó el sistema de encuestas gratuitas de Google Forms. Asimismo, el cuestionario fue distribuido a través de diversas redes sociales (Twitter, Facebook, Whatsapp, entre otras), por lo que se utilizó un muestreo no probabilístico por conveniencia. Sin embargo, para asegurar la validez interna del diseño, los participantes fueron signados aleatoriamente a cada una de las condiciones. Para garantizar tal asignación aleatoria se utilizó el programa Sublime Text que permitió unificar los cuatro enlaces de los cuestionarios generados en único enlace que asignaba aleatoriamente a cada sujeto. En este sentido, cabe señalar que cada participante solo tuvo acceso a el cuestionario que aleatoriamente se le había asignado. El cuestionario estuvo disponible de 29/06/2021 a 08/07/2021.

VI. RESULTADOS

1. Conocimiento sobre la validez predictiva

La primera hipótesis planteada en este estudio era que *los participantes que han recibido información sobre la validez predictiva de la herramienta presentarán un grado de aceptación menor que los participantes que no han recibido tal información*. En el presente estudio, la variable aceptación se ha medido de cuatro formas distintas y, dado que nos encontramos ante una comparación de más de tres grupos en la que las variables no son cuantitativas, para conocer si existen diferencias en el nivel de aceptación entre cada uno de los grupos se aplicó el estadístico de contraste *Kruskal-Wallis* (tabla 1).

La prueba *Kruskal-Wallis* refleja que el nivel de aceptación difiere significativamente entre los cuatro grupos sólo cuando se mide de forma específica a través del ítem *¿En qué medida le parece aceptable que el juez base su decisión de si poner en libertad o no al sujeto en el riesgo arrojado por RisCanvi?* ($\chi^2 = 12,698$; $p = ,005$). No obstante, estos resultados sólo informan de que al menos dos grupos de entre los comparados son diferentes, pero no indica cuales. Para saberlo es necesario comparar los grupos entre ellos a través de la prueba *U de Mann-Whitney* en relación con la variable aceptación específica (I) (figura 1).

Tabla 1. Resultados de la prueba Kruskal-Wallis

	Aceptación general (I)	Aceptación general (II)	Aceptación específica (I)	Aceptación específica (II)
H de Kruskal-Wallis	4,118	2,442	12,698	0,646
gl	3	3	3	3
Sig. asin.	0,249	0,486	0,005	0,886

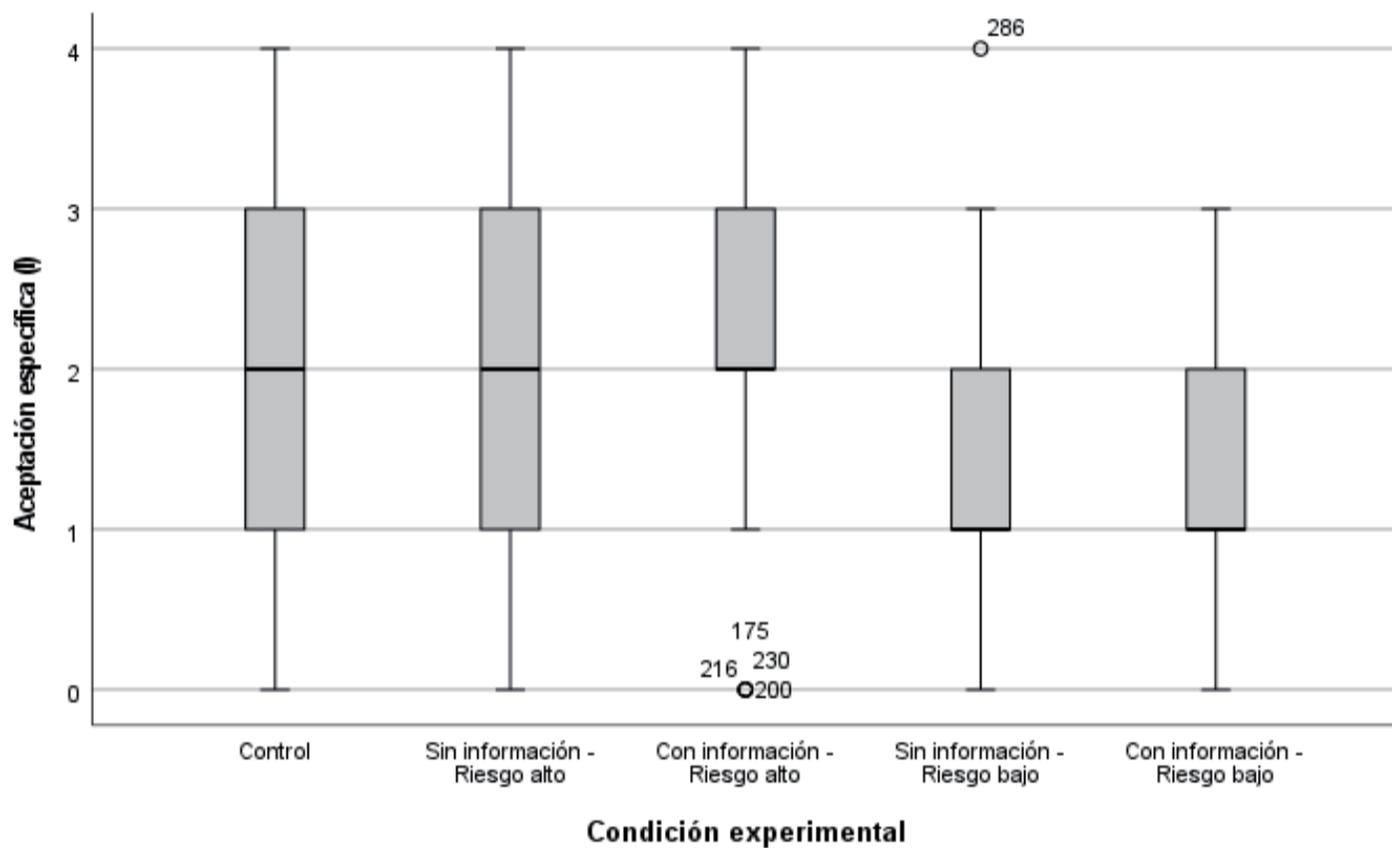


Figura 1. Diagrama de caja Aceptación específica (I) – Condición experimental. *Nada aceptable (0); poco aceptable (1); neutral (2); bastante aceptable (3); totalmente aceptable (4).

Tanto a nivel descriptivo como estadísticamente se aprecia que solamente existen diferencias significativas cuando se compara el grupo Con información – Riesgo alto con los grupos Sin información – Riesgo bajo ($U = 1428,500$; $Z = -2,710$; $p = 0,007$) y Con información – Riesgo bajo ($U = 1261,000$; $Z = -3,448$; $p = <0,001$). Siguiendo la clasificación elaborada por Cohen (1992), en la primera pareja el tamaño del efecto es pequeño ($r = 0,24$) y en la segunda, mediano ($r = 0,03$).

Por otro lado, si se realiza el contraste considerando como variable de agrupación información sobre la validez predictiva de RisCanvi (y, por tanto, no teniendo en cuenta el efecto de interacción entre las dos variables independientes), no se aprecian diferencias significativas entre ninguno de los grupos, sino que todos los grupos presentan un nivel de aceptación similar ($U = 13973,500$; $Z = -0,666$; $p = 0,505$).

Tabla 2. Resultados de la prueba U de Mann-Whitney (variable agrupación = información)

Condición	Rango	U	Z	p
Sin información	177,46	13973,500	-0,666	0,505
Con información	184,81			

De acuerdo con estos resultados, la H1 debe ser rechazada porque los participantes que han recibido información sobre la validez predictiva presentan un nivel de aceptación similar que aquellos participantes que no la han recibido o, incluso, mayor; pero en ningún caso, menor (que es lo que sostenía la H1).

2. Nivel de riesgo arrojado

En segundo lugar, se hipotetizó que *los participantes tendrán diferente grado de aceptación en función del nivel de riesgo que arroje la herramienta*. Para contrastar esta hipótesis basta con atender, de nuevo, a los resultados de la prueba *Kruskal-Wallis* antes realizada (véase Tabla 6) y, al igual que ha ocurrido para la H1, sólo cuando se mide la aceptación específica (I) las diferencias son significativas ($\chi^2 = 12,698$; $p = ,005$). Asimismo, al realizar el contraste por parejas de grupo con el estadístico *U de Mann-Whitney* (véase Tabla 8), los resultados son significativos cuando se compara el grupo Con información – Riesgo alto con los grupos Sin información – Riesgo bajo ($U = 1428,500$; $Z = -2,710$; $p = 0,007$) y Con información – Riesgo bajo ($U = 1261,000$; $Z = -3,448$; $p = <0,001$). De esta forma, en la primera pareja el tamaño del efecto es pequeño ($r = 0,24$) y en la segunda, mediano ($r = 0,03$).

Estos resultados indican que los participantes a los que se les informó de que el riesgo era alto presentan un mayor nivel de aceptación que aquellos a los que se les informó de que el riesgo era bajo (véase de nuevo figura 1). Además, si se realiza el contraste considerando como variable de agrupación el nivel de riesgo (lo que conlleva no tener en cuenta la interacción entre ambas variables independientes), las diferencias son claramente significativas ($U = 8010,500$; $Z = -2,719$; $p = 0,007$). El tamaño del efecto es, no obstante, pequeño ($r = 0,16$).

Tabla 3. Resultados de la prueba U de Mann-Whitney (variable de agrupación = nivel de riesgo)

Condición	Rango	U	Z	p
Riesgo alto	152,62	8010,500	-2,719	0,007
Riesgo bajo	127,13			

Conforme a estos resultados, la predicción realizada en base a la H2 puede ser aceptada ya que los participantes presentan diferente grado de aceptación en función del nivel de riesgo arrojado por la herramienta.

3. Percepción de imparcialidad

La última hipótesis planteada en este estudio era que *los participantes que evalúan que las decisiones de los jueces no son imparciales, mostrarán un mayor grado de aceptación de la herramienta RisCanvi*. Una vez más, para conocer si existen diferencias entre los grupos el estadístico de contraste aplicado fue la prueba *Kruskal-Wallis*.

Tabla 4. Resultados de la prueba Kruskal-Wallis para la variable percepción imparcialidad

	Percepción imparcialidad jueces
H de Kruskal-Wallis	4,946
gl	4
Sig. asin.	0,293

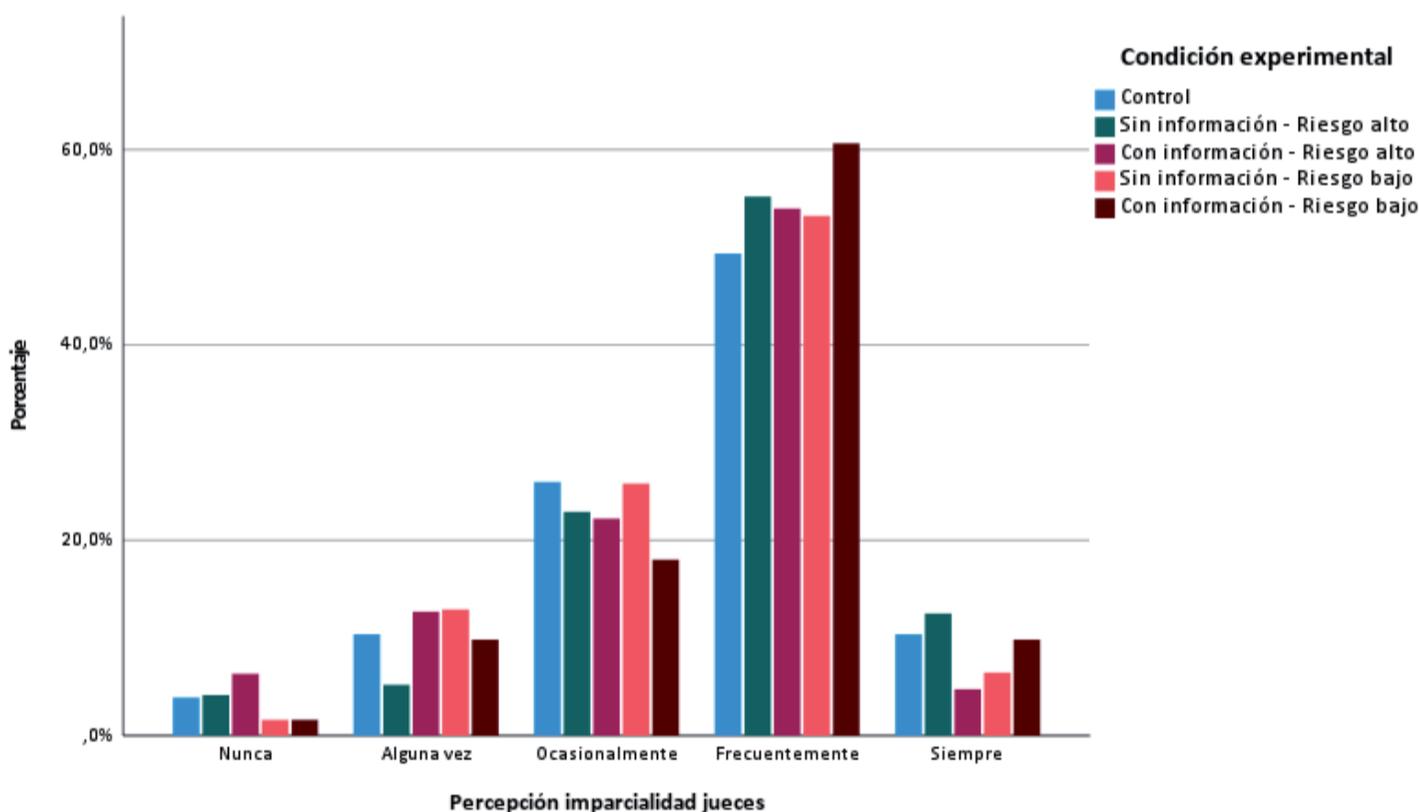


Figura 2. Frecuencias de los valores de la variable percepción imparcialidad

A nivel descriptivo se observa que, en todos los grupos, más de la mitad de los participantes consideran que los jueces toman sus decisiones de forma imparcial con frecuencia ($f_{iN} = 54,3\%$). Esto coincide con los resultados de la prueba Kruskal-Wallis en los que se aprecia que no existen diferencias significativas entre ninguno de los grupos ($\chi^2 = 4,96; p = 0,293$). Al respecto, la H3 deber ser rechazada por completo porque la mayoría de los participantes considera que los jueces son frecuentemente imparciales cuando toman sus decisiones jurídico-penales.

VII. DISCUSIÓN

El objetivo general de este estudio ha sido evaluar el grado de aceptación ciudadana del uso de herramientas de IA para la toma de decisiones jurídico-penales. Al respecto, los resultados reflejan que el grado de aceptación es relativamente bajo pues, con independencia de las diferencias que se hayan podido dar entre grupos, cuando se ha evaluado (a través de cuatro ítems distintos) tal aceptación, la gran mayoría de los participantes se han situado en el primer tramo de la escala o en el tramo central.

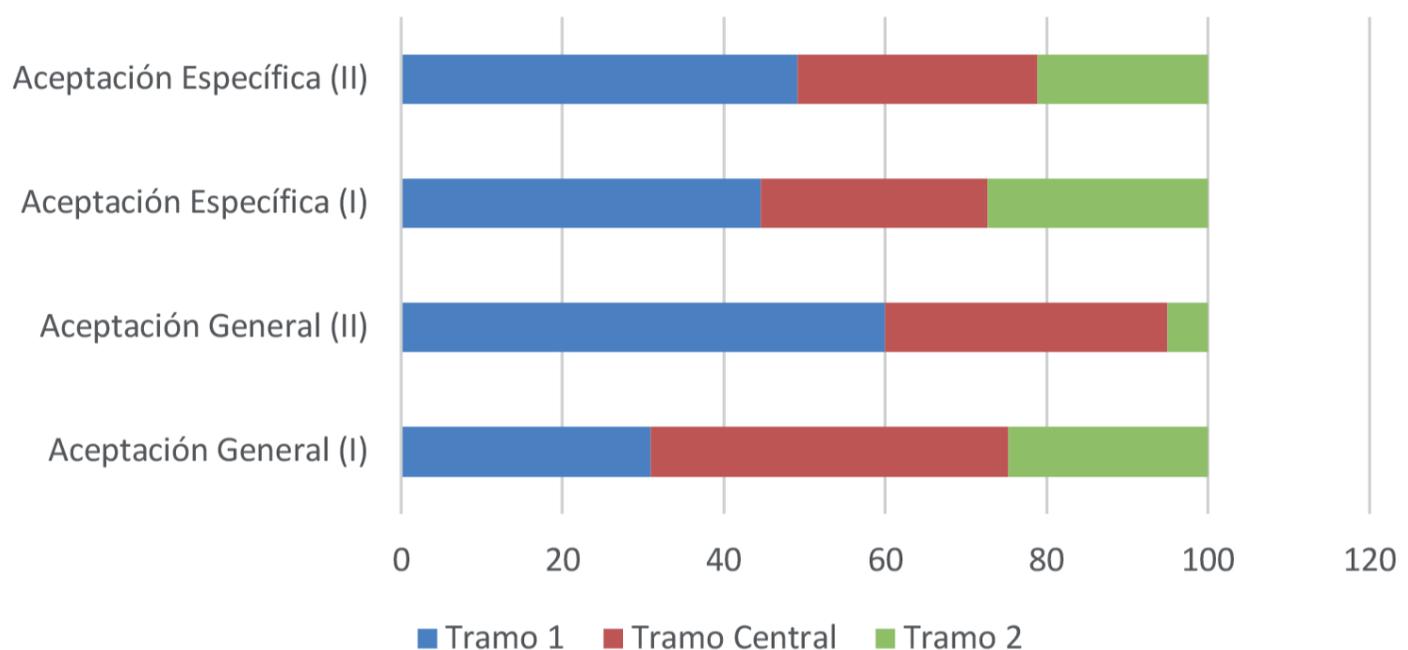


Figura 3. Escala de medida de las variables de aceptación dividida en tramos

Estos resultados se encuentran en la misma dirección que la opinión pública que tienen los ciudadanos de California sobre el uso de estas herramientas en el sistema de justicia penal (Gasek, J., 2019; Scurich y Krauss, 2019), quienes han rechazado su incorporación en la toma de decisiones jurídico-penales. Coinciden, también, con los estudios llevados a cabo en otros estados norteamericanos en los que se midió la frecuencia con la que los jueces siguen las recomendaciones hechas por estos sistemas y cuyos resultados han puesto de manifiesto que no atienden a tales predicciones (Botnick, 2015; Stevenson y Doleac, 2019; Garret y Monahan, 2020). Atendiendo a los estudios realizados fuera del ámbito jurídico, los resultados de este trabajo son igualmente acordes con las conclusiones alcanzadas en Sundar y Nass (2001), donde las percepciones que las personas tenían de una decisión se vieron afectadas por el hecho de que tal decisión fuese tomada por un algoritmo más que por una persona, siendo el nivel de aceptación menor cuando la decisión procedía de un algoritmo. Asimismo, en Kyung Lee (2018) se observó cómo los participantes distinguen entre decisiones que requieren habilidades “humanas” (y, por tanto, prefirieron que las tomaran las personas), mientras que otras exigen habilidades más “mecánicas” (aceptando que sean tomadas por algoritmos). Esto

puede ser extrapolable al presente estudio, donde sus resultados indican que decidir sobre la libertad de un sujeto se considera una decisión más “humana” que “mecánica”.

En relación con la influencia que pueda tener el hecho de poseer información sobre la validez predictiva de la herramienta en el nivel de aceptación ciudadana de su uso, se observa que los participantes que han recibido tal información presentan un nivel de aceptación similar que aquellos participantes que no la han recibido o, incluso, mayor. La primera de las hipótesis planteadas sostenía que el nivel de aceptación sería menor en aquellos sujetos que obtuvieran información sobre la validez predictiva por lo que, teniendo en cuenta los resultados arrojados, esta hipótesis no puede ser aceptada. Al respecto, este estudio difiere de las evidencias aportadas por Dietvorst et al. (2015) donde tener información sobre el margen de error del algoritmo hizo que los participantes fueran menos propensos a aceptar sus predicciones.

Por otro lado, las diferencias han sido bastante llamativas en relación con el nivel de riesgo de reincidencia que arroja la herramienta. Así, los participantes a los que se les informó de que el riesgo era alto han presentado un mayor nivel de aceptación que aquellos a los que se les informó de que el riesgo era bajo. Estos resultados han permitido aceptar la predicción realizada en base a la segunda hipótesis ya que, efectivamente, los participantes han presentado diferente grado de aceptación en función del nivel de riesgo arrojado por la herramienta. Precisamente, en Araujo et al. (2019) se observó que las percepciones que las personas tienen sobre una decisión tomada por un sistema de IA en comparación con un ser humano experto en la materia variaban en función del contexto y de las consecuencias derivadas de la misma. En este sentido, podría explicarse que en el presente estudio el nivel de aceptación de la herramienta es mayor cuando esta arroja un nivel de riesgo de reincidencia alto, ya que las consecuencias derivadas de dejar en libertad a un sujeto con riesgo alto son potencialmente más graves que si el sujeto presenta un nivel de riesgo bajo.

En tercer lugar, no se ha observado diferencias en la percepción de imparcialidad sobre los jueces, pues la mayoría de los participantes considera que son frecuentemente imparciales cuando toman sus decisiones en el ámbito penal. Estos resultados nos obligan a rechazar por completo nuestra última hipótesis que predecía que los participantes que evaluaran que las decisiones de los jueces no son imparciales, mostrarían un mayor grado de aceptación del empleo de la herramienta.

Por último, para los cuatro grupos a lo que se les aplicó la manipulación, también se ha medido la confiabilidad que tienen de los resultados. Pese a que no se ha hipotetizado nada al respecto, la aplicación del estadístico *Kruskal-Wallis* sobre esta variable ha arrojado resultados significativos ($\chi^2 = 19,391$; $p = 0,001$), lo cual indica que existen diferencias entre los grupos. El contraste por parejas realizado mediante el estadístico *U de Mann-Whitney* ha permitido conocer cuáles son estos grupos y, al respecto, se observa que los participantes a los que se le informó de que el riesgo arrojado por la herramienta era bajo, presentan un menor nivel de confiabilidad en los resultados. Con todo, el valor de moda en esta variable ha sido “moderadamente confiable”, que ocupa la posición central de la escala ($f_i = 50\%$). Este aspecto merece ser destacado porque indica que los participantes confían de forma notable en los resultados arrojados por la

herramienta, pero no se muestran favorables a su uso en la toma de decisiones jurídico-penales, como puede ser poner o no en libertad condicional a un sujeto.

Tabla 5. Contrastes de confiabilidad por parejas de grupos

Grupos*	U	Z	p
1 – 2	2651,500	-1,535	0,125
1 – 3	2476,000	-1,919	0,055
1 – 4	2242,500	-2,652	0,008
2 – 3	1340,500	-3,321	<0,001
2 – 4	1187,500	-3,996	<0,001
3 – 4	1754,000	-0,760	0,447

*Sin información – Riesgo alto (1); Con información – Riesgo alto (2); Sin información - Riesgo bajo (3); Con información – Riesgo bajo (4).

En relación con las limitaciones que presenta este trabajo, la principal de ellas viene referida a su novedad, pues se trata del primer estudio que se ha hecho en España sobre el nivel de aceptación del uso de herramientas dotadas de IA en el ámbito de la justicia penal y, a nivel internacional, tampoco son numerosos los trabajos que han abordado esta cuestión. Asimismo, sería conveniente poder disponer de más estudios que evalúen la validez predictiva de RisCanvi y del resto de herramientas de valoración del riesgo que ya están siendo utilizadas, pues la escasa información de la que se dispone al respecto también supone una importante limitación. Finalmente, otra importante limitación se encuentra en la valoración de la percepción de imparcialidad de los jueces debido a que la pregunta que evaluaba estaba variable se ha realizado al final del cuestionario y habría sido más adecuado hacerla antes de presentar el caso escenario para garantizar que las respuestas no se vieran influenciadas por la información aportada.

VII. CONCLUSIONES

A finales del siglo XX, Pamela N. Gray en su libro *Artificial Legal Intelligence* (1997) presentaba una reflexión acerca de la implementación tecnológica del razonamiento jurídico a través de modelos computacionales de razonamiento legal y del uso del pensamiento evolutivo sobre el derecho. Si bien, con este trabajo queda demostrado que, pese a ser consideradas utópicas e imaginativas en su época, las ideas presentadas por Gray no resultan nada extrañas en la actualidad. La IA ha llegado para quedarse y está transformando profundamente todos los ámbitos de nuestro día a día, incluido el sistema judicial. Las ventajas derivadas de ello son numerosas, pero igual de abundantes pueden llegar a ser sus inconvenientes si no se respetan aquellos aspectos éticos y legales que ya están fuertemente arraigados en nuestra sociedad.

Ante la creciente utilización de algoritmos, herramientas actuariales y predicciones basadas en IA con el objetivo último de mejorar la toma de decisiones jurídico-penales y el funcionamiento del sistema de justicia, el presente estudio ha querido ofrecer

una primera aproximación a las percepciones que los ciudadanos tienen al respecto. En primer lugar, porque las personas no somos sino los sujetos destinatarios de las decisiones jurídico-penales y, si en el procedimiento de toma de tales decisiones se pueden ver afectados, e incluso vulnerados, ciertos derechos, resulta conveniente conocer la opinión de la sociedad sobre ello. En segundo lugar, porque, tal y como vienen sosteniendo autores con un consolidado prestigio, la percepción pública de la legitimidad y equidad de las instituciones y de la toma de decisiones legales afecta fundamentalmente al cumplimiento, respeto y compromiso de los ciudadanos con el sistema de justicia penal (Tyler & Jackson, 2014). Es decir, como se anunciaba al principio de este trabajo, la automatización de decisiones, las predicciones algorítmicas y el uso de la IA en general, solo triunfarán y serán legítimos si cuentan con la aprobación de la ciudadanía.

Al respecto, los resultados obtenidos reflejan que el nivel de aceptación existente entre los participantes es bajo y, por ende, que la ciudadanía se muestra reacia a que los jueces tomen sus decisiones en base a predicciones algorítmicas acerca del riesgo de reincidencia de un sujeto. En consonancia con esto, la muestra analizada percibe, de forma mayoritaria, que los jueces son frecuentemente imparciales a la hora de decidir, por lo que se muestran favorables a que sean estos quienes sigan decidiendo qué pena o medida imponer a un sujeto peligroso. El hecho de que los participantes dispusieran de información sobre la validez predictiva de la herramienta no ha dado lugar a diferencias significativas en el nivel de aceptación de su uso. No obstante, sería conveniente llevar a cabo futuros estudios en los que se evalúen otro tipo de variables que puedan influir en el grado de aceptación, como el tipo delito cometido, u ofrecer información sobre el historial delictivo del sujeto evaluado.

Todo apunta a que, aunque en otros campos de la sociedad la automatización de decisiones agilice los procedimientos y sea socialmente aceptada, en el ámbito penal no ocurre lo mismo. Sin embargo, advierte Miró Llinares (2020) que, el reconocimiento de todos los defectos y de todos los riesgos potenciales del uso de estas tecnologías no debe llevarnos necesariamente a conformarnos con el conocimiento crítico y el regodeo, ni mucho menos a abrazar la tecnofobia. La IA y los algoritmos de big data no son algo dado y autodefinido que sea imposible de cambiar y que, por tanto, deba rechazarse globalmente. Tampoco son algo totalmente neutro que pueda ser utilizado “bien o mal”, sino que constituyen herramientas definidas en un contexto sociopolítico y con unos objetivos determinados que no pueden ser ignorados y sobre los que es necesario realizar una reflexión ética general, así como otras muchas específicas sobre los desarrollos concretos que se producen y cada una de sus funcionalidades. Todo ello debe hacerse con el conocimiento empírico de cómo se construyen y cómo funcionan, con la discusión sobre las bases teóricas en las que se fundamentan, con la constante identificación de sus efectos, etc.

De conformidad con lo anterior, para este autor se debe adoptar una actitud realista, éticamente crítica y empíricamente informada en relación con el uso y desarrollo de estas herramientas en el ámbito de la justicia penal. Una actitud que parte de reconocer que no “sabemos” sino que sólo “suponemos” lo que son y lo que implican estas tecnologías, pero que al mismo tiempo persigue determinar normativamente su diseño e

implementación social. Si bien, todo ello teniendo en cuenta sus posibilidades reales actuales, sus desarrollos más próximos y las potenciales consecuencias de ambos, así como los condicionantes contextuales. Podría definirse, en cierto modo, como una actitud pragmática en la medida en que la valoración que hacemos de la tecnología debe medirse teniendo en cuenta el éxito que tiene o puede tener, en función de la visión científica de la que partimos. Pero no sólo en lo que se refiere a la práctica judicial, es decir, identificando el posible éxito como una reducción de la reincidencia o de la delincuencia, sino también en la sociedad. Es decir, se trata de incluir en el juicio sobre la bondad o maldad de la tecnología los valores éticos sociales recogidos en la constitución, considerados esenciales por la ciudadanía y que podrían verse afectados positiva o negativamente por el uso de tales tecnologías. A su vez, esto genera la necesidad de analizar adecuadamente lo que está en juego y proponer que el resultado de las decisiones éticas que se adopten se incluya en el diseño de la tecnología.

De esta forma, la utilidad real, tanto en un sentido actual como en el sentido de poder determinar objetivos pragmáticos antes de la implantación de una tecnología, constituirá el baremo esencial que habrá de ser tenido en cuenta. Pero, además, esta se entenderá como una utilidad ética que va mucho más allá de la prevención del delito o de la seguridad: la consecución de objetivos preventivos en un estado democrático que no retroceda en materia de derechos o libertades (Miró Llinares, 2020). En definitiva, se trata de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias y que permitan mitigar los posibles inconvenientes derivados de la aplicación de estas tecnologías. Tales medidas deben abarcar desde la asignación de los recursos necesarios para garantizar su efectiva puesta en marcha, hasta el establecimiento de procedimientos que permitan obtener una mayor transparencia en la recolección de los datos, y garantizando, en todo caso, que no se produzcan sesgos ni desigualdades de ningún tipo. Sin tales salvaguardas es probable que la ciudadanía continúe mostrándose reacia a su incorporación en los procesos judiciales y que se reproduzcan las mismas tendencias que han existido durante décadas y que acaban afectando de manera desproporcionada a los ciudadanos más vulnerables.

BIBLIOGRAFÍA

- AMADOR HIDALGO, L. (1996). *Inteligencia artificial y sistemas expertos*. Universidad de Córdoba.
- ANDRÉS PUEYO, A., Y ECHEBURÚA, E. (2010). Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicadores de aplicación. *Psicothema*, 22(3), 403-409.
- ANDRÉS PUEYO, A., Y REDONDO ILLESCAS, S. (2007). Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia. *Papeles del Psicólogo*, 28(3), 157-173.
- ANDRÉS-PUEYO, A. (2017). Manual de evaluación del riesgo de violencia. Metodología y ámbitos de aplicación. Ismael Loinaz. *Anuario de Psicología Jurídica*, 27, 127-129.
- ARAUJO, T., HELBERGER, N., KRUIKEMEIER, S., Y DE VREESE, C.H. (2020). In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence. *AI & SOCIETY*, 35, 611-623. <https://doi.org/10.1007/s00146-019-00931-w>

- BAKER, R. S. (2016) Stupid tutoring systems, intelligent humans. *International Journal of Artificial Intelligence in Education*, 26 (2), 600-614.
- BOTNICK, C. (2015). Evidence-Based Practice and Sentencing in State Court: A Critique of the Missouri System. *Wash. UJL & Pol'y*, 49, 159– 180.
- CAPDEVILA, M., et al. (2015). Tasa de reincidencia penitenciaria 2014. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Generalitat de Catalunya.
- COHEN, J. (1992). A power primer. *Psychological bulletin*, 112(1), 155.
- COUSIN, G. (2005). Case study research. *Journal of geography in higher education*, 29(3), 421-427.
- DE MICHELE, M., BAUMGARTNER, P., BARRICK, K., COMFORT, M., SCAGGS, S., Y MISRA, S. (2019). What do criminal justice professionals think about risk assessment at pretrial. *Fed. Probation*, 83, 32.
- DIETVORST, B., SIMMONS, J.P., Y MASSEY, C. (2015). Algorithm Aversion: People Erroneously Avoid Algorithms after Seeing Them Err. *Journal of Experimental Psychology: General*, 144 (1), 114-126. <http://dx.doi.org/10.1037/xge0000033>
- FREEMAN, K. (2016). Algorithmic injustice: How the Wisconsin Supreme Court failed to protect due process rights in State v. Loomis. *North Carolina Journal of Law & Technology*, 18(5), 75.
- GALLO, J. A. (2006). Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal. In *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García* (pp. 31-48). Constitución y Leyes, COLEX.
- GALLO, J.A. (2011). Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal. *Revista para el Análisis del Derecho*, 4.
- GARRET, B.L., Y MONAHAN, J. (2020). Judging Risk. *California Law Review* ,108, 438-493.
- GASEK, J. (2019). Community First: Why California's Elimination of Cash Bail May Have Missed the Mark. *McGeorge L. Rev.*, 51, 1.
- GRAY, PAMELA N. *Artificial legal intelligence*. Ashgate Publishing Company, 1997.
- GUTHRIE, C., RACHLINSKI, J. J., Y WISTRICH, A. J. (2001). Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, 86, 777-830.
- HARTLEY, J. (2004). Case study research. In. Catherine Cassel e Gilian Symon. Essential guide to qualitative methods in organizational research.
- JEE, K., Y KIM, G-H. (2013). Potentiality of big data in the medical sector: focus on how to reshape the healthcare system. *Healthc InformRes*, 19(2), 79-85.
- KAHNEMAN, D. Y TVERSKY, A. (1979). Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*, 47(2), pp. 263-291.
- KAHNEMAN, D. Y TVERSKY, A. (1983). Extensional vs. intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probability judgment. *Psychological Review*, 90(4), 293-315
- KAHNEMAN, D., SLOVIC, P., Y TVERSKY, A (Eds.) (1982). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. New York: Cambridge University Press.
- KAHNEMAN, D., Y TVERSKY, A. (1972). Subjective probability: a judgment of representativeness. *Cognitive Psychology*, 3, 430-454.
- KAHNEMAN, D., Y TVERSKY, A. (1973). On the psychology of prediction. *Psychological Review*, 80, 237-251.
- KEHL, D., GUO P., Y KESSLER, S. (2017). Algorithms in the criminal justice system: assessing the use of risk assessments in sentencing. *Berkman Klein Center for Internet & Society*.
- KIM, G-H., TRIMI, S., Y CHUNG, J-H. (2014). Big-Data Applications in the Government Sector. *Communications of the ACM*, 57(3), 78-85.

- KYUNG LEE, M. (2018). Understanding perception of algorithmic decisions: Fairness, trust, and emotion in response to algorithmic management. *Big Data & Society*, 5 (1), 1-16. <https://doi.org/10.1177/2053951718756684>
- LOINAZ, I. (2017). *Manual de evaluación del riesgo de violencia. Metodología y ámbitos de aplicación*. Pirámide.
- MARTÍNEZ GARAY, L. (2018). Peligrosidad, algoritmos y due process: el caso State vs. Loomis. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 20, 485-502.
- MARTÍNEZ GARAY, L. (2020). Evidence-based sentencing y evidencia científica. A la vez, algunas consideraciones sobre “políticas basadas en la evidencia” y el Derecho Penal. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 20, 238-277.
- MARTÍNEZ GARAY, L., Y MONTES SUAY, F. (2018). El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias. *Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2-47.
- MCKAY, C. (2020). Predicting risk in criminal procedure: actuarial tools, algorithms, AI and judicial decision-making. *Current Issues in Criminal Justice*, 32(1), 22-39.
- MIRÓ LLINARES, F. (2018). Inteligencia artificial y Justicia Penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 87-130.
- MIRÓ LLINARES, F. (2020). Predictive Policing: Utopia or Dystopia? On attitudes towards the use of Big Data algorithms for law enforcement. *Revista de Internet, Derecho y Política*, (30).
- MUÑOZ ARANGUREN, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2.
- MYERS, D. G., Y LAMM, H. (1976). The group polarization phenomenon. *Psychological Bulletin*, 83, 602-27.
- PIERSON, E. (2018). Demographics and discussion influence views on algorithmic fairness
- ROBINSON (2013). *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*. New York: Oxford University Press.
- ROBINSON, P. H. (2000). Testing Lay Intuitions of Justice: How and Why? *Hofstra Law Review*, 28.
- ROBINSON, P. H., Y DARLEY, J. M. (2007). Intuitions of justice: Implications for criminal law and justice policy. *S. Cal. L. Rev.*, 81.
- ROBINSON Y DARLEY (1995). *Justice, Liability, and Blame. Community Views and the Criminal Law*. Boulder: Westview Press.
- SAXENA, N. A., HUANG, K., DEFILIPPIS, E., RADANOVIC, G., PARKES, D. C., Y LIU, Y. (2020). How do fairness definitions fare? Testing public attitudes towards three algorithmic definitions of fairness in loan allocations. *Artificial Intelligence*, 283.
- SCURICH, N., Y KRAUSS, D.A. (2019). Public's Views of Risk Assessment Algorithms and Pretrial Decision Making. *Psychology, Public Policy and Law*, 26(1), 1-32.
- SELWYN, N. (2015). Data entry: towards the critical study of digital data and education. *Learning, Media and Technology*, 40(1), 64-82.
- SIEGEL, E. (2016). *Predictive Analytics. The power to predict who will click, buy, lie or die*. New Jersey: John Wiley and Sons.
- SINGH, J. P., KRONER, D. G., WORMITH, J. S., DESMARAIS, S. L., Y HAMILTON, Z. (Eds.). (2018). *Handbook of recidivism risk/needs assessment tools*. John Wiley & Sons.
- SKEEM, J., SCURICH, N., Y MONAHAN, J. (2020). Impact of risk assessment on judges' fairness in sentencing relatively poor defendants. *Law and human behavior*.
- SOLER, C. (2013). RisCanvi. Protocolo de evaluación y gestión del riesgo de violencia con población penitenciaria. Foro internacional de buenas prácticas en prevención de la delincuencia

- juvenil. Disponible online en [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/138A3DBF8E8A85B905257C9F00803A14/\\$FILE/LinkClick6.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/138A3DBF8E8A85B905257C9F00803A14/$FILE/LinkClick6.pdf)
- SOLAR CAYÓN, J. I. (2020). La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, (41).
- STARR, S.B. (2014). Evidence-based sentencing and the scientific rationalization of discrimination. *Stan L Rev*,66, 842-873
- STEVENSON, M. T., Y DOLEAC, J.L. (2019). Algorithmic Risk Assessment in the Hands of Humans. *IZA-Institute of Labor Economics Discussion Paper Series, 12853*. Disponible en línea en <https://www.iza.org/publications/dp/12853/algorithmic-risk-assessment-in-the-hands-of-humans>
- STEVENSON, M.T., Y DOLEAC, J.L. (2018). The Roadblock to Reform. *American Constitution Society*.
- SUNDAR, S., Y NASS, C. (2001). Conceptualizing sources in online news. *Journal of Communication*, 51(1), 52–72.
- SWANBORN, P. (2010). Case study research: what, why and how?. Sage.
- TERRANOVA, V. A., WARD, K., SLEPICKA, J., & AZARI, A. M. (2020). Perceptions of Pretrial Risk Assessment: An Examination Across Role in the Initial Pretrial Release Decision. *Criminal Justice and Behavior*, 47(8), 927–942. <https://doi.org/10.1177/0093854820932204>
- TYLER, T.R. Y JACKSON, J. (2014). Popular legitimacy and the exercise of legal authority: Motivating compliance, cooperation and engagement. *Psychology, Public Policy and Law*, 20, 78-95. DOI: <http://dx.doi.org/10.1037/a0034514>
- VAN DIJCK, J. (2014). Datafication, dataism and dataveillance: big data between scientific paradigm and ideology. *Surveillance & Society*, 12(2), 197-208.
- WASON, P. (1960). On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 12, 129–140.

ANEXO I. TABLA RESUMEN DE LAS VARIABLES MEDIDAS EN EL ESTUDIO

	Variable	Ítem	Escala
Sociodemográficas y de control	Sexo	¿Cuál es su sexo?	Masculino / Femenino
	Edad	¿Cuál es su edad?	-
	Estudios	¿Cuál es el nivel de estudios más elevado que ha alcanzado?	Educación primaria / Educación Secundaria Obligatoria / Bachillerato / Formación profesional / Grado o Licenciatura / Máster / Doctorado
	Estudios en Derecho	¿Tiene usted estudios en Derecho?	Sí / No
	Conocimiento sobre RisCanvi	¿Qué nivel de conocimiento diría usted que tiene acerca de la herramienta de valoración del riesgo dotada de IA "RisCanvi"?	0 = Nada 1 = Poco 2 = Medio 3 = Bastante 4 = Mucho
	Ideología política	Cuando se habla de política, se suelen utilizar los términos "izquierda" y "derecha". En una escala del 1 al 7 donde 1=Extrema izquierda y 7=Extrema derecha, ¿en qué punto de este eje político se situaría usted?	1 = Extrema izquierda 7 = Extrema derecha
Dependientes	Aceptación general del uso de IA (I)	En su opinión, ¿con qué frecuencia deberían los jueces basar sus decisiones en los resultados de este tipo de herramientas?	0 = Nunca 1 = Alguna vez 2 = Ocasionalmente 3 = Frecuentemente 4 = Siempre
	Aceptación general del uso de IA (II)	Y, en general, ¿cómo de aceptable le parece que se utilicen herramientas de valoración del riesgo automatizadas como RisCanvi en el sistema de justicia penal?	0 = Nada aceptable 1 = Poco aceptable 2 = Neutral 3 = Bastante aceptable 4 = Totalmente aceptable
	Aceptación específica del uso de IA (I)	¿En qué medida le parece aceptable que el Juez base su decisión de si poner en libertad o no al sujeto en el riesgo arrojado por la herramienta?	0 = Nada aceptable 1 = Poco aceptable 2 = Neutral 3 = Bastante aceptable 4 = Totalmente aceptable
	Aceptación específica del uso de IA (II)	Y, ¿en qué medida le parecería aceptable que el Juez tomara una decisión sobre la libertad de un sujeto contraria al riesgo mostrado por RisCanvi (i.e., poniendo en libertad a una persona sobre la que RisCanvi indica que tiene un riesgo alto de reincidir, o bien denegando la libertad a un sujeto sobre el que RisCanvi indica que tiene un riesgo bajo)?	0 = Nada aceptable 1 = Poco aceptable 2 = Neutral 3 = Bastante aceptable 4 = Totalmente aceptable

	Variable	Ítem	Escala
Dependientes	Confiabilidad en los resultados de la herramienta	¿Cómo de confiable le parece el resultado arrojado por RisCanvi en este caso?	0 = Nada confiable 1 = Poco confiable 2 = Moderadamente confiable 3 = Bastante confiable 4 = Totalmente confiable
	Imparcialidad del Juez	Respecto de los jueces, en su opinión, ¿cree que los jueces son imparciales cuando toman decisiones judiciales en el ámbito penal?	0 = Nunca 1 = Alguna vez 2 = Ocasionalmente 3 = Frecuentemente 4 = Siempre
Independientes	Nivel de riesgo	Riesgo alto (manipulación) 0	Caso escenario
		Riesgo bajo (manipulación) 1	
		Sin información del riesgo 2	
	Información sobre la validez predictiva de RisCanvi	Sin información 0	Caso escenario
Con información 1			



Cautivos en la red. El impacto del *metaverso* en el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales

CAPTIVES ON THE NET. THE IMPACT OF THE METAVERSE ON THE RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION AND THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

Mara Gómez Pérez*

Escuela Libre de Derecho, México

kiwifresa@gmail.com  0000-0002-7620-6609

Para Héctor Fix Fierro, *in memoriam*.

Recibido: 15 de noviembre de 2021 | Aceptado: 15 de diciembre de 2021

RESUMEN

Las redes sociales han revolucionado al mundo entero. En nuestros días, más de la mitad de la población mundial es usuaria de una o más redes sociales. Se comunica, se informa y comparte cotidianamente una enorme cantidad de información personal a través de ellas. Sin embargo, hoy sabemos que las redes no son inocuas. Precisamente por ello, el reciente anuncio de la creación del *metaverso* debería encender todas las alarmas. El presente trabajo reflexiona sobre algunos de los efectos nocivos de las redes sociales, especialmente, en relación con los derechos de acceso a la información y protección de datos personales, y examina algunas soluciones.

ABSTRACT

Social networks have revolutionized the whole world. Today, more than half of the world's population is a user of one or more social networks. A huge amount of personal information is communicated, informed and shared daily through them. However, today we know that networks are not innocuous. Precisely for this reason, the recent announcement of the creation of the *metaverse* should set off all the alarms. This paper reflects on some of the harmful effects of social networks, especially in relation to the rights of access to information and protection of personal data and examines some solutions.

PALABRAS CLAVE

Derecho de Acceso a la Información
Protección de Datos Personales
Derechos Humanos
Redes Sociales
Internet
Metaverso

KEYWORDS

Right of Access to Information
Protection of Personal Data
Human Rights
Social Networks
Internet
Metaverse

* Doctora en Derecho por la UNAM, especialista en Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT México.

Hace unos cuantos días, Mark Zuckerberg anunció la creación del *metaverso*. Una plataforma social que será aún más inmersiva; una en la que ya no sólo miraremos la experiencia, sino que estaremos ‘dentro’ de la experiencia misma, señaló el multimillonario el pasado 25 de octubre. (2021). *Zuckerberg revela más detalles sobre su metaverso*. CNN Español.

Según Reuters, el *metaverso* es un término amplio que, generalmente, se refiere a entornos de mundo virtual compartidos a los que las personas pueden acceder a través de Internet. Hace referencia a espacios digitales que se vuelven más realistas mediante el uso de realidad virtual o realidad aumentada. Algunas personas también lo usan para describir mundos de juego, en los que los usuarios tienen un personaje o ‘áavatar’, capaz de desplazarse virtualmente e interactuar con otros jugadores. (2021). *What is the “metaverse”?* Reuters.

En estos mismos instantes, se construye una realidad paralela a nuestro limitado e imperfecto mundo físico, ahora amenazado por las consecuencias del cambio climático. Al parecer, este nuevo mundo será el mejor refugio que podremos encontrar frente a la amenaza de devastación de la naturaleza, nuestros problemas cotidianos y los profundos cambios que ya estamos experimentando en nuestras dinámicas laborales, sociales y culturales.

Pronto seremos invitados, atraídos, seducidos a participar dentro de este nuevo universo creado bajo la marca *Meta*, que aglutinará a cuatro de las redes sociales más importantes del mundo: *Instagram*, con mil 221 millones de usuarios; *Messenger*, con mil 300 millones; *WhatsApp*, con 2 mil millones, y *Facebook* que, con un crecimiento del 11.8% en este año, hoy es la red social más grande del mundo, al haber alcanzado los 2 mil 740 millones de usuarios en todo el planeta.

La pandemia impulsó de tal forma el espacio digital que, en 2021, se rompieron todos los records. Se alcanzó una penetración de las redes sociales del 53.6% de la población mundial: 4 mil 200 millones de seres humanos. Esto quiere decir que, en la actualidad, más de la mitad de la población del planeta ya utiliza redes sociales. (2021). *Digital 2021*. 3/10/2021, de *We are Social y Hootsuite*. Sitio web: <https://wearesocial.com/es/blog/2021/01/digital-report-2021-el-informe-sobre-las-tendencias-digitales-redes-sociales-y-mobile/>.

¿Qué implicaciones traerá esta nueva meta-realidad para nuestra vida cotidiana? ¿Será cierto abandonaremos nuestra ‘vida real’ para empezar a divertirnos, comprar, ejercitarnos, estudiar, informarnos, trabajar y también viajar sólo dentro de este ciberespacio tridimensional? ¿Traerá esto algún riesgo para la humanidad? ¿Nos afectará de alguna manera?

Lo primero que tenemos que preguntarnos es qué información personal habrá que compartir al acceder y, sobre todo, permanecer en el *metaverso*, y qué clase de información recibiremos dentro de este nuevo espacio virtual.

Para nadie es un misterio que las enormes ganancias que obtienen los gigantes tecnológicos como Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft, etc., provienen del uso que le dan a nuestra información. Esto es, todo lo que compartimos con ellos voluntariamente y que, durante años, han ido acumulando. Además, a casi ningún experto le ha pasado desapercibido que el número de usuarios de Facebook crece, justamente,

en proporción directa a la proliferación de noticias falsas y discursos de odio. ¿Por qué sucede esto?

En marzo de 2018 conocimos el uso indebido que la firma inglesa *Cambridge Analytica* dio a la información de entre 50 y 87 millones de usuarios de la principal red social: *Facebook*. Hoy sabemos que, con base en esa información, se manipuló al electorado estadounidense en los comicios presidenciales de noviembre de 2016, y sabemos con certeza que fue *Cambridge Analytica* –y no un grupo loco de *hackers* rusos–, quien le dio la victoria al empresario republicano Donald Trump.

Igualmente, sabemos que esta firma influyó de manera decisiva en los resultados de la consulta llevada a cabo en el Reino Unido el 23 de junio de 2016 para decidir su salida de la Unión Europea: el famoso “*Brexit*”.

Podemos encontrar información puntual de todo esto en el libro que publicó en diciembre de 2019 la exdirectora de desarrollo de negocios de *Cambridge Analytica* (Kaiser, B. (2020). *La dictadura de los datos*. Madrid: Harper Collins) y, desde luego, en el reconocido documental “*Nada es Privado*” (2019). Y hay que decir también que fue precisamente debido a ello y al enorme descrédito mundial de *Cambridge Analytica*, que esta empresa se vio obligada a cerrar sus puertas definitivamente. Sin embargo, mientras se anunciaba su cierre, se dio a conocer en los medios de comunicación que sus principales socios y ex-ejecutivos se incorporarían a una nueva empresa creada exactamente con el mismo propósito: *Emerdata, Inc.* (2018). *Emerdata: las sospechas que genera la nueva compañía de los fundadores de Cambridge Analytica*. BBC Mundo. Belmonte, P. (2018). *Cambridge Analytica no ha cerrado*. Hipertextual.

Apenas un año después de estos sucesos se estrenó el documental de Jeff Orlowski titulado “*El Dilema Social*” (2020), en el cual, expertos de Silicon Valley rebelan que todas las estrategias de los gigantes tecnológicos están enfocadas en captar y mantener nuestra atención. Trabajan primero en atraernos a la red, y una vez que estamos ahí, hacen todo para que permanezcamos el mayor tiempo posible y que, de alguna manera, nos hagamos ‘adictos’.

Nos hacen atractivo y sumamente fácil dar información sobre quienes somos, qué nos gusta, qué hacemos cotidianamente, qué comemos, a dónde vamos, quiénes son nuestros amigos y familiares, en quién confiamos, cuáles son nuestros gustos e intereses, a qué le tenemos miedo, qué nos emociona, qué nos preocupa, y un largo etcétera. Y, finalmente, ordenan toda nuestra información en enormes bases de datos de las que, a través de complejos algoritmos, les es posible extraer casi cualquier cosa de nosotros: clasificarnos, organizarnos, predecir nuestras reacciones y, muy especialmente, persuadirnos de hacer casi cualquier cosa.

Resulta perturbador que, incluso, nos hayan convertido en sus propios ‘vendedores’. ¿Cuántos de nosotros decidimos abrir una cuenta de *Facebook*, *Twitter* o *WhatsApp* porque un amigo o familiar nos invitó? ¿A cuantos amigos y conocidos no habremos convencido nosotros mismos?

Eso, pese a que hoy se sabe que la ‘adicción’ a los juegos digitales y a las redes sociales han incrementado de manera muy importante los niveles de ansiedad, autolesiones, depresión e incluso, suicidio entre los usuarios, y que esto afecta en mucho

mayor medida a niños, niñas y adolescentes. (2021). *Informe sobre la salud mental infantil 2020*. 10/11/2021, de *Child Mind Institute*. Sitio web: <https://childmind.org/es/campanas-de-concientizacion/informe-sobre-la-salud-mental-infantil/>.

Pero aún hay otra pregunta sumamente relevante qué hacerse: ¿Por qué el incremento de usuarios y actividades en Facebook está directamente relacionado con la difusión de las llamadas *fake news*?

Los expertos precisan que en la red se estimulan, de forma deliberada, los contenidos polarizantes, el discurso del odio y la desinformación, simplemente porque éstos reportan mayor tráfico digital y, consecuentemente, mayores ganancias para estas empresas. En esencia, *“si no pagas por el producto, entonces tú eres el producto”*. (2020) *The Social Dilemma*.

Ahora bien, además del libro de Kaiser y los documentales, el pasado 13 de septiembre, *The Wall Street Journal* cuestionó la ética empresarial de *Facebook*, a partir de documentos internos de la propia red social, en los que se revela que todo esto es sabido por los socios y altos directivos del gigante tecnológico y que, no obstante, deliberadamente han decidido no hacer nada.

Los documentos fueron filtrados por Frances Haugen, una científica de datos de 35 años de edad, ex empleada de *Facebook*, quien hace unos días compareció, primero, ante el Congreso de los Estados Unidos, posteriormente, ante el Parlamento del Reino Unido y, muy pronto, ante la Unión Europea. Swartz, J. (2021). *Frances Haugen says company has ‘a Meta problem’*. *The Wall Street Journal*. McKinnon, J. y Tracy, R. (2021). *Facebook Whistleblower’s Testimony Builds Momentum for Tougher Tech Laws*. *The Wall Street Journal*. Horwitz, J. (2021). *Who Is Facebook Whistleblower Frances Haugen?* *The Wall Street Journal*. Redacción. (2021). *Frances Haugen, ex empleada de Facebook, comparece ante el parlamento del Reino Unido*. *La Vanguardia*, Barcelona, entre otros.

La joven científica acusó a *Facebook* de desmantelar su equipo de integridad civil encargado de vigilar la honestidad y la ética de la red social y, muy especialmente, la culpó de estimular, de forma deliberada, los contenidos polarizantes, el discurso del odio y la desinformación, así como no impedir que esta red, u otras de la misma corporación, como *WhatsApp* o *Instagram*, se utilicen por las organizaciones criminales de pornografía infantil, tráfico de personas, de drogas, de órganos, etc., para promocionarse, comprar y vender.

Básicamente, Frances Haugen mostró que *Facebook* lo sabía. Sabía lo de la desinformación y sabía que hay traficantes y delincuentes que han estado utilizando las redes sociales para los más oscuros propósitos, inclusive, para incitar a la violencia en contra de minorías. Y sabía que sus sistemas apenas logran eliminar menos del 1% del contenido violento. *Facebook* y sus directivos sabían todo esto, y aún así, eligieron anteponer sus ganancias multimillonarias a la seguridad de los usuarios.

Hay que decir que, al parecer, las acusaciones no van a parar aquí, pues acaba de anunciarse que otro ex empleado de *Facebook*, aún anónimo, hace unos pocos días presentó una nueva denuncia contra la empresa ante la Comisión de la Bolsa de Valores Norteamericana, la SEC, con acusaciones similares a las de Haugen (2021). *Sale a la luz nueva denuncia contra Facebook*. *Ntn24.com-AFP*.

El famoso historiador israelí Yuval Noah Harari declaró ya hace algunos años, que “*Los partidos fascistas en los años treinta o la KGB soviética controlaban a la gente. Pero no podían seguir a todos los individuos personalmente ni manipularlos individualmente porque no tenían la tecnología. Nosotros empezamos a tenerla. Gracias al big data, la inteligencia artificial y el aprendizaje automatizado, por primera vez en la historia empieza a ser posible conocer a una persona mejor que ella misma...*”. Galindo, C. (2016). *Facebook y Apple podrán tener el control que la KGB nunca tuvo sobre los ciudadanos*. El País. Ver también: Planas, C. (2021). *Harari alerta del nacimiento de las dictaduras digitales*. El Periódico.

Más recientemente, el también famoso filósofo surcoreano Byung-Chul Han, dijo que: “*el metaverso es un poco como la metadona: un sustituto para los yonkis de la irrealidad, que son multitud, en vistas de que el mundo se hunde. Es un negocio redondo*”. Pardo, B. (2021). *El metaverso o la metadona*. Diario ABC.

Pues sí, ahora sabemos que las redes sociales transgreden la privacidad de la información que nosotros mismos les confiamos, que utilizan esa información para engañarnos y manipularnos y que, actualmente constituyen una verdadera amenaza para las democracias y también para nuestra salud mental.

Pero hay que pensar esto con más calma, porque también es verdad que las redes sociales se han convertido en herramientas fundamentales para la cotidianidad humana.

Hoy por hoy las utilizamos a diario para socializar, comunicarnos, trabajar, comprar, informarnos, aprender, divertirnos, entre muchos otros usos. Lo cierto es que ya no nos es posible imaginar nuestro mundo sin pantallas, buscadores de internet, plataformas de *streaming*, aplicaciones ni, mucho menos, redes sociales. Ese es el gran dilema que hoy tenemos frente a nosotros y que la pandemia ha catapultado de manera vertiginosa. ¿Qué hacemos entonces?

La primera entidad gubernamental en darse cuenta de este problema fue la Unión Europea, por lo que, desde hace unos cinco años, comenzó a tomar acciones concretas contra el contenido violento, el discurso de odio y la desinformación en internet.

Lo hizo, sobre todo, a través de una serie de leyes y nuevas reglas que, entre otras, contienen las siguientes obligaciones para los gigantes tecnológicos:

- ▶ Rendir informes de transparencia,
- ▶ Proteger los derechos fundamentales,
- ▶ Cooperar con las autoridades nacionales,
- ▶ Contar con un punto de contacto y representante legal en Europa,
- ▶ Notificar previamente a los usuarios de cualquier acción,
- ▶ Contar con mecanismos de denuncia y solución extrajudicial de controversias,
- ▶ Tomar medidas contra campañas y noticias falsas o abusivas,
- ▶ Tener transparencia total hacia los usuarios sobre la publicidad *on line*,
- ▶ Permitir auditorías externas,
- ▶ Compartir datos con autoridades e investigadores,
- ▶ Contar con un código de conducta, etc.

(Pérez, E. (2020). *La gran regulación europea del mundo digital*. 4/10/2021, de Xataka. Sitio web: <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/gran-regulacion-europea-mundo-digital-dsa-dma-esta-aqui-que-implica-como-nos-afectara-a-usuarios-internet>).

Si bien esta normatividad es bastante limitada, ha sido profusamente atacada en medios de comunicación por, supuestamente, restringir la libertad de expresión. (Satariano, A. (2019). *Europa limita a los gigantes tecnológicos y desata temores sobre libertad de expresión*. NY Times). Sin perjuicio de ello, la Unión Europea ha sido reconocida como el espacio geográfico de mayor protección a los usuarios de redes sociales e internet, y donde más se vigila a los gigantes tecnológicos.

La segunda entidad gubernamental que ha hecho algo al respecto ha sido el gobierno de China. Entre numerosas protestas de sus adolescentes e infinidad de acusaciones por considerarla una restricción a la 'libre empresa', hace unas pocas semanas China limitó drásticamente el uso de videojuegos en línea a menores de edad, al permitirlo sólo tres horas a la semana, una hora al día: viernes, sábados y domingos. Esta medida comenzará a aplicarse a partir del inicio del próximo período escolar. (2021). *China prohíbe a los menores jugar videojuegos en línea entre semana*. CNN.

El gobierno chino señaló que las nuevas restricciones se dieron en respuesta a las quejas de los padres, que veían cómo la adicción de sus hijos a los juegos en línea, estaban afectando su rendimiento escolar y su salud física y mental, además de provocarles una serie de problemas de interacción social.

Sin duda, los debates suscitados en China y Europa ilustran las dificultades que se enfrentan al intentar regular el internet y las redes. Sin embargo, no hay duda de que las redes sociales están erosionando el tejido de nuestra sociedad de forma notable, están alimentando la división y el odio, y están saboteando las batallas más importantes que libramos en la actualidad: desde la protección de los derechos humanos, hasta la lucha contra el cambio climático, y que la única respuesta posible es la generación de normas internacionales que pongan límites y control a la desmedida ambición de los gigantes de la tecnología.

Todo comenzó con el sueño de un mundo conectado, un espacio abierto donde pudiéramos compartir toda clase de experiencias y quizá sentirnos menos solos. (2019) *Nothing is Privet*. ¿Pero qué ha pasado? Es muy probable que hoy en día, los dueños de las redes sociales sepan más de nosotros, que nosotros mismos.

La realidad virtual y las redes sociales son una iniciativa acertada si parten de una comunidad descentralizada, con un control gubernamental multilateral ético, no gestionada por los intereses de los gigantes tecnológicos y enfocado en proteger a la humanidad. Pero mientras esto no sea así, el riesgo es enorme.

Justamente por ello y ante el reciente anuncio de la creación del nuevo *metaverso*, resulta fundamental que los gobiernos del mundo comiencen reflexionar y a cuestionarse con seriedad el impacto que pueden tener las redes sociales y el uso de las nuevas tecnologías en la configuración de las democracias, la paz, la estabilidad social, así como en el comportamiento y en la salud mental de la ciudadanía.

Es necesario que las naciones del mundo tiendan puentes, se reúnan y comiencen a discutir este tema y a llegar a acuerdos para diseñar e implementar regulaciones de carácter internacional y políticas públicas supranacionales que protejan los datos personales y la veracidad de la información a la que accedemos día con día. Es urgente que lo hagan. Ya no tenemos de otra.

BIBLIOGRAFÍA

- BREAMONTE, P. *Cambridge Analytica no ha cerrado, se llevó a sus directivos a Emerdata. Emerdata Limited tiene su sede en las mismas oficinas que la matriz SCL Elections y es dirigida por la misma administración e inversores que Cambridge Analytica*. Hipertextual, Publicación: 3 de mayo de 2018. Última actualización: 10 de marzo de 2021. Recuperado de: <https://hipertextual.com/2018/05/cambridge-analytica-cambiara-nombre-emerdata>. Consultado en: octubre 5, 2021.
- China prohíbe a los menores jugar videojuegos en línea entre semana*. CNN. La Redacción. Publicación: 05:24 ET (09:24 GMT), 31 Agosto, 2021. Recuperado de: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/08/31/china-prohibe-menores-jugar-videojuegos-trax/>. Consultada el 5 de noviembre.
- Documental *"Nothing is Privet"*, en español: *"Nada es Privado"*. Fecha de estreno: 26 de enero de 2019, Plataforma: Netflix, Directores: Karim Amer y Jehane Noujani, Año: 2019, País: Estados Unidos, Idioma original: Inglés.
- Documental *"The Social Dilemma"*, en español: *"El Dilema Social"*. Fecha de estreno: 26 de enero de 2020, Plataforma: Netflix, Director: Jeff Orlowski, Año: 2020, País: Estados Unidos, Idioma original: Inglés.
- Emerdata: las sospechas que genera la nueva compañía de los fundadores de Cambridge Analytica, la firma envuelta en el mayor escándalo de Facebook*. BBC Mundo. La redacción. Publicación: 7 mayo 2018. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44029491>. Consultado en: octubre 5, 2021.
- Explainer: What is the "metaverse"?* Reuters. Octubre 21, 2021. Publicación: 12:18 PM CDT. Recuperado de: <https://www.reuters.com/technology/what-is-metaverse-2021-10-18/>. Consultado en: noviembre 11, 2021.
- Frances Haugen, exempleada de Facebook, comparece ante el parlamento del Reino Unido, en streaming*. La Vanguardia, Barcelona. La Redacción. Publicación: 25/10/2021, 15:35. Recuperado de: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20211025/7815088/frances-haugen-exempleada-facebook-comparece-parlamento-reino-unido-streaming.html>. Consultado en: noviembre 4, 2021.
- GALINDO, C. *Entrevista a Yuval Noha Harari: Facebook y Apple podrán tener el control que la KGB nunca tuvo sobre los ciudadanos*. EL PAÍS. Madrid - 03 NOV 2016 - 06:56 CST. Recuperado de: https://elpais.com/tecnologia/2016/10/27/actualidad/1477578212_336319.html?rel=mas. Consultado en: noviembre 10, 2021.
- HORWITZ, J. *Who Is Facebook Whistleblower Frances Haugen? What to Know After Her Senate Testimony*. The Wall Street Journal. Publicación: Oct. 6, 2021 10:31 am ET. Recuperado de: https://www.wsj.com/articles/who-is-frances-haugen-facebook-whistleblower-11633409993?cx_testId=3&cx_testVariant=cx_5&cx_artPos=4&mod=WTRN#cxrecs_s. Consultado en: noviembre 4, 2021.

- Informe sobre la salud mental infantil 2020*. Child Mind Institute. Recuperado de: <https://child-mind.org/es/campanas-de-concientizacion/informe-sobre-la-salud-mental-infantil/>. Consultado en: noviembre 10, 2021.
- Informe: Digital 2021, Global Overview Report: the latest insights how people around the world use the internet, social media, mobile devices, and ecommerce*. Publicado por: We are Social y Hootsuite. Recuperado de: <https://wearesocial.com/es/blog/2021/01/digital-report-2021-el-informe-sobre-las-tendencias-digitales-redes-sociales-y-mobile/>. Consultado en: octubre 3, 2021.
- KAISER, B. *La dictadura de los datos: La verdadera historia desde dentro de Cambridge Analytica y cómo el Big Data, Trump y Facebook corrompieron la democracia, y cómo puede volver a pasar*. HarperCollins, 494 pp. Trad. Carlos Ramos Malavé, Madrid 2020.
- MCKINNON, J. y TRACY, R. *Facebook Whistleblower's Testimony Builds Momentum for Tougher Tech Laws*. The Wall Street Journal. Publicación: Oct. 5, 2021 5:21 pm ET. Recuperado de: https://www.wsj.com/articles/facebook-whistleblower-frances-haugen-set-to-appear-before-senate-panel-11633426201?cx_testId=3&cx_testVariant=cx_5&cx_artPos=5&mod=W-TRN#cxrecs_s. Consultado en: noviembre 4, 2021.
- PARDO PORTO, B. *El metaverso o la metadona: Byung-Chul Han contra Mark Zuckerberg*. Diario ABC, Cultura. Actualizado:03/11/2021 12:35h. Recuperado de: https://www.abc.es/cultura/abci-bruno-pardo-porto-metaverso-o-metadona-byung-chul-contra-marck-zuckerberg-202111030019_noticia.html. Consultado en: noviembre 10, 2021.
- PEREZ, E. *La gran regulación europea del mundo digital (DSA y DMA) ya está aquí: qué implica y cómo nos afectará a los usuarios de Internet*. Publicación: 16 de diciembre, 2020. Última actualización: 18 de diciembre 2020, 07:39. Recuperado de: <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/gran-regulacion-europea-mundo-digital-dsa-dma-esta-aqui-que-implica-como-nos-afectara-a-usuarios-internet>. Consultado en: noviembre 4, 2021.
- PLANAS BOU, C. *Harari alerta del nacimiento de las dictaduras digitales*. El Periódico. Publicación: 28 de junio del 2021. 20:59. Recuperado de: <https://www.elperiodico.com/es/mobile-world-congress/20210628/harari-alerta-nacimiento-dictaduras-digitales-11865381>. Consultado en: diciembre 8, 2021.
- Sale a la luz nueva denuncia contra Facebook por no combatir desinformación y mensajes de odio*. Por: Ntn24.com-AFP. Publicado el 23 Oct 2021, 12:31. Recuperado de: <https://www.ntn24.com/ciencia-y-tecnologia/sale-a-la-luz-nueva-denuncia-contra-facebook-386896>. Consultado en: noviembre 5, 2021.
- SATARIANO, A. *Europa limita a los gigantes tecnológicos y desata temores sobre libertad de expresión*. New York Times. Publicación: 14 de mayo de 2019. Recuperado de: <https://www.nytimes.com/es/2019/05/14/espanol/europa-tecnologia-activismo.html>. Consultado en: noviembre 5, 2021.
- SWARTZ, J. *Facebook whistleblower Frances Haugen says company has 'a Meta problem'*, The Wall Street Journal. Publicación: noviembre 1, 2021 at 5:11 p.m. ET, última actualización: noviembre 2, 2021 at 6:43 a.m. ET. Recuperado de: <https://www.marketwatch.com/story/facebook-whistleblower-frances-haugen-says-company-has-a-meta-problem-11635801099>. Consultado en: noviembre 4, 2021.
- Zuckerberg revela más detalles sobre su metaverso*. CNN Español. Publicación: 12:30 ET (17:30 GMT) 28 Octubre, 2021. Recuperado de: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/10/28/facebook-metaverso-universo-virtual-connect-orix/>. Consultado en: noviembre 11, 2021.



Reflexiones sobre la expansión de la bio-delincuencia y el almacenamiento del perfil genético para investigaciones criminales

REFLECTIONS ON THE EXPANSION OF BIO-CRIME AND THE STORAGE OF THE GENETIC PROFILE FOR CRIMINAL INVESTIGATIONS

Silvia Irene Verdugo Guzmán

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal

Centro de Estudios Universitarios Cardenal Spínola

Fundación San Pablo - CEU Andalucía

sverdugo@ceuandalucia.es  0000-0001-9851-4795

Recibido: 11 de noviembre de 2021 | Aceptado: 19 de diciembre de 2021

RESUMEN

El siglo XXI es testigo de un sinnúmero de cambios a nivel global en muchísimos aspectos. Avances tecnológicos cada vez más sofisticados no hacen más que mostrar un mundo que no deja de progresar en diversos campos, pero que no estaba listo para enfrentar problemas tan graves como la pandemia causada por coronavirus desde comienzos del 2020. En el presente texto se expondrán dos problemas y reflexiones que afectan el Derecho penal: por un lado, la preocupante expansión de la bio-delincuencia, entendida como aquellos delitos biológicos que se cometen a nivel de laboratorios, donde los principales involucrados son bio-delincuentes o *biohackers*. Y por otro, está el problema de licitud en el manejo de las bases de datos que almacenan perfiles genéticos, especialmente por parte de los Estados, por ejemplo, con plazos que no son del todo claros. Esto porque a partir del ADN es posible obtener información tan variada como el origen étnico de una persona, sexo, enfermedades, filiación familiar, etc., y claro, todo esto puede ser utilizado a efectos administrativos, sanitarios, civiles, penales, etc., siendo esto último lo que interesa en esta ocasión.

ABSTRACT

The 21st century is witnessing different changes at a global level in many aspects. Increasingly sophisticated technological advances only show a world that does not stop progressing in various fields, but was not ready to face such serious problems as the pandemic caused by coronavirus since the beginning of 2020. This paper present two problems and reflections on criminal law: first, the worrying expansion of bio-crime, understood as those

PALABRAS CLAVE

Delito
Biohackers
Manipulación genética
Protección de datos
Perfil genético
ADN
Datos genéticos

KEYWORDS

Crime
Biohackers
Genetic manipulation
Data protection
Genetic profile
DNA
Genetic data

biological crimes that are committed at the laboratory level, where the main people involved are bio-criminals or biohackers. And the other hand, the problema is about of legality in the management of databases that store genetic profiles, especially by the States, for example, with deadlines that are not entirely clear. This is because from DNA it is posible to obtain information as varied as a person's ethnic origin, sex, diseases, family or affiliation, and other. All of this can be used for, administrative, health, criminal: this is the most important now.

I. INTRODUCCIÓN

Es importante ofrecer una visión sobre problemáticas que vinculan el Bioderecho y al Derecho penal, porque ambas áreas jurídicas están perfectamente conectadas cuando se producen actividades que traspasan los límites de los riesgos permitidos y aceptados en la sociedad global de la información de los últimos tiempos. Más aun, los delitos que se cometen en el siglo XXI no son los mismos –o al menos su mayoría– que hace un par de décadas, especialmente debido al nacimiento y expansión de internet. En torno a la que podría denominarse bio-delincuencia se ubica la comisión de peligrosos delitos biológicos producto de clonaciones y manipulaciones de células a nivel de laboratorios, una cuestión cada vez más fuera de control. Y así, cabe afirmar que el hombre aún no está del todo listo para realizar estas actividades ni mucho menos manejar algo tan delicado como es el ADN –el patrimonio genético del ser humano–, ni siquiera en los laboratorios homologados por las autoridades estatales.

A lo anterior, se agregan los denominados bio-delincuentes o *biohackers* que realizan experimentos sin prohibiciones efectivas, que buscan modificar el cuerpo humano a nivel celular y genético, intentando aumentar o transformar el ADN, pero al margen de la legalidad y sin protocolos de seguridad, ofreciendo la disponibilidad de los elementos necesarios a cualquier persona que desee intentar experimentos en su domicilio. Así pues, por ejemplo, están al alcance de cualquier persona *kits* que contienen todo lo necesario para realizar experimentos celulares sin supervisión ni control alguno: conocido bajo la mentalidad de expansión y acercamiento de las actividades para modificar el organismo por parte de *biohackers* dispersos por todo el mundo. Uno de los más conocidos del año 2016 es el Doctor en Biofísica Josiah Zayner, excientífico de la NASA, polémico por la venta de los *kits* de biología "The Odin" para fabricar levadura fluorescente y que permite realizar otros experimentos en cualquier lugar que no sea necesariamente un laboratorio, pero también es famoso por haberse inyectado CRISPR-Cas9¹ –el ADN modificado– en su brazo durante una conferencia, y por diversos

1. *Clustered regularly interspaced palindromic repeats*: sirve para hacer cambios específicos en el ADN de una célula. En términos simples, se puede pegar, cambiar, sustituir y añadir trozos a un genoma. Consiste en una enzima, la proteína llamada Cas9, y un ARN guía, molécula que lleva la enzima hasta el lugar donde se quiere modificar. Cuando el ARN reconoce una zona del genoma específica, el Cas9 actúa como unas tijeras moleculares y cumple su función. Diseñando el ARN adecuado y con

intentos de acercar la ingeniería genética a una población que probablemente poco o nada sepan de manipular o modificar células. Obviamente es considerado un ídolo para algunos y seguidores intentan seguir sus pasos experimentales. Al otro lado, la policía norteamericana si bien lo ha detenido varias veces, no encuentran pruebas claras para procesarlo o imputarle algún delito.

Si bien es cierto que las ciencias científicas y médicas han hecho importantes aportes a la humanidad encontrando la cura a enfermedades o taras que hasta un tiempo atrás tenían difícil tratamiento o directamente no lo había, y cuando los avances tecnológicos han significado una mejora de la calidad de vida en las personas, actualmente nos encontramos frente a un grave problema que se está escapando de todo control por el uso inadecuado de ellos, buscando por ejemplo el aumento de las capacidades físicas y mentales de una persona por encima de las características de la especie humana: lo engloba el transhumanismo. Según describía hace una década PÉREZ TRIVIÑO, "(...), la genética, la robótica, la cibernética, la nanotecnología y la biomedicina están planteando la posibilidad de que en el futuro los seres humanos puedan manipularse genéticamente, puedan clonarse, crear seres híbridos o interactuar con ordenadores y otros componentes dentro del propio organismo humano" (Pérez Triviño, 2012, p. 5).

Aun es poco lo que puede decirse sobre el actuar de aquellos expertos en biología, genética, y en general, de quienes son capaces de manipular seres vivos a nivel de laboratorios. Y claro, respecto a las investigaciones para detener el avance del coronavirus evidentemente hay ensayos científicos en muchos países, que, manipulando células de distintos organismos, más de una sorpresa traerán en el presente cercano y el futuro. Así, por ejemplo, para la ansiada vacuna y medicamentos contra el COVID-19, es necesario experimentar en animales.

Otra cuestión preocupante está cuando se traspasan las fronteras de lo que es ético y jurídicamente aceptado, por ejemplo, mediante la manipulación de células de seres vivos, y en el caso del ser humano, una vez que se extienda el conocimiento de estas prácticas a nivel social, permitidas y al alcance de cualquier persona, tal y como sucede con la venta en línea de *kits* con todo lo necesario para alterar el ADN sin control alguno, pudiendo acarrear incluso la muerte si se toman caminos erróneos. Parece ser que se torna necesaria una regulación jurídica penal urgente y de alcance mundial, que tenga un carácter vinculante para que los Estados puedan controlar y sancionar a quienes experimentan con células humanas e intentan modificar el cuerpo humano al margen de la normativa y de los laboratorios que sí cumplen protocolos científicos y de seguridad, respetando parámetros legales y éticos.

A continuación de lo expuesto, será analizado otro problema que toca el Derecho penal y que se refiere al uso de bases de datos que contienen perfiles de ADN de las personas en sistemas informáticos que se pueden compartir en línea. Claro, es cuestionable por ejemplo la cantidad de tiempo que puede mantenerse almacenada esta

unas cuantas modificaciones, se puede dirigir la enzima allá donde se quiera y hacer los cambios que interesen.

información digital que evidentemente puede acarrear importantes vulneraciones a derechos tales como el de intimidad, la privacidad y la protección de datos de una persona. Así, fue en 1986 cuando se utilizó por primera vez la técnica con 5.000 hombre de entre 13 y 30 años, sometidos a exámenes de ADN mediante la toma de muestras biológicas para descubrir al culpable de una doble violación con asesinato en Inglaterra, pudiendo encontrar al responsable y condenarlo (Valerio Jiminián, 2019, p. 30).

Tal y como será analizado, si bien es necesario un compromiso penal internacional y la unificación de criterios persecutores con la deseada unificación mundial para sancionar a los responsables de actividades delictivas, ello no debe significar que se potencie y obligue a los Estados al uso de la tecnología del ADN como justificante para la cooperación policial transfronteriza², porque elaborar una plataforma informática que permita intercambiar perfiles genéticos de las personas a nivel global puede significar una importante vulneración a derechos humanos tales como la dignidad personal, privacidad y el respeto al cuerpo humano³.

2. INTERPOL recomienda en este sentido, "(l)os países miembros de INTERPOL que deseen crear una base nacional de ADN deberán tener presente el coste que ello supone. Deberán prever recursos humanos, actividades de formación y una infraestructura informática cuyos sistemas tendrán que comprar y mantener. Además, para las operaciones vinculadas a la base de datos deberán elaborar o adquirir un sistema adecuado de gestión y comparación de datos. El sistema de uso más extendido para tal fin es el denominado Combined DNA Index System (CODIS), que se puede conseguir previo acuerdo con el FBI estadounidense. (...). Es innegable que las bases de datos sobre ADN pueden ayudar a los organismos encargados de la aplicación de la ley a prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia, y a reforzar la protección de la sociedad frente a esta. En las leyes aplicables se debe hallar un claro equilibrio entre estos intereses y el derecho de la persona a la vida privada, los demás derechos humanos conexos y la presunción de inocencia", en *Recomendaciones para la creación de una base de datos nacional sobre ADN*, INTERPOL, 01.01.2015.

3. Señala en su *Preámbulo*, la Ley Orgánica 10/2007, "Por un lado, resulta indudable que los avances técnicos permiten hoy que la obtención de datos exclusivamente identificativos a partir de una muestra de ADN se pueda realizar de manera rápida, económica y escasamente limitadora de los derechos ciudadanos. Por otro, la sociedad viene exigiendo que las autoridades, judiciales y policiales, encargadas de la persecución de los delitos, cuenten con los instrumentos de investigación más eficientes posibles, especialmente en la lucha contra aquellos crímenes que generan mayor alarma social. Finalmente, no puede olvidarse que la creciente globalización de los delitos y la paralela asunción por parte de España de una serie de obligaciones recíprocas con otros países para compartir la información disponible en los respectivos ficheros y bases de datos exigen la adopción de las medidas materiales y jurídicas adecuadas. Respecto de este último aspecto, cabe señalar que la adopción de esas medidas jurídicas, así como la creación de bases de datos que permitan intercambiar la información entre los Estados miembros, ha sido reiteradamente expuesta desde las Instituciones comunitarias a través de sendas Resoluciones del Consejo relativas al intercambio de resultados de análisis de ADN, de 9 de junio de 1997 y de 25 de julio de 2001, respectivamente. En el mismo sentido se ha venido pronunciando el Consejo de Europa a partir de la Recomendación (92) 1, de 10 de febrero de 1992, de su Comité de Ministros, sobre la utilización de los resultados de análisis de ADN en el marco del sistema de justicia penal". Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2007.

II. DESARROLLO DE LA INGENIERÍA GENÉTICA. LA BIO-DELINCUENCIA

1. Estado actual de las sociedades tecnológicas y científicas

Si bien las sociedades de riesgo habían sufrido muchos cambios especialmente a partir de la era postindustrial, con el transcurso del tiempo arrastran el desarrollo y expansión de nuevas sociedades tecnológicas especialmente desde el siglo XX. Éstas son conscientes de que los riesgos tienen una diversa procedencia a lo cual se añade que son cada vez más constantes los avances que incrementan los focos sociales de riesgo (Polaino Navarrete, 2013, p. 88). Y según expone con acierto JAKOBS, se trata de un estado normal de interacción entre las personas que existe gracias al mecanismo de constitución de una determinada sociedad (Jakobs, p. 72).

Por ello, actualmente no se puede vivir en una sociedad sin riesgos por tratarse de un mundo globalizado en que estamos inmersos, más aún, no existe una línea divisoria entre un riesgo permitido y lo prohibido; será la propia sociedad quien los delimita en función de sus expectativas. Esto porque los contactos sociales son imprescindibles, y porque además existen riesgos que son imposibles de evitar.

Así pues, son innumerables los avances científicos que en muchas ocasiones han facilitado la vida de las personas, por lo que estar disponible y recorrer largos kilómetros en menos de 24 horas es cada vez más normal. La inevitable globalización y la importante expansión económica transnacional encuentran el rumbo hacia la obtención de bienes y servicios cada vez más sofisticados en forma ágil –y a veces– casi instantánea mediante el uso de internet. En este sentido, es importante considerar especialmente los riesgos permitidos en una sociedad porque los contactos sociales entre sus intervinientes son imprescindibles y además múltiples acciones cotidianas son las que exponen a riesgos de distintas magnitudes. Y en palabras de POLAINO NAVARRETE, significa que el ser humano es foco o fuente de la que surgen riesgos diversos, que individualmente causados se multiplican exponencialmente cuando se entremezclan las relaciones sociales. La sociedad tolera parte de estos riesgos porque la libertad de la persona abarca tanto la creación como la neutralización de ellos. Los que son abarcados por su libertad son riesgos permitidos, tolerables, socialmente adecuados; los que no, dan lugar a responsabilidad (Polaino Navarrete, p. 88).

A lo anterior se agrega que nos encontramos ante graves peligros para la humanidad producto del uso de todo tipo de tecnología, y sin ir más lejos hace sólo unos meses cayó un cohete en un lugar de la tierra, pero es que lo preocupante era que ni los científicos sabían con precisión donde iba a caer hasta unas horas antes del impacto, con la incertidumbre que ello significaba para la población mundial. Esta y muchas otras actividades, son focos sociales de riesgo, incluidos los cuestionamientos respecto a la basura espacial, pero son temas que se encuentran sobre la mesa y aún no hay quien se encargue de estos problemas. Y cabe agregar, “(t)odos aquellos riesgos que la normatividad social tolera como imprescindibles para el normal funcionamiento del sistema caen dentro de los llamados riesgos permitidos” (Piña Rochefort, 2005, p. 394).

Así también, parece ser que se requiere de una regulación seria y efectiva de las actividades que se permite realizar a las personas en su entorno privado, en referencia al manejo de las ciencias científicas. Esto porque la filosofía de acercamiento de la experimentación celular y modificación genética a cualquier persona, se torna peligrosa por su accesibilidad cada vez más visible a la sociedad. Claro, al no haber una norma clara, es posible adquirir uno de los *kits* "The Odin" por internet en muchos países⁴, aunque ya sí está prohibido en Alemania y se sanciona con penas de cárcel.

2. Avances en el genoma humano. ¿Finalidades terapéuticas o mejoradoras?

La cuestión es compleja cuando se enfrenta el tema de los riesgos permitidos en torno a las ciencias científicas, que es donde cabe tomar precaución a efectos de lo que estamos analizando. Así, la comunidad internacional debe estar atenta con las formas en que se lleva a cabo la biología o la genética, por ejemplo, mediante la modificación de células y el ADN a nivel de laboratorios. Cabe recordar al científico chino He Jiankui que en el 2019 fue sentenciado a 3 años de cárcel en su país, por haber utilizado la técnica de CRISPR-Cas 9, para modificar el ADN de dos gemelas nacidas vivas de las cuales seguramente se irán descubriendo efectos secundarios, por ahora desconocidos a la población mundial.

La Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos de la UNESCO de 1997, otorga el marco contemporáneo de reconocimiento internacional que se refiere a las investigaciones sobre el genoma humano, señalando en el artículo 11. "No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que corresponda, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración".

En el contexto de la propia biología, a nivel de experimentos que se realizan en laboratorios donde se utilizan microscopios, probetas, tubos de ensayo, etc., hacen cuestionar actividades que en principio deben servir para mejorar de enfermedades y la calidad de vida de los seres humanos, pero no lo contrario, esto es, buscando aumentar o modificar las capacidades de la persona⁵. En este sentido, ROMEO CASABONA se refiere a la importancia de la biología molecular, "(...), que se ocupa del estudio de la forma, composición, función de las biomoléculas y del origen evolutivo de los seres vivos. El ácido desoxirribonucleico (ADN) es una molécula (o conjunto de moléculas)

4. *Vid.* al respecto: www.the-odin.com. Última consulta: 08.12.2021.

5. Distinto es, que un deportista utilice crioterapia mediante nitrógeno a menos de 200° Celsius para una mejor circulación sanguínea y recuperarse más rápido de alguna lesión muscular o eliminando sustancias tóxicas del organismo de cara a la siguiente competición, que inyectarse ADN modificado –por ejemplo– mediante la técnica de CRISPR-Cas9, para aumentar la masa muscular en búsqueda de mejores resultados deportivos y convertirse en superhéroe.

que contiene toda la información genética del ser vivo, y se encuentra distribuido en diversos fragmentos o cromosomas (veintitrés pares en el ser humano) en el núcleo de cada célula (...). El genoma es el conjunto de ADN de una célula o de un organismo vivo, y es idéntico en todas las células de un mismo organismo" (Romeo Casabona, 1996, pp. 273 y ss).

Si bien parece que desde la década de los '90 del siglo pasado se ubican los pasos firmes hacia el uso de las tecnologías en relación al ser humano, siempre en torno a la búsqueda de solución a enfermedades diversas, desde el año 2000 se encuentra claramente el atrevimiento de realizar experimentos en búsqueda de mejoras tanto al ser humano, así como a su estatus de vida con finalidades que no necesariamente son terapéuticas. Y es que en relación a los riesgos socialmente permitidos es importante una detención, porque tal y como señala BENÍTEZ ORTÚZAR, "(e)l desarrollo de la biología y de la medicina humanas, en cualquiera de sus campos, viene basado en la experimentación en el ser humano. Las experiencias y resultados de la investigación obtenidos en animales inferiores o las soluciones ofertadas en los tubos de ensayo del laboratorio, si bien constituyen el paso previo en estas técnicas, no sirven más que para calibrar las posibilidades de éxito y los riesgos antes de su definitiva aplicación en el hombre" (Benítez Ortúzar, 1997, p. 42).

Las manipulaciones o modificaciones genéticas que nacen con una finalidad terapéutica se engloban dentro de la "terapia génica", cuya finalidad es la curación o prevención de enfermedades o defectos graves debido a causas genéticas, actuando directamente en los genes de una persona mediante diferentes procedimientos teóricos: adición, modificación, sustitución o supresión. Por otro lado, existen manipulaciones que no persiguen una finalidad preventiva, terapéutica o reparadora a nivel de genes, esto porque actúan como un mejorador genético o que trata de potenciar determinadas características, como es el caso de la capacidad física o incluso mejorar el coeficiente intelectual (Atienza Macías, 2014, pp. 269 y ss). Aquí se trataría de experimentaciones polémicas, pues según BENÍTEZ ORTÚZAR, la experimentación terapéutica consiste en la investigación dirigida directamente a la finalidad curativa, con un interés subjetivo de la curación de un sujeto concreto, y un componente objetivo-experimental, porque la provocación de una determinada reacción para sanar al sujeto determinado se somete a las reglas de experimentación. Ésta puede ser médica, probando nuevos fármacos o quirúrgica, con nuevos medios manuales u operatorios. La experimentación no terapéutica busca todo lo contrario; las reglas-objetivo experimentales de la investigación sobre el ser humano, sus células, tejidos u órganos, van dirigida a intereses única o principalmente científicos, aunque indirectamente puedan ser útiles a una actividad curativa (Benítez Ortúzar, pp. 45-46).

Por lo señalado, es discutible que, por ejemplo, se exijan controles de drogas para ciertas profesiones, pero en otras no sea necesario. Un piloto de avión no puede encontrarse en tratamientos con antidepresivos, pero un postulante a esa profesión puede ingerir ritalín para controlar sus nervios en los exámenes. Es cierto que se trata de riesgos diferentes, pero hay una alteración de las capacidades que se ven aumentadas, y quizás ese postulante que modifica sus capacidades sea mucho mejor una vez que

llegue a ser piloto. En el deporte, un gran problema estriba en que ciertos tratamientos se realizan para alterar el rendimiento deportivo dejando de lado la prioridad de mejorar la salud del deportista, y cabe recordar un ejemplo de PÉREZ TRIVIÑO, "(...), con la operación de *Tommy John*, nombre mediático con el que se conoce la reconstrucción del ligamento colateral medial del codo. Fue en 1974, cuando el doctor Frank Jobe llevó a cabo el experimento con Tommy John, lanzador en el equipo de béisbol de los Dodgers. Jobe extrajo un tendón del brazo derecho de John y lo usó para sustituir uno roto en el brazo izquierdo. Lo sostuvo sobre agujeros que abrió en el hueso arriba y debajo del codo. El jugador no solo pudo volver a jugar al béisbol, sino que lo hizo para ganar 170 juegos más en su carrera. Es decir, que su rendimiento mejoró notablemente tras la operación" (Pérez Triviño, p. 15).

Respecto a la clonación, esto es, la duplicación de un material genético específico gracias a la utilización de la ingeniería genética para obtener nuevos genes que son exactamente idénticos al gen original. La principal finalidad es obtener genes para investigar la secuenciación defectuosa en aras de intentar reestructurarlos. Y cabe recordar que el primer experimento fue con la clonación de la oveja Dolly, un mamífero nacido en julio de 1996, producto de una combinación nuclear desde una célula donante de una oveja adulta. Entonces se busca, "volver a clonar el gen ya con una secuenciación perfecta, para insertarlo en el sujeto o embrión que padece determinada enfermedad. Pero también es posible que la clonación de genes sea utilizada con fines distintos a los terapéuticos y que su última finalidad consista en la inserción en las células de sujetos o embriones sanos la copia del gen clonado defectuoso, o en la creación de seres transgénicos, utilizando genes clonados o clones de cadenas de ADN (donde se encuentran varios genes) provenientes de varias especies y creando animales o plantas transgénicas, es decir, insertando en embriones de una especie material genético de otra especie" (Benítez Ortúzar, p. 85).

Hace ya unas décadas, en el año 1997, se señalaba, "(...) el problema ético, al que habrá que ofertar una clara regulación jurídica, se producirá a la hora de determinar qué se debe de considerar tara o tendencia genética inferior. Lo que parece evidente es que la eugenesia en la actualidad va a estar íntimamente unida al progreso de la ciencia, que consigue la viabilidad o la longevidad imposibles de pensar según las estrictas normas de la selección natural" (Benítez Ortúzar, p. 42).

En definitiva, habrá que tener cuidado con la selección genética al existir la posibilidad de escoger ciertas características, rasgos o mejoras a nivel de embrión en laboratorios. Se sabe que en la mayoría de los Estados la manipulación de genes, y en general las ciencias científicas se realiza en forma controlada y lícita, siguiendo estándares internacionales y la normativa vigente⁶; en otros, parece ser que se practica detrás de las fronteras de lo ética y jurídicamente aceptable, pero además, claro está, que cabe tener

6. Cabe recordar la modificación genética de mosquitos que transmitían el virus Zika causando la muerte, defectos congénitos y complicaciones neurológicas de cientos de personas en países como Brasil, Colombia y otros del Caribe. Gracias a estas técnicas –utilizando CRISPR-Cas9, se pudo controlar biológicamente la población de esos mosquitos.

presente lo peligroso que ello acarrea para la sociedad y el patrimonio genético del ser humano de cara al futuro.

III. DELITOS DE MANIPULACIÓN Y CLONACIÓN CELULAR EN ESPAÑA

Respecto al tema cabe destacar las palabras de HERRERA MORENO que indica, “(n)uevas filosofías hoy enfatizan las distintas posibilidades de enfrentamiento humano al inexorable destino genético. Frente a ello, se opone la idea de que la ingeniería genética puede suponer una presión directa y poderosa sobre la evolución de la especie humana, comprometiendo abusivamente a las generaciones venideras” (Herrera Moreno, 2019, p. 149).

España se adhiere a todos los documentos internacionales relativos a temas como la genética y el genoma humano, cumpliendo así los parámetros jurídicos necesarios para considerar un país serio en la materia, que, además, éticamente cumple los postulados primordiales para no afectar al ser humano. El marco normativo presenta Tratados internacionales suscritos por el país, además de normas administrativas y civiles sobre la materia. Ha sido ratificada por ejemplo la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos de la UNESCO de 1997, el Protocolo Adicional al Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa del mismo año, la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003, también, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005, o más reciente, la Resolución del Parlamento Europeo sobre clonación de octubre de 2020.

Con acierto y siguiendo la legalidad, aún no se conocen en el país casos de personas o *biohackers* que realicen actividades ilícitas como las mencionadas en el apartado anterior. Pero cabe indicar que a nivel de derecho interno se encuentra un conjunto normativo importante sobre la materia; en primer lugar, la Ley Orgánica 15/2003⁷, que en parte modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para permitir una cobertura de las actividades policiales y procesales en torno al análisis y almacenamiento de muestras biológicas –y de ADN– provenientes de pruebas halladas en el lugar de comisión de un delito o extraídas de sospechosos. Pero claro, quedaban vacíos legales que fueron solventados mediante la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN⁸. También, gracias a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación al sistema de protección de la infancia y adolescencia⁹, cuya finalidad se reduce a la creación de un Registro Central de Delinquentes Sexuales, que incluya perfiles genéticos de ADN para una mejor identificación

7. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2003. Aunque la originaria regulación se encuentra en la Ley 35/1988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos.

8. Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2007.

9. Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, la trata de seres humanos, o la explotación de menores, en caso de ser necesario. Sobre este conjunto normativo se volverá a tratar más adelante.

Expone hace ya varias décadas GONZÁLEZ CUSSAC, respecto a la regulación en el Código Penal de la manipulación genética que, "(e)l enorme campo de investigación y aplicación de las nuevas técnicas genéticas, y muy especialmente el cada vez mayor recurso de la población española a la inseminación artificial y a la fecundación 'in vitro', evidenció la necesidad de acometer su regulación jurídica" (González Cussac, 1996, p. 816).

Así pues, la justificación punitiva se encuentra en que si se realizan intervenciones y manipulaciones de genes sin finalidades terapéuticas se debe sancionar con las herramientas que contempla el Código Penal, pues regula desde el año 1995 los delitos de manipulación y clonación de células, específicamente en el Título V, "Delitos relativos a la manipulación genética", que, desde el artículo 159 al 162, sancionan con penas de prisión, inhabilitaciones para el ejercicio de la profesión u oficio y multas, ante la necesidad de regular el uso de peligrosas técnicas que no harían más que modificar seres vivos mediante la ingeniería genética.

A efectos de la normativa penal, en el caso del ser humano, su patrimonio genético es el bien jurídico protegido (con matices según el tipo penal correspondiente¹⁰), que sólo puede ser alterado con finalidades terapéuticas y para la eliminación o disminución de enfermedades, pero nunca de mejora en el potencial o del rendimiento corporal o mental. Así entonces, en términos generales, la manipulación de genes y la alteración del genotipo de un ser humano debe ser sancionado penalmente por tratarse de actividades que son contrarias al ordenamiento jurídico español y además producto de los inevitables cuestionamientos éticos.

Pero también el Código Penal sanciona acertadamente en el artículo 160.3, "la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza". Con esta norma jurídica España consigue adherirse plenamente a la normativa internacional, pues el Protocolo Adicional del Consejo de Europa de 1997, prohíbe la clonación de seres humanos, confirmando expresamente en el artículo 1. "Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto. A los efectos de esta norma, definida en su artículo, la expresión ser humano genéticamente idéntico significa compartir con otro la misma carga nuclear".

Cabe apuntar finalmente, recordando a ROMEO CASABONA, que "por un lado, se recoge la creación de seres idénticos por clonación con cualquier fin (indudablemente, también la selección de la raza), fin que no está abarcado por el tipo y, por tanto, es indiferente cuál sea el motivo o el propósito perseguido; y, por otro, la utilización de cualquier procedimiento dirigido a la selección de la raza, (...), y aunque presupondría por

10. Por ejemplo, el artículo 159 del Código Penal: "1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. (...)".

lo general la configuración de individuos con semejantes características fenotípicas, el fin de selección de la raza no incluye en el tipo que tal resultado llegue a producirse (delito de intensión de resultado cortado): una vez conseguido un “ejemplar” con ciertas características diferenciadas de los demás seres humanos (“de otra raza”), por cualquier procedimiento, será necesaria la clonación para la repetición de otros individuos genéticamente idénticos” (Romeo Casabona, p. 163).

Y por último, expone GONZÁLEZ CUSSAC, “... los comportamientos consistentes en alteraciones del genotipo sin finalidad terapéutica, alteran la evolución natural del proceso biológico en que consiste la vida humana, sin ninguna justificación legal o constitucional. Cuando estas alteraciones del genotipo obedecen a finalidades claramente amparadas en el texto constitucional, como la mejora de la salud o el desarrollo científico, no ya dejarán de ser impunes, sino que operarán dentro del ámbito de ejercicio de derechos constitucionales” (González Cussac, p. 822).

IV. RECOPIACIÓN DE PERFILES GENÉTICOS EN BASES DE DATOS

Es clave, en primer lugar, exponer las Directrices que otorga la OCDE sobre la protección de datos personales y la necesaria cooperación transfronteriza en 1980, señalando, “(...), los países miembros deberán dar a conocer a otros países miembros detalles sobre la observancia de los principios expuestos en estas directrices. Deberán asegurarse además de que los procedimientos para el flujo transfronterizo de datos personales, y de protección de la privacidad y las libertades individuales sean sencillos y compatibles con los de otros países miembros que cumplen estas directrices”¹¹.

Ahora bien, expone la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos de la UNESCO de 1997, en el artículo 9. “Para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos”.

En base a lo anterior, cabe preguntarse si existirían vulneraciones a derechos humanos en relación al ya extendido uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, sobre su flexibilidad y adaptación principalmente en relación a dos cuestiones: para ayudar a esclarecer la comisión de un delito o en la persecución de actividades delictivas, y, respecto al almacenamiento de datos genéticos en plataformas informáticas con fines de cooperación policial por un tiempo indeterminado. Por ejemplo, INTERPOL creó en el año 2002 una base de datos de ADN internacional para cotejar perfiles en cuestión de minutos con más de 247.000 perfiles aportado por 84 países miembros¹².

11. Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos OCDE, París, 2002 (resumen de las Directrices de 1980), p. 10.

12. Y explican, “(l)os países miembros envían perfiles a nuestra base de datos de ADN y se realiza una búsqueda. El país miembro asigna un número de referencia al perfil y no se introduce informa-

1. Almacenamiento y protección de datos para la cooperación transfronteriza

Antes que todo es importante recordar la Directiva de 1980, que ya señalaba, “(a) principios de este siglo los rápidos cambios tecnológicos y la mundialización están haciendo surgir nuevos desafíos y oportunidades para gobiernos y ciudadanos de todo el mundo, mientras que la privacidad está siendo cada vez más objeto de atención, sobresaliendo como un valor social fundamental. Los países miembros de la OCDE se han comprometido por entero a proteger la privacidad en el ámbito global, cooperando activamente con la empresa y la industria, la sociedad civil, los países no pertenecientes a la OCDE y otras organizaciones internacionales, para valorar las tendencias económicas y tecnológicas clave que puedan afectar a la privacidad, desarrollando políticas exhaustivas y coherentes”¹³.

Y es que el Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo – RGPD–, en el año 2016 se pronuncia refiriéndose a distintos tratamientos de los datos personales. Y destaca que el derecho a su protección debe considerarse en función con la sociedad y buscando el equilibrio con la protección de los derechos fundamentales¹⁴. Es entonces en este sentido que se debe advertir que, procesar datos a gran escala –sea con fines científicos, médicos o policiales– puede representar una importante colisión con varios derechos y principios que se contemplan en torno a la protección de la privacidad personal. Sin embargo, “(...) el hecho de procesar datos a gran escala revelados por pacientes o sujetos con otras finalidades que no hubieran pretendido o previsto pri-

ción nominal en la base de datos. Si ese perfil ya se encuentra en nuestra base de datos porque otro país ya lo había enviado con anterioridad, el resultado de la búsqueda es positivo. En este caso, informamos a ambos países sobre el resultado positivo del cotejo en la base de datos y, una vez verificado el resultado por los dos países, les invitamos a proseguir la investigación. Si se introduce el perfil por primera vez en la base de datos se obtendrá un resultado negativo. En este caso, con permiso del país miembro emisor, el perfil permanecerá en la base de datos para posibles cotejos futuros”. INTERPOL, “ADN”. Accesible en: <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Policia-cientifica/ADN>. Última consulta: 08.12.2021.

13. Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, *op. cit.*, p. 3.

14. Señala el Considerando 4.: “El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. El presente Reglamento respeta todos los derechos fundamentales y observa las libertades y los principios reconocidos en la Carta conforme se consagran en los Tratados, en particular el respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones, la protección de los datos de carácter personal, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, y la diversidad cultural, religiosa y lingüística”. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE, L 119/1, 04/05/2016.

migeniamente representa un evidente reto para los principios tradicionales de la protección de datos de carácter personal” (Recuero Linares, 2019, pp. 415 y ss.).

En principio, el almacenamiento de información genética tendría todas las garantías objetivas en aras de obtener justicia respecto de quien sea el autor de un delito, esto porque sería un medio probatorio válido y porque tiene un alto porcentaje de certeza científica. En este sentido, indica VALERIO JIMINIÁN, “(...) la prueba resulta ser equilibrada, pues ha servido para liberar a personas condenadas y sometidas injustamente al sistema de justicia penal. Por lo tanto, estamos ante una prueba armonizada que permite condenar a los responsables de la comisión de delitos o de liberar a las personas declaradas inocentes” (Valerio Jiminián, 2019, p. 24). Así por ejemplo, sucede con las pruebas de ADN para identificar la paternidad de una persona, o incluso con el pasaporte biológico de un atleta, medio de prueba utilizado en el sistema internacional antidopaje, pero cuestionado respecto a su constitucionalidad en España, que, a efectos de la búsqueda de sustancias o métodos dopantes, cuenta con más de un 99% de fiabilidad (González González, 2021, pp. 331-349).

Y cabe mencionar los delitos digitales y aquellos cometidos mediante el uso de internet –novedosos del presente siglo–, por ejemplo, los que consisten en la suplantación de identidad o falsedades en documentos oficiales –como los pasaportes–, y que son perseguidos en China gracias al uso de las nuevas tecnologías, con gafas que incorporan unas cámaras que gracias a la Inteligencia Artificial están conectadas con base de datos policiales, ayudando a identificar personas buscadas por algún delito o que utilicen alguna documentación que no coincida con las bases mediante el reconocimiento facial¹⁵. Claro, al otro lado de la balanza se puede encontrar la probable vulneración de derechos humanos y especialmente de la privacidad de las personas.

2. Custodia de los datos genéticos por parte de los Estados. Ambigüedad de los plazos

Recordando la Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos de la UNESCO de 1997, en el artículo 4., señala expresamente que “los datos genéticos no pueden ser conservados de manera tal que pueda ser posible identificar a una persona a quien

15. Así, “(e)n los últimos años, China ha dado un impulso significativo a la inteligencia artificial. Algunas de sus aplicaciones, especialmente las que se basan en el reconocimiento facial, empiezan a tomar forma en cuestiones relacionadas con la seguridad nacional. A este caso en Henan se le suma, por ejemplo, la identificación de conductores que violan las normas de tráfico en Shanghái, el hallazgo en pocas horas de un niño que había sido secuestrado en Shenzhen o la detención de personas buscadas por la policía en grandes eventos como el Festival Internacional de la Cerveza de la ciudad costera de Qingdao. Otras tecnologías de empresas especializadas en reconocimiento de voz han permitido a las fuerzas de seguridad desarticular redes dedicadas a las estafas telefónicas en la provincia de Anhui o la identificación de narcotraficantes”. EFE. “La policía china usa gafas con reconocimiento facial para identificar a sospechosos”. *El País*, 8 de febrero de 2018. Accesible en: https://elpais.com/internacional/2018-/02/07/mundo_glo-bal/1518007737_209089.html. Última consulta: 08.12.2021.

corresponda más allá del tiempo necesario para cumplir los fines con que fueron recolectados o ulteriormente tratados". Entonces, aquí se aprecia una norma internacional que no se refiere a plazos concretos de custodia de perfiles de ADN: "más allá del tiempo necesario".

Las Directrices de 1980 ya señalaban que, "Los países miembros deberán abstenerse de restringir el intercambio transfronterizo de datos personales con otros países miembros, excepto cuando el país receptor todavía no observe de forma sustancial estas directrices o cuando la reexportación de tales datos burle la legislación nacional sobre privacidad. Un país miembro también podrá imponer restricciones a ciertas categorías de datos personales sobre las que rijan normativas específicas, contenidas en su legislación nacional sobre privacidad, que por su naturaleza no tienen una protección equiparable en el país receptor"¹⁶.

El uso del *big data*, entendido como la posibilidad de intercambiar en forma simultánea datos e información de diversa índole, tiene su espacio en distintas materias que se pueden gestionar y almacenar indefinidamente (Atienza Macías, 2018, pp. 108-125). Una de ellas se relaciona con las ciencias científicas, y a estos efectos, encontramos que es sencillo compartir diversos datos de una persona para obtener todo tipo de información, como ya se ha dicho, su etnia, parentesco o posibles enfermedades, lo cual puede afectar a nivel laboral e incluso a la hora de tomar un seguro de salud. Claro, en el ámbito sanitario se encuentra también una gran cantidad almacenada y archivada en medios telemáticos.

Pero además cabe considerar que si bien dentro de la Unión Europea el marco regulatorio es más o menos homogéneo –porque después cada Estado define los parámetros aplicables-¹⁷, en relación a terceros países la cuestión se torna diferente, y es que por ejemplo en muchos países latinoamericanos, el tema de la protección de datos personales aún es de difícil regulación. Más aún porque son las propias personas las que publican incluso en redes sociales su *currículum vitae* completos y con datos tan importantes como la localización, siendo información valiosa para los ciberdelincuentes y estafas por internet.

Ahora bien, el almacenamiento de datos genéticos derivados de un proceso penal es una actividad que se expande cada día más entre los Estados que ya cuentan con esta tecnología. Se expone que, "(...) las tecnologías de identificación que actualmente se manejan son poderosas y tienen una creciente potencialidad. La huella genética y la biometría en general –de la mano, del iris, el reconocimiento de voz, la huella digital...– constituyen herramientas cada vez más fiables que proporcionan datos de fácil

16. Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, *op. cit.*, p. 8.

17. Señala el Considerando 11.: La protección efectiva de los datos personales en la Unión exige que se refuercen y especifiquen los derechos de los interesados y las obligaciones de quienes tratan y determinan el tratamiento de los datos de carácter personal, y que en los Estados miembros se reconozcan poderes equivalentes para supervisar y garantizar el cumplimiento de las normas relativas a la protección de los datos de carácter personal y las infracciones se castiguen con sanciones equivalentes. RGPD, *op. cit.*

almacenamiento y acceso, lo que conlleva que sean técnicas altamente intrusivas para la intimidad personal, ya que permiten fácilmente la disposición para usos indebidos y especialmente discriminadores” (Casado, 2014, p. 13).

En efecto, puede ser útil el almacenamiento de datos para controlar la reincidencia de los individuos condenados por un delito, pero en otros casos, probablemente causarían problemas incluso a la hora de buscar trabajo o de tomar un seguro de vida. Siguiendo a VALERIO JIMINIÁN, “(...) ello motiva en los Estados la necesidad de incentivar el uso de la prueba de ADN en los procesos de investigación penal y de almacenar los resultados en sistemas informáticos con el fin de que sean utilizados en el esclarecimiento de futuros delitos cometidos por los mismos individuos” (Valerio Jiminián, p. 24). Y es que Rusia por ejemplo se ha propuesto un registro obligatorio de los datos genéticos de migrantes laborales que provengan de países de la extinta Unión Soviética¹⁸.

Soluciones efectivas a esta expansión descrita y al uso de las nuevas tecnologías transfronterizas requieren de regulación y aplicación efectiva por parte de los Estados, pues aunque existe un importante marco normativo internacional que es bastante extenso sobre su utilización, refiriéndose a cuestiones tan importantes como los fines y sus limitaciones, si no se dictan normas internas en los Estados –al menos entre los que se comparte información personal–, se crean organismos con competencias específicas y se eduque masivamente a la población sobre la protección de datos, dando a conocer a las personas que ingresan por ejemplo a un centro de salud y simplemente prestan su consentimiento a un formulario sin leer su contenido, se seguirá con prácticas que pueden buscar el control de la libertad y privacidad de los ciudadanos por tenerlos controlados, especialmente por su información genética.

V. ESPAÑA Y EL ALMACENAMIENTO DE DATOS PERSONALES

El artículo 10 de la Constitución Española de 1978, señala “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de

18. En este sentido, “según la legislación vigente, el registro obligatorio de datos genéticos se aplica solo a personas condenadas a penas de prisión por delitos graves y todo tipo de delitos de carácter sexual. Batrikin –Presidente del Comité de Investigación de Rusia– indicó que los asuntos migratorios se regulan por un centenar de normativas, por lo que es necesario codificar la legislación migratoria. Subrayó que los servicios fronterizos y las fuerzas de seguridad deben incrementar su coordinación con el fin de llevar a cabo un control más eficaz de los procesos migratorios. Estas medidas endurecerán el control de estos procesos y permitirán poner una barrera adicional a los elementos criminales y facilitarán a la policía el esclarecimiento de los crímenes que cometan”. EFE, “Proponen en Rusia obligar a registrar los datos genéticos de los trabajadores procedentes de las antiguas repúblicas soviéticas”, *20 minutos.es*, 01.11.2021. Accesible en: <https://www.20minutos.es/noticia/4875153/0/proponen-en-rusia-obligar-a-registrar-los-datos-geneticos-de-los-trabajadores-procedentes-de-las-antiguas-republicas-sovieticas/?autoref=true>. Última consulta: 08.12.2021.

Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”¹⁹.

Confirma GONZÁLEZ CUSSAC, que, “(e)l límite que en todo Estado de Derecho viene representado por la idea de dignidad humana, y de los derechos fundamentales, no puede ni debe nunca olvidarse, orillarse o franquearse. Pero igualmente, tampoco resulta legítimo inflarlos hasta más allá de su configuración constitucional, ahogando así el desarrollo de otros intereses constitucionales, como la mejora de la salud, o el progreso científico, que indudablemente también comportan un enriquecimiento y una mayor dignificación de la personalidad humana, al contribuir a su desarrollo, y en ese sentido, a configurarla como un ser más libre” (González Cussac, p. 816).

Con este marco constitucional cabe relacionar el delicado tema de cesión de datos –biológicos– al Estado. Y es que en principio el consentimiento de una persona en la cesión de la información genética para ser almacenada en una plataforma informática es la que otorga la entrada a un mundo lleno de opciones para el control individual por parte de la Administración. Sin embargo, esto debería tener unos matices, pues utilizar como argumento que la custodia de los datos genéticos se debe a razones de interés público y seguridad nacional como medida de carácter excepcional, no siempre es de toda lógica jurídica, especialmente porque se encuentra el amparo a nivel constitucional, tanto de los derechos inviolables que le son inherentes a toda persona así como también el libre desarrollo de su personalidad. Con razón expone CASADO, “(e)s constatable que en el momento histórico actual resurgen la antes llamada ‘razón de Estado’ y las legislaciones ‘de emergencia’ ya que con la invocación de la lucha contra el terrorismo y los grandes delitos se pueden invadir y menoscabar derechos antes conseguidos y considerados intangibles más fácilmente” (Casado, p. 22).

El Esquema Nacional de Seguridad, cuyo origen se encuentra en la Ley 11/2007²⁰, sirve para dar paso al cambio de una Administración presencial y en formato físico a uno completamente digital, siendo entonces una de las maneras de cooperación en la protección de datos personales en España. Así también, resume este esquema RODRÍGUEZ AYUSO, que “(...) se halla integrado por el conjunto de principios básicos y requisitos mínimos exigidos de cara a la consecución óptima de una protección de la información, siendo de aplicación por parte de las Administraciones públicas. Su finalidad reside en la configuración de un marco de confianza que permita el empleo de sistemas electrónicos, a través de medidas que garanticen la seguridad de estos medios y de los datos, las comunicaciones y los servicios empleados (...)” (Rodríguez Ayuso, 2020, p. 624).

La Ley Orgánica 15/2003²¹, autoriza el uso de las pruebas de ADN a partir de muestras biológicas para fines de investigaciones penales, siendo cuidadosa de establecer

19. Y se debe vincular al artículo 18.: 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...). 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

20. Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2007.

21. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2003.

los requisitos necesarios para regular y manejar la información en una base de datos. Y es la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN²², la que otorga de una manera más seria y efectiva las temáticas que podrían ser de dudosa legalidad o irrespetuosas con los derechos humanos²³. Y, además, el artículo 129 *bis* del Código Penal, establece como consecuencias accesorias del delito la conservación del ADN en aras de búsqueda rápida y efectiva de los reincidentes en actividades delictivas²⁴.

Pero claro, a pesar del marco jurídico descrito, es discutible el tiempo de duración que tiene el almacenamiento de datos en plataformas informáticas porque no otorga una completa certeza jurídica y por eso entonces quizás el legislador debiese concretar mejor los tiempos²⁵. Al contrario, en Alemania el plazo máximo de conservación de los

22. Ley Orgánica 10/2007, *op. cit.*

23. Artículo 3. Tipos de identificadores obtenidos a partir del ADN incluidos en la base de datos policial.

1. Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:

a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados.

b) Los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento.

2. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.

24. Artículo 129 *bis*. Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

25. Artículo 9. Cancelación, rectificación y acceso a los datos.

1. La conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos objeto de esta Ley no superará:

El tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito.

datos es de diez años, en Bélgica no puede superarse los treinta. Por el contrario, en Reino Unido es indefinido. Y aunque no es momento de detenerse en temas procesales, sí cabe mencionar que el consentimiento será clave en torno a la toma de muestras biológicas y posterior extracción del perfil genético siguiendo el art. 520.6 letra c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VI. CONCLUSIONES

1. El siglo XXI es testigo de un sinnúmero de cambios a nivel global en todos los aspectos. En la sociedad de riesgos en que nos encontramos existen avances tecnológicos cada vez más sofisticados que no hacen más que mostrar un mundo que no deja de progresar, pero que no estaba listo para enfrentar a problemas tan graves como la pandemia por coronavirus que está azotando el planeta desde comienzos del 2020.
2. Nuevas formas delictivas acompañan este siglo, así por ejemplo, el cibercrimen se encuentra por el acceso a internet que en general está disponible a cualquier persona. Pero también, gracias al uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones, la expansión de la bio-delincuencia acarrea una preocupante comisión de delitos biológicos producto de la manipulación de células y clonaciones cada vez más fuera de control, pero también por científicos y *biohackers* que realizan experimentos sin prohibiciones estatales efectivas.
3. Las ciencias han hecho importantes aportes a la humanidad, encontrando soluciones a enfermedades o taras que tenían difícil tratamiento o que no lo tenían

El tiempo señalado en la ley para la cancelación de antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario.

En todo caso se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas en el epígrafe anterior, una vez que sean firmes dichas resoluciones. En el caso de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito.

En los supuestos en que en la base de datos existiesen diversas inscripciones de una misma persona, correspondientes a diversos delitos, los datos y patrones identificativos inscritos se mantendrán hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio.

2. Los datos pertenecientes a personas fallecidas se cancelarán una vez el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento. En los supuestos contemplados en el artículo 3.1 b), los datos inscritos no se cancelarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos.

3. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en relación con la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN se podrá efectuar en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo.

4. Los identificadores obtenidos a partir del ADN respecto de los que se desconozca la identidad de la persona a la que corresponden, permanecerán inscritos en tanto se mantenga dicho anonimato. Una vez identificados, se aplicará lo dispuesto en este artículo a efectos de su cancelación.

- causando la muerte. También han significado una mejora de la calidad de vida en las personas. Lo preocupante se produce cuando se traspasan las fronteras de lo ético y jurídicamente aceptado por la sociedad. Por ejemplo, la manipulación de células de seres vivos ha causado problemas importantes a nivel mundial, y en el caso del ser humano, a futuro puede acarrear incluso efectos secundarios o la muerte; es importante proteger y cuidar el patrimonio genético de la humanidad.
4. España se adhiere a todos los documentos internacionales relativos a la genética y el genoma humano, cumpliendo así los parámetros jurídicos necesarios para considerar que es un país serio en la materia, y que además éticamente cumple los postulados primordiales para no afectar al ser humano. Así, el Derecho Penal español protege el patrimonio genético, y tiene un adecuado tratamiento a distintas posibilidades de sanción a quienes practiquen la ingeniería genética. Por ejemplo, se contempla la sanción de manipulación celular y clonación de seres humanos.
 5. Por ahora en España existe un control efectivo de los centros habilitados para trabajar con la genética dentro de los parámetros legales, existiendo un control riguroso y cumplimiento de las normas nacionales e internacionales. Sin embargo, el *kit* "The Odin" del norteamericano excientífico de la NASA, se puede adquirir por internet a un precio razonable en cualquier parte del mundo. En Alemania, ya está prohibido y es castigado como delito. Sería oportuno que se siga esta línea, pues en un futuro no muy lejano gracias a la expansión de estas actividades delictivas que buscan manipular células pueden transformarse en herramientas peligrosas.
 6. Respecto a la cooperación transfronteriza se estima oportuna esa fluida comunicación entre los Estados y organismos tan importantes como INTERPOL. Ello porque la persecución penal de quienes están detrás de actividades delictivas merece de castigos oportunos y efectivos. Sin embargo, ello no puede significar que los datos genéticos de una persona –haya sido declarada culpable o absuelta– en un proceso penal, sean custodiados indefinidamente por las autoridades, principalmente por la eventual vulneración a derechos humanos tan importantes como la protección de la privacidad de las personas.
 7. Sería oportuna una educación preventiva sobre la protección de datos a toda la sociedad. Así como en los últimos tiempos se ha incrementado la enseñanza de la ciberseguridad a causa del uso masivo de internet por todas las personas, también en materia de protección de datos personales y especialmente genéticos, deben ser conocidos por cualquier persona, pues, la simple lectura de formularios en que las personas marcan la casilla para su cesión o sin siquiera leerlo, abren la puerta a peligrosas herramientas que además no tienen un plazo de prescripción.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

- ATIENZA MACÍAS, E. (2018). "Big data y medicina personalizada. Oportunidades para el sistema sanitario en relación con el envejecimiento de la población", en *Revista Envelhecimento*, Lisboa.
- ATIENZA MACÍAS, E. (2014). "Implicaciones ético-jurídicas de las intervenciones de mejora en el ámbito deportivo. Especial consideración del llamado 'dopaje genético'", en ROMEO CASABONA, C. (dir.), *Revista de Derecho y Genoma Humano. Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano*, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco UPV/EHU, Bilbao.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. (1997). *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, editorial Edersa, Madrid.
- CASADO, M. (2014). "Reflexiones bioético-jurídicas sobre el uso de muestras, perfiles, datos y bancos de ADN", en CASADO, M. / GUILLÉN, M. (dirs.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Publicacions i Edicions de la Universidad de Barcelona, Barcelona.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. (1996). "Título V. De la manipulación genética", en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A. (2021). "Dopaje deportivo. El pasaporte biológico del atleta", en Silvia VERDUGO GUZMÁN (dir.), *Tratado de Derecho Deportivo*, editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- HERRERA MORENO, M. (2019). "Lección 7.ª Delitos relativos a la manipulación genética", en POLAINO NAVARRETE, M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Tomo I, editorial Tecnos, Madrid.
- JAKOBS, G. (1996). *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. de CANCIO MELIÁ, M., editorial Civitas, Madrid.
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L. (2012). "Deportistas tecnológicamente modificados y los desafíos al deporte", en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, Universidad de Barcelona, Barcelona.
- PIÑA ROCHEFORT, J. (2005). *Rol social y sistema de imputación, una aproximación a la función del derecho penal*, J.M. Bosch, Barcelona.
- POLAINO NAVARRETE, M. (2013). *Lecciones de Derecho penal. Parte general.*, t. II, Tecnos, Madrid.
- RECUERO LINARES, M. (2019). "Transferencias internacionales de datos genéticos y datos de salud con fines de investigación", ROMEO CASABONA, C. (dir.), *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, editorial Dykinson, Madrid.
- RODRÍGUEZ AYUSO, J. (2020). "Integridad, disponibilidad y confidencialidad de la información", en ATIENZA MACÍAS, E. / RODRÍGUEZ AYUSO, J. (dirs.), *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, editorial Wolters Kluwer, Madrid.
- ROMEO CASABONA, C. (1996). "Las investigaciones sobre el genoma humano y sus implicaciones para el Derecho: la intervención del Derecho Penal", en ROMEO CASABONA, C. (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, editorial Comares, Granada.
- ROMEO CASABONA, C. (2000). "Bienes jurídicos implicados en la clonación", en *Revista de Derecho y Ciencias penales: Ciencias sociales y Políticas*, edit. Universidad San Sebastián, Santiago de Chile.
- ROMEO CASABONA, C. (2002). *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.

- ROMEO MALANDA, S. (2006). *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, Bilbao-Granada.
- VALERIO JIMINIÁN, M. (2019). *Registros de ADN y prevención del delito*, editorial Atelier, Barcelona.
- VERDUGO GUZMÁN, S. (2020). "Expansión del Cibercrimen. Las ciberestafas, ataques informáticos, secuestros de información y rescates con criptomonedas, a propósito del COVID-19", en ATIENZA MACÍAS, E. / RODRÍGUEZ AYUSO, J. (dirs.), *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, editorial Wolters Kluwer, Madrid.

2. Legislación

Constitución Política de la Monarquía Española de 1978.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2003. Aunque la originaria regulación se encuentra en la Ley 35/1988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos.

Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2007.

Ley Orgánica 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

3. Documentos

Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos OCDE, París, 2002 (resumen de las Directrices de 1980).

EFE, "La policía china usa gafas con reconocimiento facial para identificar a sospechosos". *El País*, 8 de febrero de 2018. Accesible en: https://elpais.com/internacional/2018-/02/07/mundo_glo-bal/1518007737_209089.html. Última consulta: 08.12.2021.

EFE, "Proponen en Rusia obligar a registrar los datos genéticos de los trabajadores procedentes de las antiguas repúblicas soviéticas", *20 minutos.es*, 01.11.2021. Accesible en: <https://www.20minutos.es/noticia/4875153/0/proponen-en-rusia-obligar-a-registrar-los-datos-geneticos-de-los-trabajadores-procedentes-de-las-antiguas-republicas-sovieticas/?autoref=true>. Última consulta: 08.12.2021.

INTERPOL, "ADN". Accesible en: <https://www.interpol.int/es/Como-trabajamos/Policia-cientifica/ADN>. Última consulta: 08.12.2021.

Recomendaciones para la creación de una base de datos nacional sobre ADN, INTERPOL, 01.01.2015.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE, L 119/1, 04/05/2016.



Una primera aproximación al uso de la Inteligencia Artificial como apoyo en el proceso legislativo

A PRELIMINARY APPROACH TO THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A SUPPORT FOR THE LEGISLATIVE PROCESS

Natalia Malo Peces

Universidad de Cádiz

natalia.malopeces@alum.uca.es 0000-0002-8530-9503

Recibido: 11 de diciembre de 2021 | Aceptado: 19 de diciembre de 2021

RESUMEN

El presente estudio contiene algunos comentarios preliminares sobre la posibilidad de aplicar la Inteligencia Artificial a procesos como la producción de normas en el seno del Parlamento Español. A tal fin, se abordan ciertos temas de carácter iusfilosófico como la racionalidad del proceso legislativo o el derecho político. También se aporta una base fáctica a través de estadísticas sobre los distintos tipos de iniciativas legislativas y sus posibilidades de éxito. La crítica realizada plantea que el correcto uso de bases de datos puede proporcionar informes contextuales o referenciales que faciliten el control y seguimiento de la actividad parlamentaria. El uso de tales sistemas no sólo podría ser una fuente de apoyo jurídico, sino de evaluación profesional de los representantes parlamentarios. Se trata de una herramienta con un alto potencial para redirigir el flujo de la política española hacia cauces más eficientes.

ABSTRACT

This study contains some preliminary comments on the possibility of applying Artificial Intelligence to processes such as the production of rules within the Spanish Parliament. To this end, certain issues of a legal-philosophical nature are addressed, such as the rationality of the legislative process or political law. A factual basis is also provided through statistics on the different types of legislative initiatives and their chances of success.

The critique is that the proper use of databases can provide contextual or referential reports that facilitate the control and monitoring of parliamentary activity. The use of such systems could not only be a source of legal support, but also of professional evaluation of parliamentary representatives. It is a tool with a high potential to redirect the flow of Spanish politics towards more efficient channels.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia Artificial
Parlamento
Racionalidad
Legislación
Control Legislativo
Racionalidad Legislativa.

KEYWORDS

Artificial Intelligence
Parliament
Rationality
Legislation
Legislative Control
Legislative Rationality.

I. INTRODUCCIÓN

Los grados de certidumbre alcanzables por las distintas ciencias son dispares (Aristóteles, 2014); es evidente que la capacidad de cuantificación de las ciencias sociales no es comparable a la de la física, por ejemplo. No obstante, en ambos campos los expertos ya son conscientes de que únicamente podrán aproximarse a verdades probabilísticas^{1,2}. Y es que la epistemología ya acepta que la plena exactitud, entendida como la absoluta inmutabilidad y certidumbre, es inalcanzable. Incluso cuando se emplea el razonamiento lógico de las matemáticas, prototipo de precisión, para representar o explicar una realidad, pueden llegar a aparecer ciertos límites en forma de proposiciones aritméticas indecidibles que denotan incompletud (Vgr. Gutiérrez, C. 1999).

Las humanidades a menudo reciben el calificativo de inconsistentes, quizás por la falta de predictibilidad y mensurabilidad de sus variables, especialmente las de origen sociológico³. Su propia idiosincrasia a menudo impide la elaboración de axiomas sin caer en el recursismo y el método científico se antoja en ocasiones inaplicable⁴.

Ello no debería de desmerecer a las ciencias sociales como categoría técnica⁵, en ningún caso. Ha de insistirse en la idea del principio; los diferentes tipos de conocimiento implican distintos tipos de saber (Aristóteles, 2014) y los disentimientos entre las ciencias formales y las humanas no tienen significación más allá de la materia que les da razón. De hecho, si se entiende que el conjunto de conocimientos constituye una realidad isomórfica, podría defenderse la postura de la interdisciplinariedad sin discontinuidades entre las distintas ciencias, tal y como sostiene Piaget (Varela, B. & Ferro, L., 1979).

Es posible que la aplicación de la informática a las materias sociales sea una prueba de la conexidad y compatibilidad de estas áreas de conocimiento. Si bien podría pensarse

1. En las ciencias formales, las revoluciones relativista y cuántica (principio de incertidumbre de Heisenberg) llevaron a aceptar este postulado; en las ciencias sociales, Popper y Kuhn.

2. En mecánica cuántica, el principio de incertidumbre de Heisenberg afirma que ciertos pares de variables dinámicas no pueden conocerse con absoluta precisión. A título ilustrativo, el físico alemán indica que las variables dinámicas se definen de manera operacional, en el marco del procedimiento experimental en el que son medidas, lo que hace que determinados pares de magnitudes se vean perturbados por el mero hecho de realizar las medidas. Léase a Medina Rivera, C. S. (2011). *El indeterminismo y el principio de incertidumbre de Heisenberg*. Editorial de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México.

3. *Homo sum, humani nihil a me alienum puto*, tal y como se cita en De Unamuno, M. (1983). *Del sentimiento trágico de la vida*. Ediciones AKAL. P. 45.

4. Para muchos autores, esto es un síntoma acientífico; William James expresaba, a finales del siglo XIX: "Una serie de meros hechos, pequeños diálogos y altercados sobre opiniones; parcas clasificaciones y generalizaciones en un plano meramente descriptivo... Pero ni una sola ley como la que nos proporciona la física; ni una sola proposición de la cual pueda deducirse casualmente consecuencia alguna... Esto no es ciencia, es solamente un proyecto de ciencia", tal y como se cita en Brett, G. S. *Historia de la psicología*. Editorial Paidós. Buenos Aires, 1963.

5. En los últimos años se ha venido empleando cada vez más el término "consiliencia" (del inglés, consilience), que se atribuye comúnmente a Whewell, W. (1840) en *La filosofía de las ciencias inductivas*. Cambridge Library Collection. Hace referencia a la existencia de un único marco del entendimiento, como una especie de "sinergia epifenómica" que requiere del uso conjunto de ciencias sociales y formales para comprenderse.

que la inconcreción de las humanidades dificultaría la traducción de la realidad social al lenguaje matemático, el trabajo de la comunidad científica en las últimas décadas ha desafiado al escepticismo y ha logrado optimizar procesos legales (con naturales a aspectos conductuales, éticos y, en definitiva, ideales) como el asesoramiento en el enjuiciamiento⁶. Claro está, existen aún amplios márgenes de mejora, pero las estadísticas⁷ constatan un progreso indiscutible que apunta a una más que probable revolución y tecnificación del Derecho.

A título enunciativo, podrían citarse la traducción jurídica asistida o el ya mencionado apoyo al enjuiciamiento como ejemplos de aplicaciones de la inteligencia artificial al campo del derecho.

La cadencia de los avances de la inteligencia artificial en las ciencias sociales, así como el interés del debate académico incitan a la exploración de nuevas aplicaciones de esta rama de la informática. Este es precisamente el objeto del presente escrito, que se centrará en realizar un primer acercamiento a la viabilidad de la sistematización y tecnificación⁸ del proceso legislativo español.

A tal efecto, se harán algunos breves comentarios sobre la racionalidad decisoria y técnica del proceso legislativo ordinario español, intentando identificar potenciales problemas y enunciando algunas posibles soluciones a través del régimen matemático. Nótese que el objeto de este escrito no es hallar una solución definitiva al problema decisorio del Parlamento, ni articular un sistema completo que permita hacerlo. Este documento es de carácter puramente preliminar, puesto que se pretende profundizar sobre la cuestión más adelante en estudios posteriores.

II. LA RACIONALIDAD DECISORIA Y EL PROCESO LEGISLATIVO ORDINARIO ESPAÑOL

¿Cómo saber si una ley se ajusta a razón?

Una interpretación extensiva del concepto de razón aprueba que algo será racional cuando se ajusta a su fin. En consecuencia, habrá tantos tipos de racionalidad como fines existentes, lo cual supone una brutal dispersión conceptual para nuestro objeto de estudio.

El fin o, en definitiva, la esencia de la ley se remonta a grandes debates doctrinales que existen desde la Grecia Clásica. No merece la pena detenerse ahora en ellos por cuestiones de temática y espacio, pero sí mencionar que las contraposiciones entre el

6. Como ejemplo pueden citarse los sistemas de Prometea, COMPAS, VICTOR, Expertius y PRISMA. Proporcionan diferentes tipos de apoyo técnico en el enjuiciamiento en distintos países.

7. Pueden consultarse los datos estadísticos de los sistemas citados en cada una de sus páginas oficiales.

8. Entiéndase según la acepción de Habermas de su racionalización y homogeneización. Pueden leerse algunos apuntes interesantes al respecto en Carabante, J. M. (2010). El derecho: ¿objeto tecnificado o medio de tecnificación? La dualidad del proceso de racionalización jurídica en la obra de J. Habermas. *Revista Persona y Derecho*, (62) 59-79.

ius naturalismo e ius positivismo pueden ser eludidas si se comprende el Derecho como una realidad multifacética o hilemórfica en un sentido aristotélico (Aristóteles, 2014). En términos simples, podría admitirse que existe un núcleo moral en toda norma que necesita hacerse presente y efectivo a través de requisitos formales y fácticos como la publicidad, el respaldo coercitivo y la coherencia.

Bajo estas premisas, el complejo entramado que conforma los marcos legales impone una serie de consideraciones competenciales, jerárquicas y éticas que deben concordar con la norma. Es difícil (y en ocasiones, poco recomendable) desvincular el plano teórico-abstracto del práctico-concreto, lo que dificulta la identificación de principios metafísicos del derecho. Grandes preguntas de la teoría del derecho como *qué es la ley* o *qué debe ser la ley* sólo pueden encontrar respuestas aproximadas. En suma, resulta bastante complicado poder determinar de forma taxativa qué es una ley racional, más si se estiman los distintos enfoques teóricos que pueden dársele.

El catedrático Francisco Laporta sintetiza las posturas en tres tipos de consideraciones sobre el fin de la norma, que se tomarán como referencia en este trabajo:

- a) Si se entiende que la ley será tal si es correcta a la luz de la Constitución, además de ser un axioma recursivo, resulta un argumento poco robusto; la ley suprema está sujeta a las matizaciones del Tribunal Constitucional, que hacen variar su significación a través de la mutación constitucional (Laporta, F.J., 1999).
- b) Si se entiende que la ley es la expresión de la voluntad general (racionalidad decisoria), hablamos de una realidad inalcanzable a través de nuestro sistema actual⁹. Los representantes parlamentarios no se basan en las peticiones del pueblo para impulsar nuevas leyes; de hecho, el pueblo cuenta con sus propias vías para ello (aunque las estadísticas constatan que es un medio poco aprovechado¹⁰). No sólo se han roto las vías comunicativas entre los ciudadanos y los representantes, sino que resulta ciertamente difícil encontrar la justificación u origen de la propuesta y proyección de las leyes.
- c) Si se entiende que la ley es la expresión de la razón, debemos entrar en reflexiones morales de difícil concreción, que acaban por darse por imposibles justificándolo con un relativismo insulso (Cotta, S., 1982). No debería considerarse una idea descabellada pensar remotamente en la existencia de unos mínimos éticos, pero alcanzar un consenso sobre su concreción sí que resulta un planteamiento espinoso.

Como toda realidad humana, la ley es compleja y depende de la conjugación de muchos factores de diversa naturaleza.

9. De interés, Arrow y Condorcet en Arrow, K. J. (2014). *The origins of the impossibility theorem* Columbia University Press, (pp.143-148) y De Condorcet, N. (2014). *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Cambridge University Press., respectivamente.

10. Pueden consultarse los datos en el portal oficial de la Junta Electoral Central; <http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/ilp/legislaturas>.

Ontológicamente, el objeto de la ley en última instancia podría identificarse con la regulación satisfactoria de las relaciones entre personas que forman parte de una comunidad (ídem), y ello pasa forzosamente por tomar cuenta de las necesidades de las partes intervinientes. Estas necesidades pueden manifestarse a demanda por los miembros de la comunidad¹¹ o a través de estudios fenomenológicos y sociológicos con una base estadística, por lo que no obedece necesariamente a una expresión de voluntad general.

Una ley contraria a la razón, según estas máximas, sería aquella que no responde a las necesidades de la comunidad y en consecuencia no consigue regular las relaciones humanas de forma propicia. Las normas destructivas o manifiestamente injustas no serán esencialmente leyes, por ser irracionales. Podría advertirse aquí una cierta correlación entre la racionalidad y la compatibilidad con la justicia, por lo que se intuye que efectivamente hay cabida a ciertos mínimos éticos. Es en este punto en el que se plantea si el proceso legislativo ordinario español podría considerarse racional¹², desde la perspectiva de los criterios apuntados.

Si se entiende que el fin de la actividad parlamentaria es la elaboración de leyes que regulen adecuadamente las relaciones humanas, para saber si el proceso se ajusta a su fin, habrá que valorar si en efecto consigue su propósito. Ello pasa por el estudio del sistema, así como de los integrantes del mismo, su actividad y los resultados de la misma. Pero no deja de ser difícil emitir un juicio de valor sobre una cuestión que está íntimamente ligada a razones ideológicas.

Claro está, surgen aquí dilemas sin una salida clara como el problema de la representación en un sentido Rousseauiano (Rousseau, J.J., 2004), el consenso sobre lo que es adecuado o inadecuado o la aquiescencia de los votantes en lo realmente prioritario. En suma, hablamos de una cuantiosa variedad de variables que deben examinarse en conjunto, contrastándose con datos históricos y culturales. Pese a que sería interesante intentar el mayor rigor posible, las limitaciones que presenta el formato de este estudio obligan a ceñirnos a variables holísticas.

1. Algunas apreciaciones estadísticas

A continuación, se procederá a realizar un análisis bidimensional; ad-intra, en atención a la aprobación de iniciativas legislativas en el Parlamento Español desde la primera legislatura (1979) hasta la actualidad (diciembre de 2021), ad-extra con respecto a la opinión pública, cumplimiento de promesas electorales y percepción de la corrupción.

11. Sobre los votantes y su capacidad de elección dedica Mill, J.S. varios capítulos en (2016) *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid.

12. La racionalidad admite graduaciones, pero en el caso particular de la norma, no. Tal y como sostiene Dworkin: "Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision" (Dworkin, R.M., (1977). *The Model of Rules I. The University of Chicago Law Review* (35, 1) 14-45, <https://doi.org/10.2307/1598947>). Por tanto, la ponderación de la razón en la producción normativa quedará ajustada a la racionalidad del producto final.

A) Análisis ad-intra

Para la primera cuestión se ha confeccionado la siguiente tabla, utilizando los datos recabados en las páginas oficiales de la Junta Electoral Central, Congreso de los Diputados y el Senado¹³.

Nótese que la actividad parlamentaria es dinámica y en el momento de redacción de este documento existen iniciativas legislativas que se encuentran en fase de tramitación, deliberación o enmienda.

En el conteo de las iniciativas aprobadas se han tomado en consideración tanto aquellas que han sido aprobadas íntegramente, las aprobadas con modificaciones y las subsumidas en otras iniciativas. Para las propuestas, se han incorporado las iniciativas retiradas, rechazadas, caducadas, decaídas e inadmitidas. En consecuencia, no puede proclamarse una absoluta exactitud de los datos dispuestos y se admite un cierto margen de error.

Asimismo, el gobierno de coalición de la XIV Legislatura ha sido incluido en el conteo del Partido Socialista Obrero Español. El tiempo en el gobierno, así como el grado de participación en la actividad parlamentaria en el seno del poder ejecutivo por parte de Unidas Podemos no son suficientes como para poder obtener una relación de datos fehaciente si se contrasta con el Partido Popular o la Unión de Centro Democrático.

Es necesario señalar que el objetivo perseguido con esta exposición de datos es mostrar una visión conjunta de la actividad legislativa. Para una reproducción exacta o con un margen de error inferior a 1, se recomienda recurrir a las páginas oficiales de las instituciones mencionadas al inicio de esta sección.

Tabla 1. Tipos de iniciativa legislativa por legislatura.

LEGISLATURA	PARTIDO	AÑO	INICIATIVAS LEGISLATIVAS					
			ILP		Proy. Ley		Prop. Ley	
			Pro.	Apr.	Pro.	Apr.	Pro.	Apr.
I	UCD	1979-1982	0	0	347	137	216	38
II	PSOE	1982-1986	3	0	209	187	128	20
III	PSOE	1986-1989	2	0	125	108	160	12
IV	PSOE	1989-1993	7	0	137	109	180	18
V	PSOE	1993-1996	6	0	130	112	162	23
VI	PP	1996-2000	11	1	192	173	328	37
VII	PP	2000-2004	13	0	175	173	369	19
VIII	PSOE	2004-2008	13	0	152	126	295	21
IX	PSOE	2008-2011	23	0	147	110	330	20
X	PP	2011-2016	37	2	163	127	237	6
XI	PP	2016-2016	7	0	0	0	43	0

13. Pueden consultarse en Congreso de los Diputados, <https://www.congreso.es/>, Senado de España <https://www.senado.es/> y <http://www.juntaelectoralcentral.es>, respectivamente.

LEGISLATURA	PARTIDO	AÑO	INICIATIVAS LEGISLATIVAS					
			ILP		Proy. Ley		Prop. Ley	
			Pro.	Apr.	Pro.	Apr.	Pro.	Apr.
XII	PP / PSOE	2016-2019	20	0	49	18	376	23
XIII	PSOE	2019-2019	8	0	1	0	72	0
XIV	PSOE- Podemos	2019-presente ^{14*}	28	0	74	31	210	7
Total			178	3	1901	1411	3106	244
Índice de aprobación**			1,685		74,224		7,856	

ILP = Iniciativa Legislativa Popular
Proy. Ley = Proyectos de Ley
Prop. Ley = Proposiciones de Ley
Pro. = Iniciativas Propuestas
Apr. = Iniciativas Aprobadas
UCD = Unión de Centro Democrático
PSOE = Partido Socialista Obrero Español
PP = Partido Popular

Una breve visual a los datos recogidos permite apreciar que el tipo de iniciativa legislativa con mayores probabilidades de éxito es el proyecto de ley, mientras que la iniciativa legislativa popular es la menos exitosa. A título anecdótico, cabe mencionar que todas las propuestas presentadas y aprobadas por este medio se aprobaron durante el gobierno del Partido Popular, y fueron las siguientes¹⁵:

- Ley aprobada por iniciativa popular; Proposición de Ley para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural. (corresponde al número de expediente 120/000012/0000 de la IX Legislatura). Fue presentado el 13/12/2011, calificado el 21/12/2011.
- Propuesta subsumida en otra iniciativa; Proposición de Ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social (corresponde al número de expediente 120/000019/0000 de la IX Legislatura). Fue presentada el 13/12/2011, calificada el 21/12/2011.
- Propuesta subsumida en otra iniciativa; Proposición de Ley sobre reclamación de deudas comunitarias (corresponde al número de expediente 120/000006/0000 de la V Legislatura). Presentada el 27/06/1996, calificada el 27/06/1996.

14. *Los datos han sido actualizados hasta el 9 de diciembre de 2021.

**Obtenido del cociente entre el total de Iniciativas Aprobadas e Iniciativas Propuestas en cada tipo de iniciativa legislativa.

15. Datos obtenidos de la Página Oficial del Congreso de los Diputados.

En cuanto a las disparidades entre las Proposiciones y Proyectos de Ley, la diferencia del volumen de actividad entre la oposición y el gobierno es muy notable, especialmente en el período comprendido entre la VI y X legislatura.

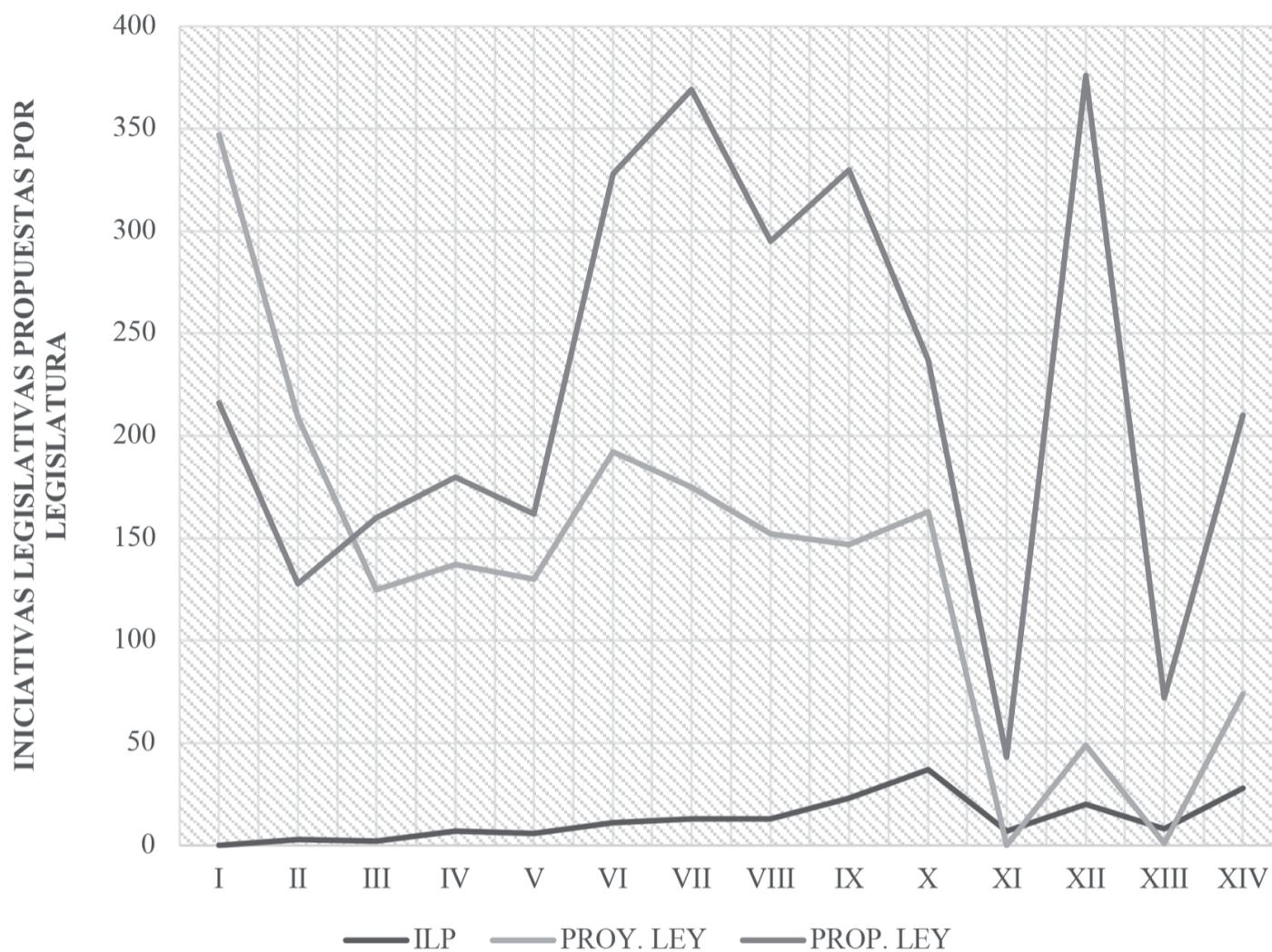


Figura 1.

No obstante, los niveles de producción de iniciativas contrastan radicalmente con los niveles de aprobación por iniciativa.

Las iniciativas presentadas por el gobierno tienen un 74,22% de posibilidades de prosperar, mientras que el porcentaje de aprobación de la oposición se sitúa en un 8%.

Esta tendencia se mantiene de forma relativamente uniforme entre los partidos actuales que han accedido al gobierno (Partido Socialista Obrero Español y Partido Popular), tal y como se deduce de los índices de la tabla 2.

Resulta evidente que la vía del consenso no es la primera opción en la mecánica habitual del Parlamento Español. No en vano ha existido un único gobierno de coalición en 40 años de democracia, mientras que esta fórmula es asidua en la mayoría de países europeos; en el año 2020, un 73% del continente estaba gobernado por coaliciones¹⁶.

16. Sevillano Pires, L. & VV.AA. (7 de enero de 2020), *Europa, un continente de coaliciones más allá de España*, El País. <https://elpais.com/especiales/2020/europa-un-continente-de-coalicciones/>

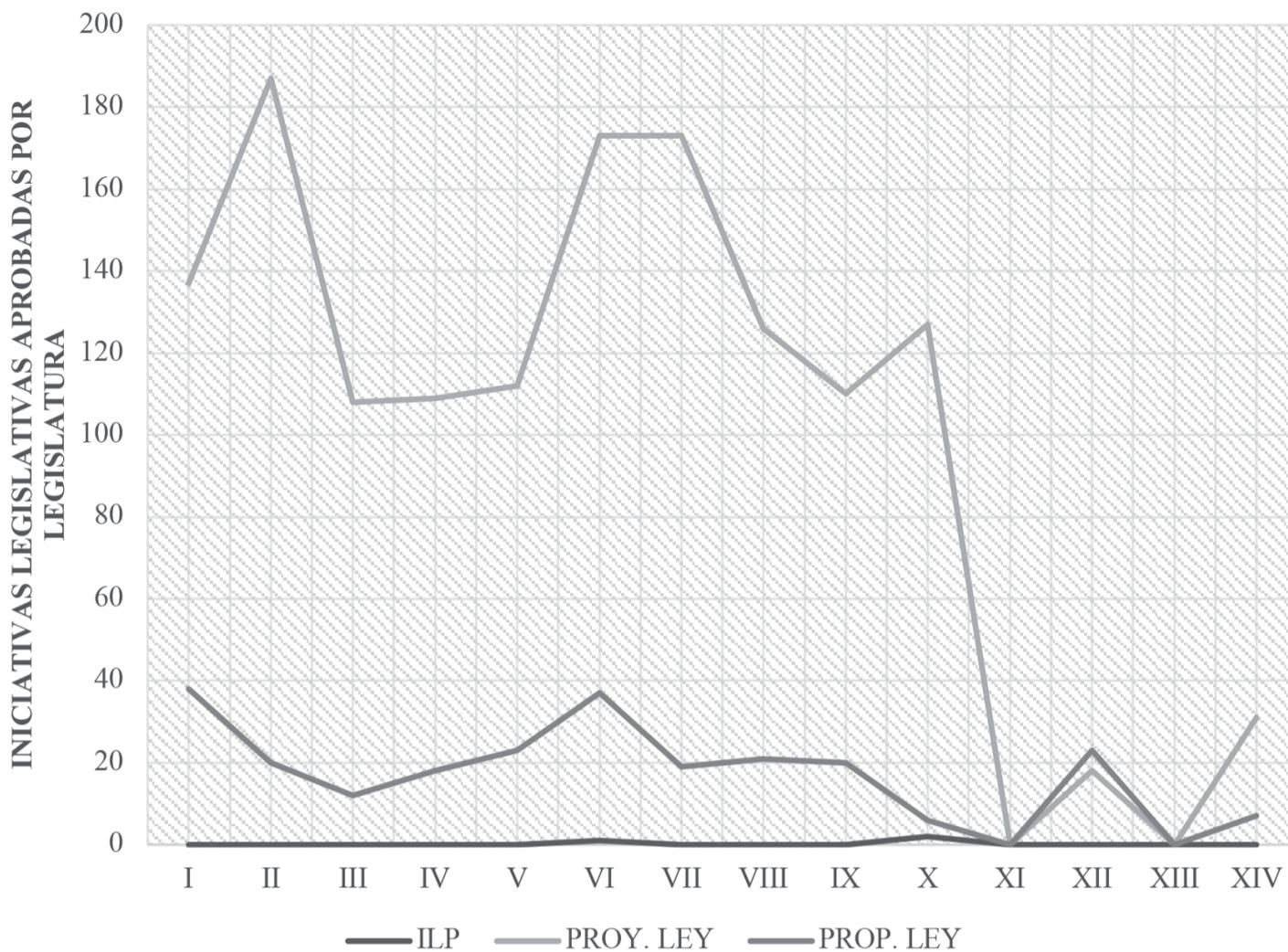


Figura 2.

Tabla 2.

INICIATIVA LEGISLATIVA	UCD	PP	PSOE
Índice de aprobación PROY. LEY*	39,48126801	86,902655	79,171
Índice de aprobación PROP. LEY**	17,59259259	6,2660944	7,7101
Índice de aprobación ILP***17	Sin ILP	3,8461538	0

PARTIDO EN EL GOBIERNO	Nº LEGISLATURAS	PROY. LEY		PROP. LEY		ILP	
		APR.	PRO.	APR.	PRO.	APR.	PRO.
UCD	1,0	137	347	38	216	0	0
PSOE	8,5	783	989	133	1725	0	100
PP	4,5	491	565	73	1165	3	78
Total	14,0	1411	1901	244	3106	3	178

17. *Obtenido del cociente entre el número de Proyectos de Ley aprobados y el número de propuestas recibidas.

** Obtenido del cociente entre el número de Proposiciones de Ley aprobadas y el número de propuestas recibidas.

*** Obtenido del cociente entre el número de Iniciativas Legislativas Populares aprobadas y el número de propuestas recibidas.

Algunos teóricos han tratado ya la cuestión de la permeabilidad entre los poderes del Estado (Echevarría, J.J.S., 1981), por lo que unos índices de aprobación de proyectos de ley tan elevados no representan ninguna primicia, ni mucho menos. Lo que sí pudiera resultar más chocante sería la contraposición con el índice de aprobación de la oposición, que parece sufrir un bloqueo sistemático.

Una diferencia porcentual tan pronunciada suscita dudas de si realmente el debate parlamentario desempeña un papel decisivo en la producción de normas; hay por cada proposición de ley aprobada, casi 6 proyectos de ley. Por el momento, habrá que admitir que los grupos parlamentarios que no se encuentran en el gobierno tienen poco que hacer.

Pudiera ser que la verdadera importancia de la oposición resida en el momento de su llegada al poder; la presentación de nuevas perspectivas airearía el panorama político y compensaría las posibles carencias del gobierno de la anterior legislatura.

Para confirmar esta hipótesis, sería deseable contrastar las gráficas hasta aquí expuestas con una compilación de datos que ilustrase en qué materias se ha centrado la actividad legislativa y hasta qué punto han supuesto un cambio sustancial de la regulación. Pero estas son cuestiones que no pueden analizarse en términos generales, sino específicos. Cada materia a regular tiene sus propias particularidades, que son inseparables de acontecimientos histórico-sociales y las oscilaciones económicas.

Si se revisa la tabla de la página siguiente, puede comprobarse que tres causas fundamentales del Estado de Bienestar como la sanidad, la educación y la seguridad social presentan magnitudes diferentes, así como desviaciones drásticamente desiguales.

La prensa nacional e internacional a menudo califica la sanidad española como una de las mejores del mundo^{18,19}. En general, podría decirse que existe conformidad con respecto a la eficiencia del sistema sanitario entre los parlamentarios españoles y no suscita mayor polémica. En contraposición, la educación ha sido sujeta a reformas continuas objeto de crítica tanto por la oposición parlamentaria como la opinión popular. Evidentemente, ello ha tenido un impacto directo en el rendimiento académico español, tal y como sugieren diversos informes de expertos²⁰ (tabla 3).

En definitiva, podrá comprobarse la eficiencia de los partidos tras su acceso al gobierno a través de estudios exhaustivos de difícil desarrollo. Por el momento no puede sino intuirse que, al menos en ciertas cuestiones que tienden a ser especialmente controvertidas, se ha conformado una tendencia a la reforma, como ocurre en educación o en materia penal. Si se confirmase la espiral destructiva-reconstructiva que lleva a los partidos a deshacer lo creado por sus adversarios durante su legislatura para después restaurarlo conforme a sus propios intereses, estaríamos ante otro posible indicio de un sistema ineficaz.

18. Health Consumer Powerhouse, (2018) *2018 European Health Consumer Index Health Consumer Powerhouse*, recuperado de <https://healthpowerhouse.com/media/EHCI-2018/EHCI-2018-report.pdf>

19. Wendt, C. & VV.AA. (1 April 2010). How Do Europeans Perceive Their Healthcare System? Patterns of Satisfaction and Preference for State Involvement in the Field of Healthcare. *European Sociological Review*. 26 (2): 177–192. doi:10.1093/esr/jcp014

20. Pereyra, M. A., Sevilla, D., & Castillo, P. (1999). *The Spanish educational system: a report*. Education Governance and Social Integration and Exclusion: National Cases of Educational Systems and Recent Reforms, 171-203.

Tabla 3.

LEGISLA.	PARTIDO	AÑO	MATERIA		
			Sanidad	Educación	Seguridad Social
I	UCD	1979-1982	0	1	10
II	PSOE	1982-1986	3	2	13
III	PSOE	1986-1989	0	4	163
IV	PSOE	1989-1993	0	1	136
V	PSOE	1993-1996	2	8	162
VI	PP	1996-2000	0	3	206
VII	PP	2000-2004	2	4	185
VIII	PSOE	2004-2008	0	16	202
IX	PSOE	2008-2011	1	15	193
X	PP	2011-2016	0	23	241
XI	PP	2016-2016	0	4	21
XII	PP / PSOE	2016-2019	0	13	113
XIII	PSOE	2019-2019	0	1	22
XIV	PSOE- Podemos	2019-presente*	12	14	79
Total			20	109	1746
Media			1,42857143	7,785714286	124,7142857
Varianza			10,2637363	50,33516484	6658,21978
Desviación estándar			3,20370664	7,094727961	81,59791529

B) Análisis ad-extra

En este apartado se evaluará la actividad legislativa conforme a parámetros externos determinados por órganos independientes o semindependientes.

- **Grado de satisfacción:** En los estudios mensuales del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), cuando se observan las cifras relativas a la valoración actual y prospectiva de la situación política de España, alrededor de un 70% de los entrevistados la califica como *mala o muy mala*²¹.

21. Centro de Invetigaciones Sociológicas, (2019). *Barómetro de julio de 2019*. Recuperado de http://www.cis.es/cis/open/cm/ES/11_barometros/depositados.jsp a fecha de 30 de octubre de 2021. Se han empleado como referencia los datos de 2019 con motivo del impacto de la pandemia de la COVID-19 en la opinión pública.

22 Fuentes periodísticas, fundamentalmente, además de la tesis de Barreiro, B. (1999). *Justificaciones, responsabilidades y cumplimiento de promesas electorales*. Revista Española De Ciencia Política, (1), 149-169. Recuperado a partir de <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/37292>

Tabla 4.

FECHA	¿Cómo calificaría usted la situación económica general de España?					Muestra
	Muy buena	Buena	Regular	Mala	Muy mala	
jun-19	0,2	8,9	50,3	29,3	10,5	2974
jun-18	0,1	6,6	42,5	33,6	16,1	2487
jun-17	0	5,7	37,8	36,2	19,6	2492
jun-16	0,2	3	28,7	39,7	28,2	2484
jun-15	0,1	2,5	25,6	42,9	28,6	2484
jun-14	0,1	1,1	17,7	41,1	39,7	2485
jun-13	0,1	1	8,9	34,5	55,1	2481
jun-12	0	0,6	10,3	38,8	49,8	2482

FECHA	¿Cómo calificaría usted la situación política general de España?					Muestra
	Muy buena	Buena	Regular	Mala	Muy mala	
jun-19	0,3	7,8	33,7	33,4	21	2974
jun-18	0,2	4,4	23	34,5	32,4	2487
jun-17	0	3,1	22,4	34,6	36,8	2492
jun-16	0,1	1,8	15,4	36,5	43,6	2484
jun-15	0,2	3,6	21,9	35,6	35,5	2484
jun-14	0,1	1,9	18,3	33,6	42,6	2485
jun-13	0	2	14,4	32,4	48,3	2481
jun-12	0,2	4,2	23,4	33,8	32,8	2482

- **Cumplimiento de promesas políticas:** Algunas fuentes apuntan un cumplimiento de alrededor de un 70% de las promesas electorales²².
- **Índices de corrupción:** Resulta curioso que el Índice de Percepción de Corrupción oscila en torno al 70% en los últimos 20 años²³.

En resumen, de esta breve relación de datos puede extraerse que el proceso legislativo ordinario español no cumple satisfactoriamente con su cometido, por lo que su racionalidad y su respeto a los mínimos éticos pueden ser insuficientes.

23. Transparencia, (2021), *Índice de Percepción de la Corrupción*, Recuperado de <https://transparencia.org.es/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion/> a fecha de 30 de octubre de 2021.

22. Fuentes periodísticas, fundamentalmente, además de la tesis de Barreiro, B. (1999). *Justificaciones, responsabilidades y cumplimiento de promesas electorales*. Revista Española De Ciencia Política, (1), 149-169. Recuperado a partir de <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/37292>

23. Transparencia, (2021), *Índice de Percepción de la Corrupción*, Recuperado de <https://transparencia.org.es/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion/> a fecha de 30 de octubre de 2021.

III. EL CONCEPTO DE TECNIFICACIÓN

Puede entenderse que una actividad es técnica cuando requiere del uso de un conjunto de herramientas o medios propios para emplearse o entenderse correctamente, ya sea una disciplina formal, social o artística. La técnica adapta el entorno a las personas (Heidegger, M., 2017). La tecnificación, por su parte, consiste en dotar de medios suficientes a un proceso para mejorarlo y simplificarlo al entendimiento humano²⁴. La disciplina académica del derecho es técnica, a tenor de lo expuesto en el apartado 0²⁵. Es la aplicación del derecho en determinadas instancias la que en ocasiones toma unos derroteros inconsistentes.

Una ley no es técnica cuando formal o esencialmente no respeta los postulados que hacen del derecho una ciencia. Claro que resulta difícil hacer valoraciones neutrales en una ciencia social de difícil cuantificación. El asunto se vuelve aún más intrincado cuando ni siquiera existen premisas que definan la técnica, como ocurre con numerosas disciplinas del derecho de configuración cada vez más espontánea.

Materias jurídicas como la elaboración de demandas tienen un notable componente formal y esencialmente²⁶ técnico. Obsérvese que existe un método generalizado para su estructuración formal, así como un contenido medianamente acotado que define su sustancia. Incluso disciplinas polémicas como el *soft law* podrían llegar a considerarse técnicas. En el campo del derecho mercantil, los acuerdos transnacionales no se nutren de ninguna norma directamente, pero mantienen un formato homogéneo (contratos, cláusulas, etc.) y un fondo también uniforme que admite algunos márgenes de flexibilidad.

Con este ejemplo ilustrativo simplemente se pretende demostrar que la sujeción a criterios técnicos no ha de venir dada necesariamente por un código escrito o concluyente. Se trata de algo más bien relacionado con el respeto a unas pautas lógicas que faculden el correcto desenvolvimiento de la disciplina, por lo que hay todo un espectro de técnicas que podrían considerarse como válidas. Sorprende que, siendo esto así, la producción legislativa no presenta estas características.

Son varios los artículos que regulan el proceso legislativo ordinario español; no sólo encuentra disposiciones en la Norma Suprema, sino también en reglamentos ad hoc y normas supletorias. Aun así, el grueso de estas regulaciones se dedica exclusivamente a los aspectos formales e ignoran cuestiones trascendentes que son verdaderamente delicadas; no existen normas que regulen cómo sustanciar una propuesta o proyecto de ley. Evidentemente el cómputo de las mayorías supone una forma de legitimación, pero el proceso sigue estando incompleto si no hay forma de precisar la trazabilidad entre el porqué de la propuesta o proyecto y su ulterior ratificación.

24. Definición de la Real Academia Española.

25. No en vano se habla de ciencia jurídica. Léase Schmitt, C., & Hierro, M. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Tecnos

26. Se corresponde con el concepto de hilemorfismo universal. De nuevo, Aristóteles (2014) *Metafísica*. Calvo Martínez, T. Trad. Madrid: Gredos. Libro II.

Ha de matizarse que una declaración de motivos o preámbulo, aunque tiene una indiscutible utilidad contextual y declarativa, nunca podrá equivaler a una argumentación sólida sobre por qué la sociedad española necesita esta u otra norma. El derecho es indiscutiblemente una realidad humana y como tal depende de la evolución de los grupos de personas y sus necesidades o preocupaciones. La incapacidad de demostración de la concurrencia de estas en cada iniciativa legislativa de manera fidedigna sitúa el foco en los propios intereses y consideraciones de cada grupo parlamentario. Esto no sólo es ilógico, puesto que representan una voluntad popular, no personal. Es antiprofesional e incomprensible.

Tampoco puede considerarse siquiera como la sombra de una justificación el debate parlamentario. Una breve ojeada a la transcripción de las discusiones parlamentarias es suficiente como para advertir que esta actividad no se ajusta a su fin, ni a los medios técnicos empleados en Derecho. Por supuesto, la existencia de otros fines distintos al estudiado es latente; la moralidad de los mismos, controvertible.

A título anecdótico podría destacarse el uso de expresiones como *estafador, parásito, villano de cómic, potenciales delincuentes, timador profesional, santa patrona de los corruptos o felón* en la Sala.

Un sistema que tras un examen somero demuestra contradicciones en su articulación, mecanismos absurdos y profesionales que no cumplen su labor, debe someterse a revisiones. La razón por la cual este reconocimiento no se ha llevado a cabo con anterioridad puede deducirse fácilmente de los datos recopilados en el apartado II; el poder legislativo es infranqueable y encuentra apoyos sólidos en los otros poderes. La crítica que hace este estudio, en el plano creativo, tiene malos auspicios.

No obstante, enunciar el problema constituye el primer paso para su resolución, por lo que el pesimismo constructivo sigue siendo una opción válida. Especialmente en un ámbito académico como el presente.

IV. LA RACIONALIZACIÓN DEL PROCESO LEGISLATIVO A TRAVÉS DE SU TECNIFICACIÓN POR MEDIO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

A tenor de los comentarios y reflexiones reflejados hasta ahora, el proceso parlamentario no puede considerarse ni técnico ni racional:

- El debate parlamentario tiene poco o ningún impacto sobre las iniciativas legislativas que acaban aprobándose. Además, tiene un importante contenido subjetivo, lleno de calificativos (y descalificativos) que deja poco espacio a la conversación estrictamente jurídica.
- Los partidos que se encuentran en el gobierno encuentran escasas dificultades para aprobar las iniciativas que consideran. Aunque las fases de producción normativa se encuentran bien delimitadas, no existe ninguna regulación sustancial del proceso. Esto ocasiona que la técnica legislativa sea inexistente y la justificación de la elección de la materia a regular, banal.

- La actividad desarrollada en el Parlamento no se ajusta al fin especificado en este escrito. La trazabilidad entre las labores realizadas y su propósito es algo difusa. Incluso pueden detectarse en ocasiones intenciones eclipsadas que trascienden de la baja profesionalidad.

Frente a un sistema incongruente, sólo cabe hacer propuestas de mejora.

1. Inteligencia Artificial y necesidades humanas

Hipotéticamente no tendría por qué resultar muy complicado tecnificar un proceso con antecedentes tan carentes de fundamento, pero tampoco puede pretenderse (y menos con un escrito tan modesto) un radical cambio de un sistema relativamente arraigado.

En realidad, otras aplicaciones de la Inteligencia Artificial al Derecho empezaron con labores de apoyo que gradualmente fueron combinándose hasta poder hacer tareas casi equiparables con las humanas, siempre, claro está, bajo la supervisión de un operario. Definitivamente, cualquier actividad que de alguna forma pueda servir como sustento de las decisiones y opiniones vertidas en el Parlamento, será una mejora decisiva de la situación actual y ayudará a marcar ciertas líneas entre lo funcional y lo no funcional.

Un primer paso que quizás podría reorientar el rumbo de la política hacia cauces más utilitarios sería el de proporcionar un marco común al que los diferentes integrantes del Parlamento deben ajustarse. Esto no debería equivaler a la imposición de límites o restricciones temáticas del diálogo parlamentario, en ningún caso, sino en trazar una primera casilla desde la que todos los representantes comienzan a perfilar sus propuestas. Partir desde una posición consensuada podría ser un estimulante del diálogo constructivo.

La línea de salida de la creación de nuevas normas debería situarse, conforme al análisis de la racionalidad del punto 1, en el estudio de las necesidades del pueblo español. Éstas son calificables y cuantificables a través de estudios estadísticos, que podría ser una perfecta primera función para la inteligencia artificial en este proceso.

Ya se ha hecho uso de bases de datos complejas en el mundo legal. En este caso, deberían de armonizarse criterios jurídicos con otros sociológicos para que la computadora pudiese detectar situaciones o fenómenos sociales críticos, que serán considerados de mayor prioridad. Tras aportar los datos necesarios, los grupos parlamentarios deberán elaborar propuestas que aborden los problemas sociales realmente importantes. Las propuestas o proyectos exorbitantes no se ajustarán a lo racional, por lo que pasarán a un segundo nivel de prioridad.

Comenzar la actividad parlamentaria desde una especie de premisa dirige el debate en un mismo cauce, que de alguna manera podría ayudar a detectar con mayor claridad qué argumentos son inconexos con el tema tratado. Además, la comprensión y análisis de los datos sería obligatorio para poder hacer aportaciones congruentes, lo que en última instancia podría ser un acicate intelectual para la clase política española.

Finalmente, aprobadas las propuestas o proyectos, la máquina podría analizar si se han producido cambios decisivos en las situaciones o fenómenos que pretendían abordarse con la norma y decidir si el proceso legislativo ha sido o no útil.

El verdadero reto para esta máquina no reside en el manejo de ingentes cantidades de información, sino en el tratamiento de la misma^{27,28}. La participación de sociólogos y estadistas es crucial para que el funcionamiento de estos mecanismos sea efectivo; los criterios de estos profesionales deben trasladarse al lenguaje informático para que la computadora pueda estimar correctamente cuándo y cómo suministrar ciertos datos, dándoles un contexto. También puede anticiparse que la calidad de los resultados de la máquina vendrá dada por el nivel de rigurosidad de los criterios sociológicos y la homogeneidad metódica en la compilación de los datos, entre otros.

No obstante, persisten ciertas fronteras valorativas que aún parecen infranqueables²⁹.

La forma de instauración de este sistema en la esfera de lo público supone dificultades técnico-legislativas (modificación de reglamentos, creación de nuevas normas) y competenciales; la objetividad del programa se verá comprometida por el órgano que la gestiona y regula, incluso si se emplea una agencia independiente.

Los criterios seleccionados para según qué decisiones guardan márgenes subjetivos sobre los que habría que alcanzar un consenso y no queda del todo claro quiénes serían los profesionales adecuados para decidir sobre estas materias. Y aunque se lograse solventar este problema, el uso de estadísticas puede degenerar en un utilitarismo inapropiado con respecto a ciertas minorías o dar lugar a inexactitudes o parámetros discriminatorios, como ya ha ocurrido en otras instancias³⁰.

Presumiblemente, se trata de una actividad compleja con un núcleo filosófico muy denso que además necesitará de una constante actualización, por lo que puede que en las fases iniciales experimentales lo más sensato sea plantearla como un simple apoyo antes que un recurso central.

2. Inteligencia Artificial y coherencia

Alternativamente, antes de aspirar al consenso o a fines mayores que requieren de un común acuerdo en temas polémicos, sucintos a valoraciones éticas, podría intentarse el logicismo; la coherencia. Al estudiar la conexión de las nuevas propuestas con las anteriores, podría crearse un marco contextual que ayudaría a comprender y situar la propuesta en el hilo discursivo de cada grupo parlamentario, así como en el del debate

27. Levy, A. Y. (1999). *Combining artificial intelligence and databases for data integration*. In *Artificial Intelligence Today* (pp. 249-268). Springer, Berlin, Heidelberg.

28. Loyola-Gonzalez, O., Gutierrez-Rodríguez, A. E., Medina-Pérez, M. A., Monroy, R., Martínez-Trinidad, J. F., Carrasco-Ochoa, J. A., & Garcia-Borroto, M. (2020). An explainable artificial intelligence model for clustering numerical databases. *IEEE Access*, 8, 52370-52384.

29. A este respecto, léase Chesterman, S. (2020). Artificial intelligence and the limits of legal personality. *International & Comparative Law Quarterly*, (69,4), pp. 819-844.

30. Zou, J., & Schiebinger, L. (2018). AI can be sexist and racist—it's time to make it fair. *Nature*, (559, 7714), 324-326.

de la cámara en general. Una máquina sería perfectamente capaz de compilar datos similares a los reflejados en el apartado II de este documento; qué partido propone, acepta o rechaza qué iniciativa en cada momento. Son variables que admiten muy poca o casi ninguna valoración subjetiva, más allá de la clasificación que se haga de las materias reguladas, como sanidad, educación, hacienda o transporte.

El objeto de la máquina de la coherencia sería el de emitir informes contextuales que acompañen las iniciativas legislativas. Más allá de la justificación que pueda intentar dársele a una propuesta durante el debate parlamentario o a través del preámbulo o exposición de motivos en una norma (cuyo valor fuera de la mera declaración, es como poco, cuestionable), el informe pondrá de manifiesto las congruencias e incongruencias con el discurso del partido, además de facilitar el aprecio de la oportunidad sobre legislar según qué materia y en qué momento.

Pudiera pensarse que la principal ventaja de este programa sería para la oposición; encontrarían un sólido refuerzo argumental contra las propuestas inapropiadas. No obstante, el sistema no podría impedir que igualmente se aprobasen iniciativas imperinentes; está visto y comprobado que el diálogo en las cámaras no tiene una vinculación demasiado estrecha con el producto final. Las incoherencias dialécticas no son penalizables, por muy sencillo que fuera detectarlas.

En realidad, la máquina de la coherencia sería un mecanismo de control para toda la cámara. Al poner de manifiesto las cuestiones controvertidas sobre las que se legisla de forma cíclica, destructiva y reconstructiva, podrán vislumbrarse claramente cuáles son los temas sobre los que los parlamentarios no consiguen alcanzar el acuerdo. Y todos esos asuntos son un fracaso global del Parlamento como institución, no de los partidos individualmente. El fin de la existencia de varios partidos no es la aniquilación ni la competencia de unos con los otros, sino la pluralidad. Si los grupos parlamentarios no son capaces de cumplir su función con estas premisas, serán unos profesionales incompetentes.

Es bien sabido que el funcionariado cuenta con una robusta protección laboral, pero la especialidad del cargo, así como los beneficios excepcionales de inviolabilidad (e inmunidad, en su caso) justificarían la inclusión de un sistema de seguimiento y control, así como sanciones proporcionales para la clase política en el seno del Parlamento.

Ahora bien, la dificultad de alcanzar acuerdos no depende únicamente de la capacidad dialéctica y el entendimiento de los grupos parlamentarios. Hay una larga herencia de reformas desabridas de las que los partidos, especialmente los más longevos, tendrán que responder. Pero el poder que han ostentado durante su historia (y la redundancia a su favor) también conlleva el deber de minimizar el impacto de los errores de los antecesores.

¿Qué ocurriría si la máquina de la coherencia detecta una propuesta incoherente o una materia recurrente sobre la que no se ha alcanzado el consenso? Los parlamentarios deberán celebrar una sesión para alcanzar un pacto de Estado en un tiempo prudencial. De no hacerlo, serán sancionados.

No es la primera vez que se pone sobre la mesa la posibilidad de sancionar a los cargos políticos por no desempeñar correctamente su trabajo. Y es que la justificación de

por qué los representantes parlamentarios disfrutan de un régimen tan laxo, aun siendo responsables de materias tan importantes, no queda clara. En términos comparativos, otros cuerpos cuyas labores tienen un impacto directo y cardinal en la vida de los ciudadanos como los jueces y magistrados, las fuerzas armadas o el personal sanitario, sí que tienen limitaciones y amonestaciones proporcionales a las tareas que desempeñan.

Si bien toda esta argumentación es reprobable conforme a la crítica al legalismo, formalismo y logicismo jurídico, dejar un tema tan importante como la producción de normas a la pendencia de un sistema que roza lo absurdo, es inadmisibile.

V. CONCLUSIONES

A continuación, se enumeran las conclusiones obtenidas:

- La aplicación de la inteligencia artificial como instrumento de ayuda al asesoramiento del proceso legislativo ordinario sería deseable, en tanto supone una forma de homogeneización de la secuencia y permitiría apreciar objetivamente si determinadas normas son técnicas y ajustadas a la razón.
- La inteligencia artificial podría proporcionar apoyo argumental a las propuestas de ley; un debate basado en datos y no en juicios subjetivos tecnificaría la actividad parlamentaria y la elevaría a una discusión científica, que podría ser un acicate para el rigor intelectual de la clase política española. Sin embargo, son muchos los dilemas éticos y sociológicos que habría que dilucidar antes de introducir el sistema de manera experimental como apoyo, por lo que estamos aun lejos de poder tecnificar el derecho en esa medida.
- Si se optase, no obstante, por un sistema más sencillo que proporcionase un contexto circunstancial de las iniciativas legislativas, sería más fácil detectar incongruencias, reiteraciones y materias sobre las que no se ha conseguido alcanzar un consenso.
- La localización y manifestación de las incoherencias y polémicas no resueltas del Parlamento Español facilitaría la crítica a las tareas de los representantes parlamentarios y allanaría el terreno para realizar un control y seguimiento de sus funciones en términos más exactos.
- La revisión de las labores de estos profesionales podría combinarse con medidas más estrictas, similares a las de otros ámbitos como la sanidad, las fuerzas armadas o la justicia, para impulsar una reorientación de la política española hacia cauces más eficientes y filantrópicos.
- La dificultad de la implantación de este sistema puede encontrarse en ciertos problemas técnico-legales (revisión de reglamentos y leyes, así como la norma suprema) y las críticas al legalismo, logicismo y formalismo jurídico.
- En definitiva, cualquier mejora de un sistema inconsistente y con trazas arbitrarias supondrá un progreso.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES. (2014). *Metafísica*. Calvo Martínez, T. Trad. Madrid: Gredos. Libro II.
- ARROW, K. J. (2014). *The origins of the impossibility theorem*. In *The Arrow impossibility theorem* Columbia University Press, (pp.143-148).
- BARREIRO, B. (1999). Justificaciones, responsabilidades y cumplimiento de promesas electorales. *Revista Española De Ciencia Política*, (1), 149-169. Recuperado a partir de <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/37292>
- BRETT, G. S. (1963). *Historia de la psicología*. Editorial Paidós. Buenos Aires.
- CARABANTE, J. M. (2010). El derecho: ¿Objeto tecnificado o medio de tecnificación? La dualidad del proceso de racionalización jurídica en la obra de J. Habermas. *Revista Persona y Derecho*, (62) 59-79.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS, (2019). *Barómetro de julio de 2019*. Centro de Investigaciones Sociológicas. Recuperado de http://www.cis.es/cis/opencm/ES/11_barometros/depositados.jsp a fecha de 30 de octubre de 2021.
- CHESTERMAN, S. (2020). Artificial intelligence and the limits of legal personality. *International & Comparative Law Quarterly*, (69,4), pp. 819-844.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, (2021). *Actividad parlamentaria*. Página oficial del Congreso de los Diputados, recuperado de <https://www.congreso.es/> a 9 de diciembre de 2021
- CORVALÁN, J.G. (2017). *La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea*, La Ley, Recuperado de: <http://thomsonreuterslatam.com/2017/10/la-primera-inteligencia-artificial-predictiva-al-servicio-de-la-justicia-prometea/>
- COTTA, S. (1982). La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho. *Revista Persona y Derecho*, (9) 13-18.
- DE CONDORCET, N. (2014). *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*. Cambridge University Press.
- DE UNAMUNO, M. (1983). *Del sentimiento trágico de la vida*. Ediciones AKAL.
- DWORKIN, R.M., (1977). The Model of Rules I. *The University of Chicago Law Review* (35, 1) 14-45, <https://doi.org/10.2307/1598947>
- ECHAVARRÍA, J. J. S. (1981). Sobre el principio de la separación de poderes. *Revista de estudios políticos*, (24), 215-234.
- GUTIÉRREZ, C. (1999). El Teorema de Incompletitud de Gödel. *Cubo, A Mathematical Journal*, (1,1), 68-75.
- HEALTH CONSUMER POWERHOUSE, (2018) *2018 European Health Consumer Index* Health Consumer Powerhouse, recuperado de <https://healthpowerhouse.com/media/EHCI-2018/EHCI-2018-report.pdf>
- HEIDEGGER, M. (2017). *Filosofía, ciencia y técnica*. Editorial Universitaria de Chile.
- JUNTA ELECTORAL CENTRAL (2021), *Iniciativa Legislativa Popular*, recuperado de Junta Electoral Central; <http://www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/ilp/legislaturas> a fecha de 7 de octubre de 2021.
- KHUN, T. S. (1968). La estructura de las revoluciones científicas. *Investigación económica*, (28,111/112), 189-196.
- LAPORTA, F. J., (2014), Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de ley, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (22), 321-330 en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4b4x0>

- LEVY, A. Y. (1999). Combining artificial intelligence and databases for data integration. *In Artificial Intelligence Today* (pp. 249-268). Springer, Berlin, Heidelberg.
- LOYOLA-GONZALEZ, O., GUTIERREZ-RODRÍGUEZ, A. E., MEDINA-PÉREZ, M. A., MONROY, R., MARTÍNEZ-TRINIDAD, J. F., CARRASCO-OCHOA, J. A., & GARCIA-BORROTO, M. (2020). An explainable artificial intelligence model for clustering numerical databases. *IEEE Access*, (8), 52370-52384.
- MEDINA RIVERA, C. S. (2011). *El indeterminismo y el principio de incertidumbre de Heisenberg*. Editorial de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México.
- MILL, J.S. (2016). *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Alianza Editorial, Madrid.
- PEREYRA, M. A., SEVILLA, D., & CASTILLO, P. (1999). The Spanish educational system: a report. *Education Governance and Social Integration and Exclusion: National Cases of Educational Systems and Recent Reforms*, 171-203.
- POPPER, K. R. *El universo abierto: un argumento a favor del indeterminismo*. Tecnos.
- ROUSSEAU, J.J. (2004) *The Social Contract*. Penguin Books, London.
- SCHMITT, C., & HIERRO, M. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Tecnos.
- SENADO DE ESPAÑA (2021) *Buscador de iniciativas y expedientes*. Senado de España, recuperado de <https://www.senado.es/>
- SEVILLANOPIRES, L. & VV.AA. (7 de enero de 2020), *Europa, un continente de coaliciones más allá de España*, El País. <https://elpais.com/especiales/2020/europa-un-continente-de-coaliciones/>
- TRANSPARENCIA, (2021), *Índice de Percepción de la Corrupción*. Transparencia Internacional. Recuperado de <https://transparencia.org.es/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion/> a fecha de 30 de octubre de 2021.
- VARELA, B. & FERRO, L. (2007) *Las ciencias sociales en el nivel inicial: Andamios para futuros/as ciudadanos/as*, Ediciones Colihue, Buenos Aires, p. 40.
- WENDT, C.; KOHL, J.; MISCHKE, M.; PFEIFER, M. (1 April 2010). How Do Europeans Perceive Their Healthcare System? Patterns of Satisfaction and Preference for State Involvement in the Field of Healthcare. *European Sociological Review* (26,2) 177–192. doi:10.1093/esr/jcp014
- WHEWELL, W. (1840) *La filosofía de las ciencias inductivas*. Cambridge Library Collection.
- ZOU, J., & SCHIEBINGER, L. (2018). AI Can Be Sexist and Racist-It's Time to Make It Fair. *Nature*, (559, 7714), 324-326.



La cuarta edad. Derecho y ancianidad

THE FOURTH AGE. LAW AND ELDERLY

M.^a Ángeles Palacios García

Universidad Antonio Nebrija

mpalacio@nebrija.es  0000-0002-8745-0017

“Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere”

Recibido: 11 de mayo de 2021 | Aceptado: 4 de diciembre de 2021

RESUMEN

En la familia se aprende cuando se reciben los golpes, es un aprendizaje sordo que se realiza en edades tempranas sobre la aceptación del uso de la violencia como forma de resolver los conflictos o de imponer la voluntad del individuo frente al resto de los miembros de la unidad familiar. Las víctimas de violencia, en su infancia aprenden este patrón de comportamiento como habitual y lo normalizan y cuando llega el momento lo reproducen, pasando de ser víctimas a verdugos, en un ciclo de violencia íntima.

Las personas mayores representan un colectivo frágil y vulnerable frente al maltrato, son víctimas que no pueden o no quieren defenderse, protegiendo así a quienes les maltratan, que son precisamente aquellos, a los que por amor o temor no se atreven a delatar.

La violencia relacional es una manifestación de poder, que se utiliza para someter a la víctima, ahora mayor, tan frágil y vulnerable como un niño, que es maltratada y humillada en el entorno doméstico, por las manos de aquellos, que un día fueron cuidados y protegidos por ella o por las de quienes asumen la obligación personal o profesional de hacerlo. El estudio de la protección penal y constitucional y la propuesta de una regulación propia de la ancianidad es la pretensión de este artículo.

ABSTRACT

At a family you learn by the hard way. A deaf learning process that starts at early age and that pivots around the acceptance of the use of violence as a way of resolving conflicts or imposing the will of the individual against the rest of the members of the family unit. Victims of violence in their childhood learn this pattern of behavior get used to it, normalize it, and when the time comes, they reproduce it, switching from victims to executioners, in a cycle of infinite violence.

The violence is an element of power, to dominate the victim who is now older and as fragile and vulnerable as a child, who is poorly treated and humiliated in the domestic environment, by the hands of those who were once cared

PALABRAS CLAVE

Indefensión
Fragilidad
Maltrato doméstico
Edad del envejecimiento
La cuarta edad

KEYWORDS

Elder abuse
Fragility
Domestic abuse
Age of aging
The fourth age

for and protected by or by those who assume a personal or professional obligation to do so. The study of criminal and constitutional protection and the proposal for an old regulation is the objective of this article.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La violencia sobre los más débiles causa repulsa, especialmente la que se ejerce sobre las personas que por edad o incapacidad son más indefensas o vulnerables, como son los menores, los enfermos o los ancianos.

El maltrato a los ancianos es un comportamiento que debería castigarse con el mayor rigor punitivo, de forma que la amenaza de una pena grave supusiera un mecanismo de contención para los violentos. Este tipo de maltrato es una realidad oculta y desconocida para la sociedad, por tanto, dar visibilidad a esta cuestión y el consecuente diseño de políticas preventivas de control y vigilancia sobre aquellos sujetos en situación de riesgo, garantizaría la tutela efectiva de determinados derechos. Pero por encima de todo, es preciso sensibilizar y concienciar a la sociedad.

Una mirada a la Constitución Española que en la parte dogmática regula los derechos fundamentales, entre los que destaca, el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación del artículo 14, el derecho a la integridad física y psíquica el artículo 15, el derecho a la dignidad de la persona del artículo 10 y el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de referido texto legal.

Pero también hay que modificar la legislación y políticas vigentes, de esta forma considerar así, el diseño de un tratamiento propio de la violencia ejercida frente a este colectivo, como un derecho específico de la ancianidad. A este respecto, el despliegue de una respuesta rigurosa del ordenamiento jurídico, ante cualquier estrategia abusiva, permitiría una propuesta de sanción grave por parte de la justicia para restaurar y reparar el daño causado. Por tanto, de lo anteriormente dicho, podemos deducir que la existencia de políticas preventivas, como de políticas punitivas firmes, garantizarían la tutela y protección de las personas mayores. Finalmente, postulamos la necesidad de configurar un “derecho penal de la ancianidad” que desplegase una protección eficaz y permitiese la investigación y condena de los maltratadores de ancianos, cuyas acciones no deben quedar impunes.

Es importante señalar los escasos estudios sobre esta cuestión, a pesar de ser un problema de enormes dimensiones, dado el alarmante índice de envejecimiento de la población en España. (Gómez, 2010). El punto de partida es “la Declaración de Toronto para la prevención global del maltrato de las personas mayores”, donde se reconoce la existencia de un problema general que se ha promovido desde la Red Internacional de Prevención del Abuso y Maltrato en la Vejez (INPEA), junto con el respaldo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) contra el maltrato de las personas mayores. Estos eventos a nivel internacional han generado una concienciación universal sobre el problema del maltrato en la vejez que ahora investigamos. (Gobierno de Ontario, 2002).

De todo lo dicho, se deriva un llamamiento al legislador para el diseño de una normativa específica integral de la ancianidad y el desarrollo de políticas públicas eficaces, de garantía de los derechos fundamentales. Siendo urgente la creación de un marco legal sobre este tipo de maltrato, consideramos necesario manifestar una especial sensibilización respecto a esta situación, que nos afecta a todos, directa o indirectamente, ya que estaremos expuestos de alguna forma a este tipo de maltrato en el futuro, porque todos inevitablemente, todos seremos mayores.

Cualquier política de lucha contra los delitos sobre este colectivo deberá proceder desde distintos sectores de la sociedad en su conjunto, como la educación, la salud, la información y los medios de comunicación. Configurando un modelo social coherente, sobre la representación del maltrato a los ancianos y el rechazo generalizado de una sociedad, que ni tolera, ni consiente determinadas conductas reprobables contra ellos.

Ante este panorama, solo la respuesta contundente por parte del legislador y las políticas preventivas, permitirían un planteamiento legal y penal adecuado en base a los principios y derechos constitucionales anteriormente mencionados. Así, la Constitución prevé un sistema de protección que garantice y haga efectivos estos derechos: “el derecho a una vida digna” del art. 10 de la C.E., “el derecho a la vida y a la integridad física y moral” y la “prohibición de tratos inhumanos y degradantes” del art. 15 de la C.E. Todo ello al amparo del art. 9.2 del texto constitucional que impone “la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para hacer efectivos estos derechos”. Por tanto, constituyendo un mandato ineludible para los poderes públicos, también para el legislador y la justicia, es el Estado el que, dando respuesta al modelo constitucional, debe garantizar tales derechos para que sean reales y efectivos. Así las cosas, es el Estado el que debe intervenir activamente para garantizar el disfrute de los derechos de las personas vulnerables, en especial a aquellos que no pueden procurarse la defensa por sí.

Nos detenemos en el mandato del artículo 49 de la Constitución, que obliga a los poderes públicos a la realización de políticas públicas para la previsión y tratamiento e integración de las personas con discapacidad física o psíquica, considerando el objetivo de garantizar el disfrute de sus derechos. Así mismo, el art. 50 del mismo texto constitucional, previene la tutela por parte de los poderes públicos de un sistema de pensiones para los ciudadanos de la tercera edad. Esta responsabilidad debe plasmarse en las políticas que promuevan el bienestar, mediante un sistema de servicios de atención a la salud, la seguridad, la vivienda, etc., podemos mencionar la creación de centros de mayores y el servicio de ayuda a domicilio, que en la actualidad son ejercidos por las CCAA, bajo el reparto competencial del art. 148,1,20 de la Constitución Española.

Por otro lado, la puesta en evidencia de los actos de violencia física o psíquica producidos en el entorno doméstico permitirá la formulación y diseño de un nuevo modelo de vigilancia, control y sanción coherente con los especiales ilícitos, que ahora por pasar desapercibidos quedan impunes. La cuestión es, que el autor de este tipo de maltrato actúa impunemente y no tiene miedo a ser descubierto, esta circunstancia es muy grave porque perpetúa el ejercicio de la violencia, aumentando la intensidad del castigo sobre la víctima cada vez más indefensa.

Hay una edad de referencia a los 80 años, en la que se manifiestan determinadas fragilidades y vulnerabilidades íntimamente asociadas al paso del tiempo y a la senectud. En esta etapa se manifiestan las modificaciones y deterioros que van limitando la capacidad de obrar en todos los órdenes. Además de su influencia en la posibilidad de defensa, ante las situaciones lesivas o agentes peligrosos, lo que implica una situación de indefensión absoluta frente al maltratador. Esto supone que los ancianos, necesitan de la colaboración de otras personas para sobrevivir, al igual que sucede en la infancia, pasan de nuevo, a depender del cuidado y asistencia de otros, a los que les une, una relación de parentesco o profesional.

La relación entre cuidador y anciano puede ser voluntaria o impuesta, según la posibilidad de elección de las personas que le asisten, que dependerá también del lugar de prestación del servicio. Por tanto, el anciano o sus familiares podrán participar o no en este proceso de decisión, lo que determinará importantes consecuencias en orden a establecer la responsabilidad directa o subsidiaria sobre la autoría del delito.

Reconocemos, por tanto, la existencia de afecciones que están íntimamente relacionadas con la vejez y que transforman las relaciones con el entorno, dónde el tiempo juega siempre en contra de la víctima de violencia intrafamiliar, al tiempo que, simultáneamente se incrementa la dependencia y la edad (Limón, 1992). En nuestro país existe una visión de los mayores, como un sector de la población dependiente al que la “ley de promoción de la autonomía personal para los dependientes”, tutela con medidas específicas para garantizar una vida digna, como la teleasistencia, la ayuda a domicilio, las residencias, los centros de día, etc., pero esto no es suficiente, siendo preciso abordar acciones integrales sobre esta cuestión vital.

De esta forma, la violencia familiar del siglo XXI está conectada de forma especial a los protagonistas que intervienen en el proceso de violencia domiciliaria, lo que evidencia unas características propias. Así, la forma en que la sociedad permite un tipo determinado de relaciones personales y el hecho de tolerar y aceptar un tipo de conductas de poder de unos sobre otros es algo mutable y modificable, que se va adaptando a cada momento concreto de la realidad social vigente en cada momento. Por tanto, el proceso de socialización planteado depende de una cultura y unos valores propios, que se transforman con la realidad cambiante hacia un nuevo modelo relacional. Nuestra propuesta se traduce en un nuevo modelo relacional, jurídico y social de la ancianidad.

Las víctimas frágiles y vulnerables sometidas de forma habitual y constante a un trato denigrante carecen de una sola posibilidad de enfrentamiento o resistencia frente a sus verdugos (Bravo, 2013). Por ello debe ejercitar la tutela el legislador, siendo garante de la restauración y reposición de los derechos vulnerados.

II. LA FRAGILIDAD EN LA CUARTA EDAD

La fragilidad es una característica relativamente nueva, con relevancia en las personas mayores. Es una cualidad, que, en determinadas edades avanzadas, se manifiesta y repercute en el entorno familiar o domiciliario en él se encuentra la persona mayor. Este

concepto, a diferencia de las representaciones anteriores sobre la fragilidad, no está necesariamente unido a la enfermedad crónica o discapacidad, sino que puede estar estrechamente vinculado a la elevada edad de las personas mayores, por lo que representa características especiales. (Ávila-Funes, 2008.)

De esta forma, la vulnerabilidad que produce el envejecimiento humano se manifiesta en determinadas etapas, en las que consideramos que la persona puede estar más expuesta a determinados riesgos y sin capacidad para afrontarlos. Todo esto, en base a las aptitudes físicas y psíquicas que, con carácter general, acompañan al ser humano desde el inicio de su existencia y su desarrollo a lo largo de las distintas fases de la vida.

La fragilidad que aparece en la cuarta edad se inicia aproximadamente a los 80 años, representa el mayor riesgo en determinadas etapas de sufrir situaciones adversas, por las condiciones limitantes de dependencia. Estas capacidades físicas o intelectuales, que pueden estar limitadas, son las que determinan el nivel de autonomía y de independencia de la persona mayor. Siendo la mayor vulnerabilidad, la invisibilidad del trato que reciben. (Marco, 2019). Esto supone, que cuando la persona tiene reducida su capacidad y depende de otros para su desenvolvimiento, es más vulnerable y frágil y está expuesta a un riesgo más elevado de sufrir maltrato. A un mayor grado de dependencia, mayor riesgo de sufrir un trato inadecuado, concluiremos entonces diciendo que, a más edad, más vulnerabilidad.

Hay determinados marcadores que determinan la fragilidad en función del grado de deterioro, podemos mencionar los factores biológicos, los psicológicos, sociales y ambientales, todos ellos asociados al trascurso de las circunstancias de cada persona. Por tanto, la fragilidad es un proceso biológico, que determina una disminución de resistencia al estrés del conflicto y que supone un incremento de la vulnerabilidad. Así, se manifiesta de diversas formas, como el cansancio, la fatiga, la lentitud, la falta de reflejos, la marcha lenta y la disminución de la actividad física e intelectual que configuran un estado especial de indefensión. De esta forma, los adultos mayores y frágiles requieren una tutela especial de aplicación de políticas multidisciplinares que permitan la planificación, prevención y control a través de programas específicos sobre el proceso de envejecimiento.

Dichas medidas tendrán que desplegarse desde el campo científico y sanitario, para prevenir los efectos y las consecuencias del deterioro físico y psíquico, pero también desde el campo jurídico y social, con el desarrollo de propuestas firmes y de políticas adecuadas a este colectivo, promoviendo la difusión de una mayor concienciación social y de una respuesta legal.

Comenzamos con la consideración debida a la necesidad de crear un derecho penal de la ancianidad, que contemple los especiales tipos delictivos cometidos sobre los ancianos. Así mismo, señalamos que no toda la doctrina está de acuerdo con esta línea de pensamiento y que califican como innecesario el parcelar con una protección específica a estas víctimas. (Alonso, 2010).

El mayor peligro de este tipo de maltrato es la invisibilidad del colectivo y que las acciones contra ellos, alejadas del foco mediático, no reciben el rechazo social y la sanción penal, porque las acciones de maltrato permanecen ocultas. Estos delitos se

cometen en el domicilio, sin testigos, en manos de un pariente o cuidador, con el que el anciano mantiene una relación personal, de afecto o miedo. (Hoyos, M. en Javato M de Hoyos M., 2010).

III. TRATAMIENTO LEGAL DEL MALTRATO A LA ANCIANIDAD

El Código Penal, no regula de forma específica el problema de la ancianidad, pero mantiene un régimen sancionador que contiene agravantes por abuso de superioridad en el art. 22. 2^a o de abuso de confianza del art. 22. 6^o, además de la circunstancia de parentesco para las situaciones de malos tratos intrafamiliares.

En primer lugar, determinamos la cuestión de la incapacidad penal, diferente de la incapacidad civil y señalamos un concepto sobre la misma, esto nos permitirá avanzar en las cuestiones esenciales, sobre las circunstancias especiales en las que se requerirá una mayor asistencia. Según el art. 25 del código penal, la discapacidad es la situación que afecta a una persona, que presenta deficiencias intelectuales o físicas permanentes, que limitan su participación plena en el disfrute de sus derechos. En estas circunstancias, necesita una especial protección con independencia de la capacidad civil, (que puede haber sido limitada o no por sentencia) en la que se incapacita al sujeto y se limita su capacidad de obrar. En los casos de incapacidad penal y civil, se puede requerir un plus de asistencia sobre los derechos e intereses de las personas afectadas y la asistencia se articula por las instituciones públicas.

En segundo lugar, las acciones que por acción u omisión causan un daño a la víctima, que pueden ir desde los malos tratos físicos o psíquicos, al abandono y otras manifestaciones y estrategias de maltrato. Estas pueden consistir en producir lesiones, privación de libertad, inmovilización y sujeción, abusos y agresiones sexuales, apropiación indebida y descapitalización del patrimonio del anciano. (Alonso, 2010)

En tercer lugar, los malos tratos físicos consistentes en golpear, sujetar a la fuerza, utilizar sedantes, atar e impedir el movimiento de la persona, etc. pueden provocar daños físicos o no, pero, en cualquier caso, ya constituyen un delito con independencia del resultado de la agresión.

En cuarto lugar, los abusos psicológicos que configuran el maltrato emocional, tanto por acción como omisión que pueden causar un grave daño y secuelas permanentes en la víctima. Podemos mencionar actitudes como la burla, la risa o el desprecio, la explotación y el engaño con fines deshonestos. Son distintas manifestaciones y estrategias de maltrato psicológico, considerado como delito.

3.1. El delito de violencia doméstica

Regulado en el art. 153.2 del Código Penal, establece que la “violencia doméstica” es la ejercida en el ámbito de la familia, donde la relación de convivencia se supone pacífica y las personas que pueden sufrir malos tratos son muy variadas en edad y circunstancias. Así son víctimas, los menores, los ancianos, los discapacitados, los incapaces, los enfermos,

los hombres y las mujeres. (Rodríguez, 2007). Excluimos de este apartado las víctimas del art. 153. 1 del Código Penal, que se consideran víctimas de violencia de género.

Por tanto, serán malos tratos físicos los que resulten de lesiones leves o maltrato de obra. Precisamos que cuando se maltrata de obra, el resultado puede ser visible o no en función de las marcas y puede estar materializado este delito en tres supuestos; uno cuando la violencia ejercida “no causa lesión”, dos cuando el resultado es simplemente “menoscabo psíquico” y tres cuando la consecuencia es “una lesión leve”. En estos casos, el maltrato se manifiesta en situaciones que podrían ser de un contacto físico atemorizante, o de invadir el espacio íntimo mínimo, o el de golpear objetos cercanos a la posición de la víctima, empujones o sujeciones empleando la fuerza y obligarle a modificar su postura a la fuerza. Todos ellos son actos atemorizantes hacia la víctima, que pueden o no dejar señales, pero que causan un daño irreparable.

Serán malos tratos psíquicos o emocionales, las amenazas leves (sin armas 171.7 CP. o con armas 171.5 CP.) y las coacciones leves. (172.3 CP.)

Serán malos tratos sexuales: Los realizados con engaño o fuerza para realizar actividades no consentidas por el anciano y que constituyan una agresión o un abuso con violencia o intimidación.

Serán delitos contra el patrimonio: las estafas y hurtos, los robos con violencia y la descapitalización, incluso la incapacitación para acceder a sus bienes.

Así como el abandono de las personas mayores tiene consecuencias civiles y penales, acciones castigadas como dejarlos desamparados y sin la atención necesaria de alimentación, higiene, habitacional y vestimenta adecuadas, atenciones médicas y sanitarias, etc. Según lo expuesto, el delito de maltrato se puede cometer por tanto por acción como por omisión.

3.2. El delito de violencia de género

Según el tipo delictivo, serán víctimas de violencia de género, las mujeres que son maltratadas por su pareja, cónyuge, excónyuge de género masculino. Cuando las mujeres maltratadas, con independencia de la edad, reciben el maltrato de su pareja masculina se convierten en víctimas del delito de violencia de género del art. 153.1 del CP. y reciben una extraordinaria protección legal.

En España, con la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, destaca el proceso ejercido contra este tipo de violencia y sus medidas. En el momento de su publicación de las 72 víctimas 12 eran mujeres ancianas de más de 64 años.

Tanto la ley 27/2003 de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y la Ley Integral contra la Violencia de Género, tratan de erradicar y luchar contra la violencia desde la prevención, la educación, la salud. De esta forma, la difusión de los medios de comunicación, la efectividad de los medios asistenciales y de los procesos de rehabilitación de los autores, y la asistencia en el ámbito de los derechos laborales y económicos, han conseguido grandes logros, pero no

han conseguido modificar las estructuras discriminatorias sociales. Así lo expuesto, las mujeres de más de 64 años por razón cultural y por la postura adquirida en relaciones de poder asimétricas, están más expuestas por la falta de recursos a una mayor dependencia del maltratador y agresor. Esto unido al miedo, a la normalización de la violencia de la mujer, que no encuentra salida a su situación y termina por aceptarla.

Además, la disminución de la capacidad y de la salud de las personas con las que se convive, son factores de riesgo, que pueden derivar en cuadros de maltrato familiar. El llamado “envejecimiento del envejecimiento” va acompañado de numerosas enfermedades neurodegenerativas y patologías que han incrementado la situación de dependencia de los ancianos y mayores en la sociedad actual, hecho que afecta al entorno del anciano y modifica las relaciones con el mismo.

Ponemos en evidencia el efecto cultural y educacional de la trasmisión generacional de la violencia que trata de reprimir las conductas de las personas mayores con el uso de la violencia y emplean el castigo físico como mecanismo habitual, que resulta intolerable en las personas ancianas (Verdugo, 1999).

Recogido en el art. 153 del CP, cuando la víctima es cónyuge o excónyuge, regula las lesiones leves y el maltrato de obra sin lesión.

Serán malos tratos físicos, las lesiones graves (148 CP.) cuando causen daño a la integridad física o mental.

Serán malos tratos psíquicos, las amenazas graves (169 CP.) de causar daño a la persona protegida o a sus familiares vinculado a un mal delictivo y de amenazas leves. (171.4 CP.) Además de las coacciones leves (172.2 CP.) y de las coacciones graves. (172.1CP)

3.3. Tipos penales comunes a ambos tipos de violencia

Se castigarán las injurias o vejaciones injustas (173.4 CP.) que supongan insultos y trato irrespetuoso y el acoso definido en el nuevo artículo (172 ter CP.).

Serán actos constitutivos de violencia habitual, por la repetición de actos de maltrato (173.2 CP.) los que manifiesten el ejercicio de violencia física o psíquica sobre los sujetos siguientes: el cónyuge o relación análoga de afectividad, aún sin convivencia, los descendientes, ascendientes, hermanos (naturaleza o adopción), los menores o incapaces que convivan, los menores o incapaces que tengan una relación de dependencia las personas integradas en el vínculo familiar y las personas vulnerables integradas en un centro o institución tutelar.

IV. INVISIBILIDAD VERSUS VISIBILIDAD DEL MALTRATO

Los autores de los delitos contra las personas mayores se aprovechan de las especiales circunstancias de aislamiento, soledad y en muchos casos de indefensión de sus víctimas. Sólo las políticas de detección precoz y denuncia de estas acciones pueden poner fin a esta situación. Teniendo en cuenta que tanto a los que residen con familiares como

aquellos internados en instituciones, pueden convertirse en víctimas de maltrato, las políticas preventivas deberán diseñarse sobre los distintos escenarios.

Por tanto, apremia establecer mecanismos de detección precoz del maltrato doméstico y proteger dignamente a este colectivo. En estos casos, son los profesionales médicos y sanitarios los que pueden detectar esta circunstancia en la atención directa a estas personas. Al mismo tiempo la implantación de un protocolo de actuación frente al riesgo de maltrato desplegaría un efecto disuasorio para contener determinadas actitudes violentas. Así mismo, verificar la capacitación, formación, especialización y sensibilización de aquellas personas que tengan contacto con ancianos, ya sean cuidadores o familiares, los cuales deberán superar controles periódicos de supervisión.

Destacamos la relevante intervención del Ministerio Fiscal tanto en hogares, como en residencias o instituciones. Garantizando con su actuación el bienestar de este colectivo especialmente vulnerable. Ciertamente la intervención del Ministerio Fiscal frente al maltrato institucional o familiar es un instrumento eficaz y útil de protección civil y penal, en los supuestos en los que deba intervenir por cuestión de incapacidad. (Rubio, 2018).

De esta forma, las residencias y las instituciones inspeccionadas estarán intervenidas y controladas por el Ministerio Fiscal dentro de un procedimiento especial de vigilancia a los ancianos en situación de riesgo. Resultando así, un eficaz medio de prevención, coordinado con la atención sanitaria y los servicios sociales.

Tal y como hemos expuesto, el médico de atención primaria es un detector esencial de maltrato en estas situaciones, al que las personas afectadas, pueden confiar el trato que reciben por parte de su familiares y cuidadores externos. Llegado el caso de sufrir malos tratos intrafamiliares, pueden interponer como sujetos legitimados la denuncia, una vez detectada la situación peligrosa y activar los mecanismos de protección y tutela del ordenamiento jurídico, para estas víctimas. Las personas con discapacidad causada por enfermedades de la edad, como la demencia senil o el Alzheimer, pueden estar sufriendo malos tratos físicos o psíquicos. En estos casos y una vez detectados por los médicos y personal sanitario que los atiende, se activará el protocolo de actuación para la defensa de la parte necesitada de tutela y desplegando todos sus efectos en la persecución del culpable y reparación de la víctima (“ex post”). Así mismo, las políticas de prevención pueden convertirse en el instrumento más eficaz, para evitar el daño (“ex ante”).

La Constitución española a la que nos dirigimos en un principio, es la que señala el camino que debemos seguir, el de la igualdad y la no discriminación.

V. CONCLUSIONES

Esta sociedad debe prevenir, controlar y condenar las acciones delictivas contra los mayores. Dar visibilidad al maltrato y poner en marcha la efectividad del derecho penal represivo y sancionador de las conductas de abuso, es imprescindible y urgente.

Dichos actos violentos no trascienden al entorno cercano y el autor o autora no son reconocidos por la sociedad como maltratadores. La conducta que queda oculta supone

el mayor peligro del maltrato, precisamente el desconocimiento. De esta forma, la sociedad que lo consiente y lo ignora, es cómplice del maltrato. La forma en que la sociedad permite un tipo de relaciones fundadas en el reparto de poder puede transformarse en otro tipo de relaciones válidas y adecuadas a la cultura y a los valores imperantes. Se trata de un proceso de socialización que determina un momento y una cultura concretos, así la sociedad tiene la posibilidad de transformarse y evolucionar a parámetros más evolucionados y justos y ese es el lugar que debemos alcanzar.

Es fundamental que la sociedad reaccione solidariamente y asuma un papel activo tutelar y condene cualquier acción violenta, (especialmente hacia los más desprotegidos), con la misma contundencia y rigor, aunque sean ancianos.

Entender este problema, es sencillo si empatizamos con la experiencia de cualquiera de ellos y más fácil puede resultar, si nos colocamos en su lugar, en un futuro por el que irremediablemente tenemos que pasar. En este juego mental de tiempos, descubrimos lo que sería deseable y justo, y para conseguirlo habría que incentivar profundas reformas.

El maltrato es impredecible, está constituido por actos violentos y amenazas que las víctimas no pueden prever en cuanto al origen y aparición que las desencadena, porque obedecen exclusivamente a las necesidades de la persona agresora, que activa el mecanismo violento, sin causa aparente por parte de la víctima. Esto unido, a la reiteración en el tiempo en el que se cronifica el maltrato y a que, dentro de un contexto de aislamiento de la víctima, se distorsiona la realidad sobre el origen de la violencia. En este contexto, al provocar un sentimiento de culpabilidad en los sujetos que lo soportan, se prolonga el maltrato, bajo la creencia errónea de que, modificando la conducta propia, cesará la violencia ajena. Nada más lejos de la realidad.

En el escenario del maltrato de los ancianos, cuando entran en escena los protagonistas, maltratador y víctima, se deben encender los focos de la ley y la justicia y para castigar y condenar al culpable, en lo que debe ser su última actuación violenta.

El maltrato y la violencia son dañinos e injustos siempre, por tanto, deben desaparecer de un modelo social contemporáneo que avanza hacia la igualdad, que prohíbe la discriminación y rechaza la violencia.

Hacemos especial referencia a los ancianos frágiles y vulnerables, a veces más que los niños, pero no se concentra sobre ellos la atención que merecen, dado el estereotipo sobre la vejez de enfermedad y decadencia, que los conduce al abandono y a la marginación. Un cambio cultural que renueve los paradigmas sobre la ancianidad es ineludible.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, M. (2010). *“Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa.”* Valencia: Tirant lo Blanch.
- ÁVILA-FUNES, J. A. (2008.). *“La fragilidad, concepto enigmático y controvertido de la geriatría. La visión biológica.”* Mediagraphic. Artemisa en línea., 255 a 262. Vol. 144, nº 3.

- BRAVO, N. (2013). *"La fragilidad como elemento estructural de la violencia humana"*. Revista de filosofía Dialnet. vol.30, nº75, 3,2013. (págs.134-149). Disponible en: Vista de La fragilidad como elemento estructural de la violencia humana (produccioncientificaluz.org). Consultado el 26 de abril del 2021.
- Gobierno de Ontario. (2002). *"Declaración de Tornto para la Prevención Global del Maltrato de las personas mayores"*. Ginebra: Organización mundial de la salud.Disponible en : Toronto-DeclarationV-spa (inpea.net). Consultado el 1 abril de 2021.
- GÓMEZ, M. (2010). *"Protección jurídico-penal de las personas mayores frente al abandono. Especial consideración de los delitos de los artículos 226, 229, 230, de la falta del artículo 619 CP y de sus relaciones concursales."* Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª Época, nº 4., (págs.175-198).
- HOYOS SANCHO, M., JAVATO MARTÍN MANUEL DE HOYOS M. (2010). *"Los ancianos como víctimas especialmente vulnerables: algunas particularidades procesales"*. En *"Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal"*.Valencia : Tirant lo Blanch.
- LIMÓN MENDIZABAL, M. R. (1992). *"Características psicosociales de la tercera edad"*. Pedagogía social: revista interuniversitaria,(págs.168-178.)
- MARCO, M. P. (2019). *"Los malos tratos en la tercera edad. La invisibilidad como factor de vulnerabilidad."* TraHs. nº5. Université de Limoges.
- RODRIGUEZ NUÑEZ, A. (2007). *" Violencia en el ámbito familiar"* Coord. Collado José en *" Elementos básicos dela investigación criminal"*. Instituto Universaitario General Gutierrez Mellado de investigación sobre la paz, la seguridad y la defensa. UNED.
- VERDUGO ALONSO, M. A. (1999). *" Qué se sabe del maltrato en la población con discapacidad intelectual"*. Revista siglo cero, nº 30.



Los derechos de propiedad intelectual sobre los programas de ordenador según la legislación de la Unión Europea

INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS ON COMPUTER PROGRAMS
ACCORDING TO EUROPEAN UNION LEGISLATION

Enrique Manuel Puerta Domínguez

Profesor Adjunto de Derecho Internacional
Público, Privado y de la UE (C.E.U. Cardenal Spínola)
empuerta@ceuandalucia.es 0000-0003-1816-5703

Recibido: 7 de noviembre de 2021 | Aceptado: 4 de diciembre de 2021

RESUMEN

El presente estudio aborda, respecto de la protección legal de los programas de ordenador en la normativa y jurisprudencia europea, si resulta suficiente el sistema de protección elegido para éstos, circunscrita al ámbito de la propiedad intelectual de modo específico, o si por el contrario habría que reforzarlos mediante el sistema de los derechos de patente propios del entorno industrial. La solución finalmente elegida, tras una trayectoria vacilante sería la de un derecho de la propiedad intelectual específico, con ciertos tintes o influencias que algunos quieren ver procedentes del Derecho de patentes. Se trata de una normativa que, dejando no pocas lagunas aplicativas en cuanto a su práctica y empleo para dirimir la conflictividad jurídica, es puntualmente asistida por la jurisprudencia informadora del Tribunal de Justicia europeo a requerimiento de las jurisdicciones nacionales. El presente artículo analiza los pronunciamientos más significativos recaídos desde los últimos tiempos hasta la actualidad.

ABSTRACT

This study focuses on the issue, if protection provided for computer programs in European legislation and jurisprudence, circumscribed to the field of a specified intellectual property, is sufficient, or if on the contrary they should be reinforced by means of patent rights specific to the industrial. The solution finally chosen, after a doubtful sequence, would be that of a specific intellectual property right, with certain tints or influences that some want to see coming from patent law. It is a regulation that, leaving many application gaps in terms of its practice and use to resolve legal disputes, is promptly assisted by the informing jurisprudence of the European Court of Justice at the request of national jurisdictions. This article analyzes the most significant pronouncements made from recent times to the present.

PALABRAS CLAVE

Programas de ordenador
Unión Europea
Protección jurídica
Directivas
Jurisprudencia

KEYWORDS

Computer programs
European Union
Legal protection
Directives
Jurisprudence

I. CUESTIONES PRELIMINARES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

Signo de contemporaneidad, el Derecho se ocupó en deparar una debida protección al fruto del esfuerzo creador del ser humano, esto es que los resultados de la labor innovadora aprovechen sustancialmente a aquél que llegó a aquéllos. A este respecto, la diferenciación lo ha sido entre patentes y derechos de autor, o lo que es lo mismo, la distinción entre propiedad industrial o propiedad intelectual como bienes jurídicamente protegidos, el primero vinculado a lo estrictamente científico y técnico, mientras que lo segundo hace al terreno de la creatividad, de la imaginación, de lo plástico o lo estético. Las fronteras que atañen a sendos ámbitos, aparentemente claras, se difuminan en lo tocante a la protección legal que merecen los programas de ordenador, aspecto nuevamente puesto de relieve a nivel europeo (como podremos apreciar, una etapa más), en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 6 de octubre de 2021, recaída en el asunto 19/20, Top System contra el Estado belga. Aquí analizaremos sustancialmente la posición seguida desde la normativa y jurisprudencia de la UE (necesariamente tan interconectadas en cuanto compete a la esencia y juridicidad de dicha estructura supranacional), en contraste con otros referentes mundiales cual puede ser el modelo norteamericano. Son unos modelos que tanto se influyen mutuamente como colisionan entre sí en el mundo globalizado e interconectado. Los programas de ordenador serían al mismo tiempo, origen y consecuencia del fenómeno en sí que conocemos por sociedad digital. Advertimos así que la dificultad se acrecienta por el carácter inmaterial de los programas informáticos, ajenos a los límites estrechos espacio-temporales de aquellos bienes o artículos del mundo físico; una inmaterialidad que los hace huir de los estrechos márgenes de los ordenamientos nacionales para afectar a iniciativas y mecanismos normativos de rango supranacional.

Desde un punto de vista estrictamente técnico, las definiciones aportadas desde los diversos entornos legislativos acerca de qué haya de entenderse por un programa de ordenador suelen ser bastante certeras, unas centradas en el programa de ordenador en sí. Algunas de estas definiciones resaltan una cierta dualidad en la propia realidad del concepto de programa de ordenador. Habría que diferenciar entre un programa *fuentes* y un programa *objeto* que, si bien pueden considerarse como entidades separadas, ambos forman parte de un *unicum* sustancial e inseparable y, aunque generalmente sólo este último está sujeto a negociación, ya que permite obtener resultados útiles en términos de imágenes y palabras, mientras que el otro permanece inédito, generalmente con el fin de proteger el secreto del contenido de las instrucciones (Chimienti, 2000, 55). Otras atendiendo a factores tales como la venta de programas en paquetes de instalación destinados a la venta al público. De tal modo, en la adquisición de *software* mediante soportes físicos, habría dos traslaciones separadas de diferente naturaleza, aunque completadas al mismo tiempo: la primera regulando el disfrute de la obra, que es una licencia de uso, la segunda una venta, que transfiere la propiedad del soporte material. Consecuentemente, la relación de venta debe prevalecer sobre la de licencia,

ya que la incorporación del programa en dicho soporte vincula esencialmente tanto al destino como a la normativa aplicable, dado que el contrato de licencia sólo puede ser aceptado por el usuario después de pago del medio, asumiendo así un carácter dependiente y auxiliar con respecto a la relación principal de venta entre éste y el revendedor del bien físico (Farina, 2011, 116).

A título inicial, por lo que respecta a nuestro ordenamiento interno, en transposición de las Directivas vigentes europeas (y de las que nos ocuparemos en su momento) el Título VII del RDL 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual concibe al programa de ordenador (art. 96) como “toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación”. Dicho precepto establece que, a los efectos del citado cuerpo legal, queda comprendida dentro del concepto de programa de ordenador su documentación preparatoria, incluida la documentación técnica y los manuales de uso. ¿Pero es significativamente suficiente una protección de los programas ceñida exclusivamente al ámbito de la propiedad intelectual? ¿Sería precisa su protección reforzada mediante los derechos de patente? ¿O basta con un derecho de la propiedad intelectual de carácter específico? Este último criterio resulta ser la posición seguida en sede de la Unión Europea, no sólo en lo que toca a su ordenamiento jurídico propio, sino muy especialmente debido a la jurisprudencia informadora del Tribunal de Justicia europeo surgida a requerimiento de las jurisdicciones nacionales mediante la técnica de la cuestión prejudicial del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

Es una certeza que los programas de ordenador igual que pueden ser arte o sirven para crear arte, su uso implica el desarrollo de aplicaciones con un indudable uso o trasfondo tecnológico e industrial. Con tal trasfondo, el análisis pormenorizado de los orígenes, desarrollo y estado presente de la específica y avanzada normativa europea en materia de protección legal de los programas de ordenador, con su previa recalada. Una visión inicial operada respecto de los ordenamientos jurídicos comparados más relevantes nos pondría de manifiesto que los programas de ordenador, si bien tenidos como expresión principalmente encuadrada en los derechos de propiedad intelectual (de *copyright* en la terminología anglosajona) tienen indudables vínculos con el otro gran campo protector legal de los productos del intelecto humano, cual es el Derecho de patentes. Así las cosas, es preciso pues inicialmente deslindar qué parte de propiedad intelectual y qué factores de las de invenciones patentables incumbirían a los programas informáticos, para así calibrar las consecuencias de dicha coexistencia entre sendos estilos normativos de protección. Una protección integral de los programas de ordenador implicaría pues idealmente la instauración de un sistema de protección doble, o que en todo caso lo precisaría, con independencia de que luego los mecanismos e instrumentos legales habilitados estén luego a la altura de semejantes requisitos. Pero esos dos entornos no serían simétricos, sino que obedecerían a entornos diferenciados, cada uno con sus propias reglas y tiempos; dicho de otros modos, no existiría una normativa que deparase por sí sola ambas variantes.

Por lo que respecta a los derechos de autor con relación a los programas, el criterio de protección se apoya en la originalidad de su creación. En cuanto a obra procedente del talento humano es protegible sin formalidad expresa, pero resulta preciso aportar pruebas sobre las fechas concretas de su creación y acerca del vínculo de la obra de su creador. Es la forma del programa lo protegido, por un período muy amplio que puede llegar en algunos casos a los herederos y con máximos que pueden alcanzar varias décadas tras el fallecimiento del autor (alrededor de 70 años en los países de nuestro entorno).

El derecho de patente confiere un derecho exclusivo de explotar respecto del territorio de un cierto país o conjunto de países, por una duración limitada (la media en las normativas nacionales de nuestro entorno está en los 20 años, por anualidades renovables), mediando el pago de unas tasas anuales a las oficinas de patentes correspondientes previo examen, obteniéndose con ello una protección de cara a terceros consistente en una difusión o publicación legal de ese derecho de patente (tramitación que suele de media alcanzarse unos 18 meses tras el depósito de la solicitud de patente). Para ser patentable, un programa de ordenador, o más bien los productos alcanzados con el mismo (y con total independencia de su protección intelectual) debe alcanzar las tres exigencias tradicionales, esto es; su carácter enteramente novedoso (que la invención no esté comprendida en el estado actual de la técnica), la actividad inventiva del interesado (es decir, que los mismos resultados no pueden ser obtenidos por alguien de ese mismo sector profesional o se desprendan de manera evidente del estado actual de la técnica y los conocimientos), y que la invención tenga una aplicación industrial (que lo haga apto para ser fabricado o utilizado con fines técnicos y de explotación económica).

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS SOBRE PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR EN EL DERECHO COMPARADO

Por razones de extensión no podremos sino hacer una mera síntesis en la presente sección, la cual nos servirá para detectar algunas diferencias de actitud o enfoque respecto al modo de protección legal de los programas de ordenador ¹. Es un ámbito sujeto a sustanciales evoluciones y reinterpretaciones, en donde el manejo operado sin

1. Podemos recomendar interesantes estudios de contraste legal como por ejemplo el propuesto por Morguese, G. (2014) *La normativa internazionale ed europea sul diritto d'autore en la comunità internazionale*. Recuperado el 6 noviembre 2021 de https://www.academia.edu/11204092/La_normativa_internazionale_ed_europea_sul_diritto_dautore

Otras obras recomendables basan sus propuestas comparativas sobre el tratamiento deparado a la cuestión tecnológica en clave de represión de piratería y uso indebido del *software* surgieron con el auge de internet. Las tenemos por ejemplo en MOOREHOUSE, J.C. (2001) Property Rights, Technology, and Internet Distribution. *Journal of Technology Transfer* 26, 351-361; Marron, D.B., Steel, D.G. (2000) Which Countries Protect Intellectual Property? The Case of Software Piracy. *Economic Inquiry* 38, 159-174, citadas en Rodríguez Andrés, A. (2004) *The Relationship between Copyright Software Protection and Piracy: Evidence from Europe*. Recuperado el 6 noviembre 2021 de https://dea.uib.es/digitalAssets/123/123224_aroDRIGUEZ.pdf

distinciones entre las nociones anglosajonas del *copyright* y de la propiedad intelectual provoca cierta apariencia ausencia de paralelismo que tampoco conviene exagerar. Por tanto, aunque se den conceptuales entre derechos de autor y derechos de autor anglosajón, unas diferencias que se relacionan no tanto con el objeto como con el contenido de la protección, las dos expresiones se emplean como sinónimas, cuando no la extensión de los derechos de autor también a estos activos intangibles ha creado un tercer género a medio camino entre el derecho de autor y el derecho de patentes, en el que la intensa protección que brinda el segundo parece fusionarse con la ausencia de formalidades constitutivas propias del primero (Ricolfi, 2001, 362, 401).

En todo caso, comenzando por los Estados Unidos, en esta gran potencia creadora prácticamente del programa de ordenador como tal no hallamos manifestación legal alguna que dé pie a priori a una negación de la patentabilidad de los programas de ordenador. Pero ello no quiere decir que este reconocimiento se haya conseguido de un modo fácil en la actualidad, puesto que el peso esencial de la cuestión recaía en la práctica desarrollada por las instancias competentes. Inicialmente, la oficina norteamericana de patentes y marcas, conocida bajo sus siglas de USPTO, fue al comienzo totalmente reacia al estimar mediante sus directrices de examen que los programas serían más productos de la creación intelectual que resultados del ámbito técnico. Sin embargo, a mediados de la última década del siglo pasado se dieron significativas novedades que mudaron este parecer².

Otros posicionamientos que tenemos que comentar son los seguidos desde diversas instancias supranacionales como son la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización Internacional de la Propiedad Industrial (conocida bajo las siglas WIPO), o la Oficina Europea de Patentes (OEP). Con relación a la primera institución, el art. 27 del documento conocido bajo las siglas ADPIC, esto es, Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados sobre el comercio³. Más escuetos parecen ser en

2. Unas nuevas directrices publicadas en junio de 1995 posibilitaron unas primeras concesiones de patentes a los programas condicionadas a que revistiesen efectos de un carácter técnico, como por ejemplo sería que el programa estableciese novedosas modalidades de control de maquinarias y aplicaciones industriales. El algoritmo matemático como tal sería protegible en su caso desde la propiedad intelectual, pero sus desarrollos o utilidades tecnológicas e industriales podrían verse beneficiar de la patente según las nuevas miras de la USPTO. El punto de inflexión se complementó mediante algún trascendental fallo jurisprudencial (de enorme valor en un sistema como el norteamericano del *Common Law*), el cual, no expresamente dirigido a los programas de ordenador, los condicionó sustancialmente hacia su patentabilidad. Tal sería el asunto conocido como "*State Street Bank*" de 1998, una decisión de la Corte de Apelación Federal acerca de la patentabilidad de ciertos métodos de negocio. Según esta jurisprudencia, toda pretendida invención podría verse eventualmente protegida por patente en los Estados Unidos "si implicaba una aplicación práctica, de modo que produjese un resultado útil, concreto y tangible". El sentido abierto de esta jurisprudencia abría que los programas, en cuanto a modalidades o instrumentos en los que se canalizasen estos "negocios" podrían verse patentados.

3. El art. 27 reza exactamente: "Las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial"; ello hace que los programas de ordenador no resulten expresamente excluidos.

aparición los posicionamientos de la WIPO, la cual en su página oficial dedica algún somero pasaje a la patentabilidad de los programas, llegando a plantear el meollo del problema, pero sin proponer soluciones, dada que las divergencias y polémicas en este sentido van de unas zonas del mundo a otras. Por ello su enfoque podríamos calificarlo de “descriptivo”, y finalmente hostil a la patentabilidad como tal de los programas de ordenador⁴.

Por lo que atañe a la OEP, leemos en el art. 52.2 c) del Convenio sobre la patente europea que no se considerarán invenciones patentables “los planes, principios y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, en materia de juegos o en el campo de las actividades económicas, así como los programas de ordenador”. Pese a ello, ciertas decisiones habidas en el seno de la Cámara Técnica de Recursos de la OEP han deparado el resultado de que los programas pueden verse reconocer una patente, siempre y cuando se den ciertas condiciones estrictamente delimitadas, y que han sido susceptibles de dar completamente la vuelta al restrictivo precepto arriba citado⁵. El punto de inflexión arrancó con el asunto “VICOM” de julio de 1986⁶.

4. Vid. Así la Página Informativa de la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual. Recuperado el 6 noviembre 2021 <https://www.wipo.int/patent-law/fr/developments/software.html>. En la misma podemos leer: “Una vez creado, a menudo es posible reproducir *software* fácilmente y a bajo costo. En consecuencia, sin mediar una protección adecuada contra copias y usos no autorizados, los productores de *software* se ven privados de recuperar sus inversiones. El *software* es un producto único en el sentido de que realiza diferentes funciones utilizando expresiones escritas en lenguaje informático. Si bien los derechos de autor protegen las *expresiones literales* del *software*, no protegen el *contenido* que existe detrás de ellas, lo cual implica la parte esencial de su valor comercial. Y dado que estos conceptos a menudo se relacionan con funciones técnicas como el control de máquinas o el procesamiento de datos, los diseñadores de *software* se dirigen al sistema de patentes para proteger sus diseños. Sin embargo, dadas las peculiaridades de la innovación de *software*, algunos consideran que la protección del mismo mediante patentes obstaculizaría la competencia en este campo. Argumentan que la innovación de *software* generalmente se basa en el trabajo acumulativo y secuencial con reutilización de elementos creados por otros, de modo que la necesidad de preservar el funcionamiento interconectado los entre programas, sistemas y redes es incompatible con la patentabilidad”.

5. La labor de la OEP ha suscitado un significativo interés por parte de diversas instituciones en lo que atañe al modo en que su práctica “jurisprudencial” ha posibilitado en cierto modo una vía hacia la patentabilidad de los programas de ordenador. Recomendamos así por ejemplo el Documento de Trabajo de la Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo de septiembre de 2002 Patentabilidad de programas de ordenador Debate en torno a la legislación de ámbito europeo en el campo de las patentes de *software*. Recuperado el 6 noviembre 2021 de <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/c4101a4e-c680-4170-bc8f-c4a2e54daf37>. También Buydens, M. (2014) *L'application des droits de propriété intellectuelle, Recueil de Jurisprudence*. Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle Recuperado el 6 noviembre 2021 de <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=3393&plang=EN>.

6. En la especie, a los efectos de obtener su patentabilidad, la Cámara Técnica de Recursos estimó que el programa o procedimiento informático debía posibilitar una solución técnica a un problema, o lo que es lo mismo, hacer surtir unos “efectos técnicos”. Con ello se superaba por primera vez la convicción según la cual, dado que los programas de ordenador eran sustancialmente algoritmos asimilados a las matemáticas, éstos estarían desprovistos de todo carácter o sentido técnico. La resolución “VICOM” llegó a este resultado mediante la diferenciación entre unos estimados como algoritmos matemáticos *puros* y otros que serían los algoritmos *aplicados*, susceptibles de ser empleados en un

El siguiente paso lo dio la Cámara Técnica en los conocidos como asuntos “IBM 1” de julio de 1998 e “IBM 2” de febrero de 1999, que consolidaron y aclararon los pasos dados en su posicionamiento “VICOM”⁷. La doctrina por su parte se suscribió a esta idea de lo impropio y ambiguo que suponía extender la patentabilidad a los programas de ordenador⁸.

III. EVOLUCION EN LA NORMATIVA EUROPEA EN SUS DIRECTIVAS CON RELACIÓN A LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR; RECHAZO DE LA PATENTABILIDAD

Hemos de entender que la intencionalidad de las instituciones de la Unión Europea encargadas de la adopción de los actos del Derecho derivado a partir de las diversas bases habilitantes existentes en los Tratados constitutivos ha intentado responder, en la medida de lo posible, a ciertas líneas concretas de actuación en el terreno del gran mercado interior y la protección de los programas de ordenador, a saber: 1ª)- clarificar la situación jurídica que afecta a los programas de ordenador de un modo asequible incluso a los no especialistas; 2ª)- perseguir eficazmente la falsificación o empleo indebido, así como toda manifestación calificable de plagio; y 3ª)- supeditar la posibilidad de patentar los programas de ordenador en función de su contribución a la técnica, y no únicamente por motivo una utilidad circunscrita a su beneficio económico.

La doctrina no es unánime al determinar el punto de partida del interés de la UE por la materia, si bien el mismo puede determinarse en la remota fecha de 1987, momento en el cual se aprueba una primera Directiva del Consejo 87/54/CEE de 16 de diciembre de 1986 sobre la protección jurídica de las topografías de los productos

determinado proceso con sentido útil y novedoso. La mera sucesión de algoritmos novedosa según la Cámara Técnica de Recursos no tendría patentabilidad fuera de su aplicación a procesos, pero el algoritmo por sí mismo tampoco iba a ser un hándicap o barrera, de manera que sería patentable cuando proporcione soluciones o utilidades a un cierto problema técnico.

7. En los propios términos de la Cámara Técnica en sendos asuntos “no se puede considerar que los programas de ordenador tengan un carácter técnico por el mero hecho de ser programas de ordenador”, lo cual se relaciona directamente con el sentido excluyente del art. 52.2 precitado. Una simple interacción entre el programa y el ordenador en el que está inserto, es decir, las mutaciones de índole eléctrica que se dan en el interior del ordenador y que traen su causa en la ejecución del programa, no resultarían suficientes para proporcionar ese plus de carácter técnico que haga escapar al programa de la barrera excluyente del art. 52.2. En efecto, todo programa hace funcionar a un ordenador mediante ciertos cambios de estado eléctrico en sus componentes. La patentabilidad tendría que acentuarse pues, en aras de su eventual consideración, con relación a las utilidades prácticas que reporta. Desde el punto de vista de la Junta, un programa de computadora reivindicado como tal no está excluido de la patentabilidad si ese programa, una vez implementado o cargado en un ordenador, produce o es capaz de producir un efecto técnico que va más allá de las interacciones físicas *normales* que existen entre el programa (*software*) y la computadora (*hardware*) en la que se ejecuta”.

8. Por todos, Warusfel, B. (2006) L’ambigüité de la notion de brevetabilité du Logiciel, en Warusfel, B. (et al.) (pp. 165-222), *La propriété intellectuelle en question– Regards croisés européens*, Collection IRPI, Editions Litec, París.

semiconductores⁹. Puede decirse que a raíz de esta primera iniciativa, el interés de la Comisión en su labor programática se puso marcadamente de manifiesto¹⁰.

Desde un punto meramente cronológico, el primer instrumento normativo que incidía en la protección de los programas de ordenador desde una perspectiva esencialmente ligada a la propiedad intelectual fue la Directiva 91/250/CEE del Consejo de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, primera de su especie¹¹.

Se impondría con esta norma la convicción de que lo que quedaría excluido de la patentabilidad serían los programas de ordenador en cuanto a tales, de manera que, caso de estar incorporados en un equipo informático o máquina, y el conjunto o proceso cumpliera los requisitos comunes exigidos en las oficinas de patentes (novedad, producto derivado de una labor inventiva y susceptibilidad de uso o utilidad industrial), dicha resultante o mecanismo que hace funcionar un ordenador de un modo novedoso gracias al programa sí que podría ser protegido por una patente. Efectivamente, en el entorno europeo las presiones por parte de los autores y empresas que desarrollan programas se han venido también produciendo durante todo este tiempo, al estimar que, en comparación a las patentes, la protección a base de derechos de autor o *copyright*, característica de la propiedad intelectual, parece demasiado débil, más aún ante las enormes inversiones económicas que requieren el desarrollo de los programas¹².

9. Dicha normativa, aún más preocupada en cuestiones de *hardware* que en las del *software*, adoptaba una tutela *híbrida*, que contenía entremezclados aspectos típicos del derecho de autor (propiedad intelectual) y otros propios del sistema de patentes (apreciándose estas incidencias en los arts. 2.2 y 10).

10. Tenemos así un primer Libro Verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología del año 1988, en el cual la Comisión puso el foco en los principales problemas que interesaban a los derechos de autor en el contexto del desarrollo tecnológico, siendo tal hito el comienzo de una importante actividad de propuesta de actos normativos, concretamente Directivas, que irían a determinar una parte sustancial de la legislación obligatoriamente aplicable para los Estados miembros en lo concerniente a la protección legal de los programas de ordenador. Libro Verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología del año 1988, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas (OPOCE), año 1988. Recuperado el 6 noviembre 2021 de https://books.google.es/books/about/Libro_verde_sobre_los_derechos_de_autor.html?id=gi85xgEACAAJ&redir_esc=y. Esta iniciativa se completó posteriormente por medio de otros documentos de la Comisión de un porte más genérico, caso del Libro Verde de la Innovación de 20 de diciembre de 1995, Recogido en Doc. COM(95) 688 final. Recuperado el 6 noviembre 2021 de https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:eb5dae41-104d-4724-ac99-d7cbcfa11b86.0008.01/DOC_1&format=PDF

11. Esta normativa asentó en su art. 1 que los Estados miembros debían deparar protección a los programas de ordenador exclusivamente por la vía de los derechos de autor, lo que excluiría a aquéllos de su posible protección por medio de patentes. que impone a los Estados miembros proteger los programas originales de modo parejo a como resultan tuteladas las producciones literarias, en el sentido que éstas conocen con respecto de la Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de septiembre de 1886 (cuyas últimas enmiendas datan de 1979).

12. Cabe resaltar que las sucesivas producciones normativas por parte de la UE que se vinieron dando en el entorno de la protección a las producciones informáticas (más o menos conectadas con los programas de ordenador), han mostrado su insensibilidad ante tales quejas, optando siempre por excluir las patentes para los programas de ordenador y derivarla a los derechos de autor (tal sería el ejemplo deparado por el artículo 5 c) de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos).

Pero estas quejas no eran compartidas de modo unánime en Europa, sino que parecían estar exclusivamente del lado de los programadores y empresas informáticas, mientras que un público consumidor, partidario del *software* libre tras un periodo de derechos de autor que aun estiman demasiado largo, se mostraba manifiestamente enfrentado a tales reivindicaciones. En el año 2002 ambas tendencias colisionaron. Pareció que iba a producirse una auténtica revolución en el entorno europeo cuando la Comisión presentó su Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador, que contenía ciertamente pasajes muy esclarecedores¹³. La doctrina se ha inclinado a introducir interesantes matizaciones a algunas iniciativas europeas relativas al rechazo de la patentabilidad de los programas de ordenador, entendiendo que debe darse una transformación física dentro del computador, por lo que queda fuera de la patentabilidad la mera manipulación de ideas abstractas o la simple realización de algoritmos matemáticos. Así, no sería patentable un programa que creara otro programa, un *software* para redactar sentencias, o para realizar o resolver ecuaciones diferenciales (Coripio Gil-Delgado, 2003, 351).

No nos detendremos excesivamente en este fallido intento por razones de brevedad, si bien indicaremos que el fiasco se debió al choque entre esas dos concepciones, una más norteamericana, antes vista, proclive hacia una ampliación de la patentabilidad en favor de los programas, y el posicionamiento europeo, imbuido de un sentido más encuadrable del *software* como un bien suficientemente protegido por los derechos de autor y aun éstos limitados en favor del interés general. No sería patentable un programa que creara otro programa, un *software* para redactar sentencias, o para realizar o resolver ecuaciones diferenciales. Estos razonamientos habrían sido estimados como inoperantes o poco realistas hoy por hoy para deparar protección patentable a los programas de ordenador, especialmente ante la falta de conciliación de un sistema europeo integrado de patentes, sin que previamente exista un entramado de titularidad de la UE para esta clase de instrumentos¹⁴. Y ya en clave de cierre ante estas controversias y su fracaso final

13. Propuesta de la Comisión para Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador Doc. COM (2002) de fecha de 20 de febrero de ese año. Recuperado el 6 noviembre 2021 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002PC0092&from=ES>.

Ciertos preceptos de esta Propuesta de la Comisión merecían considerarse, aunque sólo fuera para clarificar conceptualmente la divisoria entre derechos de autor y la parte sobre la cual podría haber una patentabilidad, inclusive hoy en día. Así tenemos su art. 4 (condiciones de patentabilidad): "1. Los Estados miembros garantizarán que las invenciones implementadas en ordenador sean patentables a condición de que sean nuevas, supongan una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

2. Los Estados miembros garantizarán que, como condición para que impliquen una actividad inventiva, las invenciones implementadas en ordenador deban aportar una contribución técnica.

3. La contribución técnica deberá evaluarse considerando la diferencia entre el estado de la técnica y el ámbito de la reivindicación de la patente considerada en su conjunto, que puede incluir tanto características técnicas como no técnicas".

14. En este sentido, FOCUS, Nota del Servicio de Prensa del Parlamento Europeo 20050819FCS01001 bajo el título "Patentes de programas informáticos: el «voto histórico» del Parlamento Europeo pone fin a una batalla". Recuperado el 6 noviembre 2021 de <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+IM-PRESS+20050819FCS01001+0+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>

por lo que atañe a la patentabilidad de los programas de ordenador es como debe entenderse la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, la cual opera mejoras en los ámbitos comunes, pero sin alcanzar a los programas de ordenador.

Quedó pues la Directiva de 1991 hasta que las reformas institucionales con motivo de la última fase de los Tratados constitutivos de la UE acometida en Lisboa tuvo lugar. Ello explica la actitud de las instituciones para proceder a un nuevo intento parcial de aproximación de las legislaciones internas sobre los derechos de autor¹⁵. Y así llegamos a la actual Directiva 2009/24 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador, que opera una codificación y puesta al día de la Directiva de 1991, con un alcance realmente innovador poco apreciable, salvo ciertos aspectos que la doctrina no obvió en su momento, (hoy menos relevantes debido a la incidencia de internet) como es el caso de los programas comercializados en disco o CD Rom. A este respecto se resalta que El considerando 29 de la Directiva 2001/29 especifica expresamente que en el caso de la distribución de obras intelectuales guardadas en CD-ROM, la propiedad intelectual está incorporada en un soporte material, y más específicamente en una mercancía; por lo tanto, la obra debe considerar inserta en esta mercancía, cuyo destino físico y jurídico por tanto compartirá. En consecuencia, la venta del soporte implica necesariamente la venta del programa, mientras que en caso únicamente de alquiler del primero lo obtenido es una licencia de uso del segundo (Farina, 2011, 136). Ulteriores evoluciones doctrinales especulan con el impacto de internet en la protección de los programas.

A fin de facilitar el tránsito entre las normativas y el aprovechamiento de la jurisprudencia del TJUE en cuanto a acervo comunitario, la Directiva de 2009 recoge la tabla de equivalencias de los preceptos actuales con respecto de la Directiva de 1991. Mediante su empleo, y tal como podremos apreciar seguidamente, el tratamiento jurisprudencial de una y otra Directiva se caracteriza por su intercambiabilidad, operada desde la base de un derecho de la propiedad intelectual corregido y adaptado, es decir, elaborado desde una sensibilidad del TJUE que daría la impresión que llega a rozar aspectos muy cercanos al sistema de patentes.

IV. APORTACIONES JURISPRUDENCIALES EN SEDE EUROPEA

El cambio normativo habido no afecta sustancialmente a la jurisprudencia analizada, de modo que la misma puede referirse indistintamente a una y otra Directiva y resulta sustancialmente intercambiable desde la más tradicional óptica del conocido como *acervo comunitario*. Tal es el caso del último pronunciamiento habido y largamente esperado,

15. La base legal para el nuevo tiempo se confiaría al que iría a quedar como art. 114 TFUE, entendido como el característico instrumento empleado con el objetivo de dar adecuada realización al mercado único. Salvo tal cometido, se vendría ahora a estimar que los Estados miembros quedarían libres para decidir a su elección, con la base del actual art. 345 TFUE, sobre el régimen público o privado de la propiedad (incluida la intelectual), mas dejando a nivel europeo la regulación de aquélla a los fines de asegurar el funcionamiento del mercado único.

el asunto Top System. En efecto, el sistema normativo descrito en el apartado precedente ha dejado algunas dudas interpretativas a las que la jurisprudencia unificadora del Tribunal de Justicia de la Unión se ha visto obligado de tanto en tanto a responder por medio de las cuestiones prejudiciales remitidas desde diversas instancias judiciales de los Estados miembros. Es también interesante ver los casos planteados, pues una cosa es la teorización normativa en la materia, y otra el modo en que los casos se plantean de modo jurisprudencial y práctico para su tratamiento y resolución ante los Tribunales. Los modos del Derecho continental romanista y del *Common Law* anglosajón se dan pues la mano en este tipo de pronunciamientos jurisdiccionales en sede comunitaria. Sería preciso ver si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es asimilable en flexibilidad y resultados para los programas de ordenador a las modalidades de *fair use* analizadas en los epígrafes precedentes. Efectivamente, los pronunciamientos de la Alta Judicatura de la UE arrancan a partir del año 2010, y se refieren unas veces a la Directiva de 1991 y otra a la de 2009. Las cuestiones abordadas por el TJUE como respuesta a las cuestiones prejudiciales remitidas por las jurisdicciones nacionales constituyen actuaciones sobre una misma realidad jurídica; que vayan referidas a una u otra Directiva dependen de circunstancias aleatorias, como es el estado de transposición de las diversas Directivas en cada país afectado, o los desarrollos del proceso interno hasta determinarse por la jurisdicción competente la formulación de la vía prejudicial ante el TJUE. Tenemos sentencias anteriores al pronunciamiento Top System que versan sobre la Directiva de 2009, mientras que éste último ejemplo lo es aún con respecto a la Directiva, ya derogada de 1991.

Con estas ideas, aclaradas durante el discurso de nuestra investigación, llegamos al primero de los ejemplos jurisprudenciales, la **STJUE de 22 de diciembre de 2010, recaída en el asunto 303/09 que enfrentaba la *Bezpečnostní softwarová asociace***, una asociación checa para la protección de los programas de ordenador, al Ministerio checo de cultura. Dicha asociación se consideraba defraudada por el segundo en sus expectativas tendentes hacia una protección de las interfaces gráficas conformes al derecho de autor específico representado por la Directiva de 1991, pues el Ministerio estimaba que la interfaz gráfica de usuario sólo sería objeto de protección contra la competencia desleal. En principio, si bien se estimaban como dignos de protección a cargo de la Directiva los códigos fuente, en cuanto determinan la arquitectura general del programa, otros componentes (tales como las interfaces, los denominados códigos objeto, e inclusive el material preparatorio del programa) no eran específicamente contemplados a efectos de su protección mediante derechos de autor. Ello lleva al TJUE a pronunciarse acerca de cuál es el rol que compete a aquéllas. La interfaz gráfica es considerada como un elemento del programa mediante el cual los usuarios acceden a las funcionalidades del mismo; en otros términos, dicha interfaz no permite la reproducción del programa, sino únicamente su utilización (y por tanto está fuera del ámbito específico de protección de las Directivas de 1991 y 2009)¹⁶. Este razonamiento expresado por el TJUE trae

16. Considerandos 40 a 42. El TJUE deduce entonces que la interfaz queda fuera de la protección específica de derecho de propiedad intelectual específica de los programas de la Directiva, pero ello

otras incidencias en cuanto a la titularidad de los derechos inherentes a las interfaces y su marco de protección, de manera que se deja abierta una eventual protección de dicha interfaz por medio de la Directiva 2001/29 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información¹⁷.

El siguiente pronunciamiento lo tenemos en la **STJUE de 2 de mayo de 2012, que en el asunto 406/10 oponía a dos empresas, la SAS Institute Inc., y la World Programming Ltd.** Más claramente que el anterior, este pronunciamiento lleva al TJUE a reafirmar que los derechos de autor sobre los programas de ordenador no pueden servir para monopolizar ideas en detrimento del progreso técnico y del desarrollo industrial. La intención es pues de establecer un justo equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual y las libertades creativas y de comercio. Se trataba que la empresa SAS había elaborado un conjunto de programas de ordenador con un lenguaje propio cuyo componente esencial era el denominado “sistema o lenguaje SAS”. Dicho sistema permitía múltiples funciones en materia de tratamiento y análisis de datos estadísticos. Tales funciones podían extenderse añadiéndoles componentes suplementarios en el sistema. Sucedió entonces que la empresa World, titular de una licencia de utilización, y estimando que existía un mercado potencial para programas de sustitución capaces de ejecutar las aplicaciones escritas en “lenguaje SAS”, decidió crear un programa alternativo que permitiría leer y hacer funcionar directamente dichas aplicaciones escritas en “lenguaje SAS”. El resultado lo obtuvo World sin acudir a la descompilación del código del programa, ni tampoco contaba con el código fuente del mismo; World se limitó a estudiar el funcionamiento del “lenguaje SAS” para analizar sus principios e ideas de funcionamiento. SAS Institute acusó a World por una parte, de haber copiado indirectamente y sin su autorización, el programa objeto de licencia y sus funcionalidades, y por otra, de haber reproducido sus manuales de autorización, lo que constituiría infracción a los derechos de propiedad intelectual. El TJUE reformuló las cuestiones remitidas en tres núcleos esenciales:

no significa que las interfaces queden ayunas de protección. El autor de una interfaz puede en todo caso reivindicar la protección de ésta según las normativas comunes de los Derechos de autor (pensamos en normativas armonizadas respecto a la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información), aunque a este tenor el TJUE indica también que “la radiodifusión televisiva de la interfaz gráfica de usuario no constituye una comunicación al público de una obra protegida por el derecho de autor en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29”.

17. Considerandos 54 a 56. Concretamente, en el marco de las relaciones laborales entre las empresas y sus empleados cuando son éstos los que crean aspectos de programación protegibles en cuanto tales. En efecto, el derecho de autor propio de los programas de ordenador (Directivas 1991 y 2009) confiere al empleador derechos sobre el programa creado por sus asalariados en el ámbito de sus cometidos laborales, mientras que en un contexto de protección fuera de la especificidad de programas las circunstancias son diferentes. En este último caso la previa existencia de un contrato de trabajo no reporta consecuencia alguna sobre la titularidad de los derechos de autor; el asalariado queda pues como titular de los derechos de la obra fruto de su creatividad.

1. “Si la funcionalidad de un programa de ordenador, así como el lenguaje de programación y el formato de los archivos de datos utilizados en un programa para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de dicho programa y, como tales, pueden estar protegidos por los derechos de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de esa Directiva”¹⁸.
2. “Si la persona que haya obtenido una copia con licencia de un programa de ordenador puede, sin la autorización del titular del derecho de autor que protege ese programa, observar, estudiar o verificar su funcionamiento con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento de ese programa, cuando efectúa operaciones cubiertas por dicha licencia, con una finalidad que va más allá del marco definido en ella”¹⁹. Hay pues un margen de libertad derivado del hecho de que ni el lenguaje de programación ni las funcionalidades de un programa de ordenador puedan ser objeto de protección bajo la Directiva de 1991²⁰.
3. “Si la reproducción, en un programa de ordenador o en un manual de utilización de ese programa, de algunos elementos descritos en el manual de utilización de otro programa de ordenador protegido por los derechos de autor constituye una infracción de tales derechos sobre ese último manual”²¹.

18. Considerando 29. Concretamente, se contesta en función del art. 1.2 de la Directiva de 1991: “ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de ese programa y, por ello, carecen de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de esa Directiva”. Invocando la sentencia antes vista de 22 de diciembre de 2010, el TJUE saca este posicionamiento del principio según el cual, las ideas y principios que se hayan a la base de cualquier elemento de un programa de ordenador, incluidos los que se encuentran como fundamento a sus respectivas interfaces, no están protegidos por los derechos de autor específicos de los programas de ordenador.

19. Considerando 47. Aquí el TJUE responde en aplicación del art. 5.3 de la Directiva de 1991: “Quien haya obtenido una copia con licencia de un programa de ordenador puede, sin la autorización del titular de los derechos de autor, observar, estudiar y verificar el funcionamiento de ese programa con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquiera de sus elementos, cuando realice operaciones cubiertas por esa licencia así como los actos de carga y desarrollo necesarios para la utilización del programa de ordenador, siempre y cuando no infrinja los derechos exclusivos del titular de los derechos de autor sobre ese programa”.

20. Ello va en línea con lo que ya el Abogado General en dicha causa apuntó en sus Conclusiones al asunto, según las cuales (no sin cierta sorpresa) “el lenguaje de programación está constituido por palabras y caracteres conocidos desprovistos de toda originalidad, asimilándose así al lenguaje que emplearía el autor de una novela” (Punto 71 de dichas Conclusiones).

21. Considerando 63. Aquí el referente está en el art. 2 a) de la Directiva 2001/29, siendo la respuesta remitida por el TJUE: “La reproducción, en un programa de ordenador o en un manual de utilización de ese programa, de algunos elementos descritos en el manual de utilización de otro programa de ordenador protegido por los derechos de autor puede constituir una infracción de los derechos de autor sobre ese último manual si tal reproducción constituye la expresión de la creación intelectual propia del autor del manual de utilización del programa de ordenador protegido por los derechos de autor, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente”. Ello lleva a entender igualmente que el formato de los ficheros de datos tampoco constituye por sí misma una forma de expresión del programa de ordenador susceptible de protección, y que lo

La tercera muestra, la **STJUE de 3 de julio de 2012 enfrentó en el asunto 128/11 a dos empresas, la norteamericana Oracle y la alemana UsedSoft**, deparando interesantes respuestas a las dudas que, en cuanto a la libertad de empleo del *software* de segunda mano y el alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual para aquél, se habían venido suscitando años antes en determinados entornos doctrinales y confirmados a la postre del fallo ahora comentado²². Se pretendía conocer si el usuario de un programa de ordenador puede revender libremente la copia de la licencia previamente adquirida de modo lícito a otros usuarios. Se enfrentaban por un lado la protección de los derechos de autor y de su modelo de explotación, y por otro, los intereses de los revendedores de programas de ordenador. El fallo dejaría entreabierta la puerta para una progresiva liberalización del mercado de los programas de ocasión, y por consecuencia, que éstos puedan ser empleados en la posterior obtención de invenciones patentables.

Acontecía que la empresa Oracle desarrolla y comercializa programas de ordenador vía recarga por internet. Cada uno de sus clientes adquiere una licencia de uso que le permite, por una parte, bajarse el programa y por otra, almacenarlo en un servidor al cual podrían acceder hasta otros 25 usuarios a partir de sus puestos de trabajo de la empresa adquirente. Por su parte, UsedSoft, dedicada realmente a la comercialización de programas de ordenador ya usados o de ocasión, o lo que es lo mismo, que procedía a la recompra de licencias inutilizadas o parcialmente utilizadas a empresas en período de reestructuración o a particulares para venderlos a terceros (es decir, éstos son los que en su día se bajaron como tales los programas de Oracle). UsedSoft defendía sus prácticas, puesto que la reventa de estas licencias inutilizadas de programas permitiría a las empresas una mejor gestión de sus inversiones en el ámbito informático. De tal modo, el adquirente de la licencia por esta vía a su vez podría bajarse el programa a partir del sitio internet de Oracle, o si ya estaba en posesión de éste último, podría servirse de la licencia de ocasión para permitir a usuarios suplementarios que pudiesen reproducir los programas en sus puestos de trabajo. Oracle demandó a UsedSoft ante las jurisdicciones alemanas arguyendo que, según los términos de sus contratos online, el derecho de uso de los programas no permitía tales recompras ni posteriores cesiones, y que en consecuencia los clientes de Oracle no estaban autorizados para transmitir a UsedSoft como comprador de las licencias la facultad de explotar esos mismos programas, aun usados y aparentemente inutilizados. El TJUE afronta las cuestiones desde diversos razonamientos sucesivos, que desmontan las trabas alegadas por Oracle a favor de la empresa alemana:

verdaderamente protegible es la creatividad, aspectos por cierto muy difíciles de ajustar y que corresponderán al órgano judicial nacional.

22. Abello, A. (2008) La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle. *Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.)* 265, 104-134; Bitan, H. (2010) Droit des créations immatérielles. *Revue Lamy droit de l'immatériel (RLDI)*, 190-242; Le Stanc, C. (2012) Commercialisation de logiciels d'occasion, précisions, Droit du numérique, *Recueil Dalloz*, 2343-2256; Godini, T. (2015) *La tutela giuridica dei programmi per elaboratore e l'esaurimento del diritto di distribuzione: commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE, 3 luglio 2012, c-128/11*. Recuperado el 6 noviembre 2021 de <http://www.masterdirittoprivatoeuropeo.it/wp-content/uploads/2015/06/TEODORA-GODINI.pdf>

1. El TJUE considera la tele-recarga de la copia del programa de ordenador y la licencia de uso un elemento definitivo de transferencia, uso y eventual transmisión²³.
2. Además acaece el agotamiento del derecho de distribución cuando se verifica el bajado o tele-recarga del programa²⁴.
3. Y es así como finalmente se infiere la consecuencia principal equivalente al agotamiento del derecho de distribución, lo que habilita las prácticas de UsedSoft que arrancan precisamente con motivo de la recompra a los antiguos usuarios o adquirentes de Oracle y su posterior reventa a terceros²⁵. Las limitaciones que podrían inferirse del art. 4.2 de la Directiva 2009/24 afectarían sólo “a las copias que han sido objeto de una primera venta en la Unión por el titular de los derechos de autor o con su consentimiento”. No resultarían aplicables “a contratos de servicios, como los contratos de mantenimiento, que son disociables de una venta de ese tipo y que, eventualmente, se celebran por una duración determinada en el momento de la venta”. Ello tiene consecuencias marcadamente aperturistas en el uso libre de las copias de los programas²⁶.

23. Considerando 44. “La descarga de una copia de un programa de ordenador y la celebración del correspondiente contrato de licencia de uso forman un todo indivisible. En efecto, la descarga de una copia de un programa de ordenador carece de utilidad si dicha copia no puede ser utilizada por quien disponga de ella. Así pues, ambas operaciones deben examinarse en su conjunto a efectos de su calificación jurídica” Como resultante, “las operaciones comerciales de que se trata implican la transferencia del derecho de propiedad de la copia del programa de ordenador”

24. Considerando 45. En efecto el cliente de Oracle cuando procede a descargar “la copia del programa de ordenador de que se trata” y celebrar “con dicha empresa el correspondiente contrato de licencia de uso, obtiene, a cambio del pago de un precio, un derecho de uso de esa copia por una duración ilimitada. Así pues, la finalidad de la puesta a disposición por Oracle de una copia de su programa de ordenador y la celebración del correspondiente contrato de licencia de uso es que sus clientes puedan utilizar dicha copia de manera permanente a cambio del pago de un precio que permita al titular de los derechos de autor obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario”

25. Considerando 52. Dice el TJUE: “Se deduce que la existencia de una transferencia del derecho de propiedad transforma el acto de comunicación al público, previsto en el artículo 3 de dicha Directiva, en un acto de distribución contemplado en el artículo 4 de la misma, que puede dar lugar, si se reúnen los requisitos establecidos en el apartado 2 de este último artículo, y como sucede con la primera venta[...] de una copia de un programa prevista en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, al agotamiento del derecho de distribución”.

26. Considerandos 66 a 68. Debe pues entenderse que, “la celebración de un contrato de mantenimiento, como los controvertidos en el litigio principal, en el momento de la venta de una copia inmaterial de un programa de ordenador, tiene por efecto que la copia inicialmente adquirida sea reparada y actualizada. Aun en el supuesto de que el contrato de mantenimiento sea de duración determinada, debe declararse que las funcionalidades corregidas, modificadas o añadidas en virtud de tal contrato forman parte de la copia inicialmente descargada y pueden ser utilizadas por el adquirente de ésta sin limitación de tiempo, sucediendo lo mismo en el caso de que este adquirente decida posteriormente no renovar el contrato de mantenimiento. En tales circunstancias, ha de considerarse que el agotamiento del derecho de distribución, previsto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, alcanza a la copia del programa de ordenador vendida tal como el titular de los derechos de autor la ha corregido y actualizado”

4. El TJUE se sirve por lo tanto de esta disposición y el razonamiento legal construido en base al mismo para justificar que el utilizador de segunda mano del programa pueda bajarse este último sobre su ordenador, y más aún cuando tal acto de reproducción resulta necesario a los fines de permitir al adquirente legítimo utilizar el programa de un modo conforme a su destino²⁷.

Se dilucidaron las circunstancias, esta vez penales, en la **STJUE de 12 de octubre de 2016 del asunto 166/15 afectando los encausados dos ciudadanos letones llamados Ranks y Vasiļevičs**. Aquí los aspectos concernientes a la exclusión de los derechos de autor en casos de transferencia y reventa de programas usados vistos en el fallo anterior adquirirían un nuevo giro. Se les acusaba de integrar una banda organizada cuyos fines consistían en la venta ilegal por EBay de más de 3000 copias de seguridad de programas de Microsoft en el año 2004 en discos usados o de ocasión. Tras sucesivas instancias y recursos el asunto llegó al Tribunal regional de Riga, quien formuló diversas cuestiones a la Alta Magistratura de la UE, la cual terció contestando las siguientes dudas:

1. En la primera se trataba de averiguar si una persona que hubiese adquirido un programa de ordenador con licencia usado o grabado en un disco no original podía invocar (esta vez para evitar una condena penal y a los efectos de los arts. 5 puntos 1, 2 y 4 de la Directiva 2009/24), el agotamiento de los derechos de distribución de la copia del programa que tuviese el primer adquirente, el cual la habría recibido del titular de los derechos sobre el disco original, y más aún cuando este disco original se hubiera deteriorado y el primer adquirente hubiera borrado a su vez su copia inicial. Pero aquí no se daban dos condiciones concretas para reconocer tal agotamiento de los derechos, puesto que se exigiría: primero, que la copia se vendiese por el titular de los derechos con su consentimiento; y segundo, que la comercialización tuviera lugar en el ámbito de la Unión Europea²⁸.

27. Considerandos 82 y 83. Limitar “únicamente al adquirente facultado, en virtud de un contrato de licencia celebrado directamente con el titular de los derechos de autor, para utilizar el programa de ordenador” (...) “tendría por efecto permitir al titular de los derechos de autor impedir el uso efectivo de cualquier copia de segunda mano respecto de la que se haya agotado su derecho de distribución, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, invocando su derecho exclusivo de reproducción establecido en el artículo 4, apartado 1, letra a), de dicha Directiva, privando así de efecto útil al agotamiento del derecho de distribución previsto en el citado artículo 4, apartado 2”.

28. Considerandos 52 y 53. Ello tiene consecuencias claras en el razonamiento del Tribunal. La verdad es que en el contexto en causa se darían tales cuestiones, a la par que concurría en la controversia asunto incidía otro factor decisivo; que lo comercializado no eran copias materiales originales las que pusieron en venta los encausados, sino copias de seguridad recogidas en un soporte que no era el original. A tal respecto, el TJUE invocando inicialmente su sentencia UsedSoft declara: “No cabe negar que la situación del adquirente legítimo de la copia de un programa de ordenador que se vende grabada en un soporte físico que haya sido dañado, destruido o extraviado y la del adquirente legítimo de la copia de un programa de ordenador comprada y descargada en Internet son comparables a la luz de la regla del agotamiento del derecho de distribución y del derecho exclusivo de reproducción reconocido al titular de los derechos de autor. El adquirente legítimo de la copia de un programa de ordenador, que tiene una licencia de uso ilimitado de dicho programa pero que ya no

2. Hay pues ciertas diferenciaciones con respecto al caso UsedSoft que el TJUE pasa a clarificar, proporcionando las condiciones en las cuales podrán efectuarse sucesivamente ventas como las producidas en el caso ahora visto²⁹.
3. La diferencia la marca el TJUE en cuanto a un eventual atentado al derecho de reproducción en el contexto en causa. Las ventas de los dos letones no afectaban ni a la copia del material original, ni a la copia del programa en sí, sino a una copia de seguridad realizada en un medio distinto al original. Aparentemente no cabía identificar este proceder con una infracción del derecho de distribución, el cual habría quedado agotado desde la primera venta. Pero la creación de una copia de seguridad del *software* sí afectaría a una prerrogativa patrimonial que cae bajo el monopolio del autor: el derecho de reproducción, tal como se configura a partir de los arts. 4 letras a) y b) y 6. Y de estas disposiciones se desprende que el comprador del *software* puede realizar una copia de seguridad del mismo bajo dos condiciones estrictas y acumulativas:
 - Si esa persona tiene derecho a utilizar el programa, es decir que lo ha adquirido legalmente;
 - Si la copia es necesaria para el uso del *software*.
4. Entonces parece obvio que hacer una copia de seguridad en su computadora para usar el *software* no infringe de ninguna manera el derecho de reproducción del propietario de los derechos de autor. Resulta diferente cuando esta copia de seguridad se realiza con el propósito de revenderla. En este caso, la realización de dicha copia infringiría efectivamente el derecho de reproducción del titular de los derechos. Pero toda la dificultad aquí radica en el hecho de que no fueron las dos partes interesadas, esto es los encausados, quienes hicieron las copias de seguridad. Afirmaron que adquirieron estas copias de empresas o negocios que ya no las necesitaban y que, de otro modo, habían inutilizado el uso de su propia copia. Esta distinción no parece ser más importante, siempre y cuando las copias de seguridad realizadas por estas empresas fuesen inicialmente legítimas, y por tanto no infringiesen los derechos de propiedad del titular. El hecho de ponerlas

dispone del soporte físico de origen en el que esta copia le fue entregada inicialmente porque la ha destruido, dañado o extraviado no puede, por este mero hecho, ser privado de toda posibilidad de vender de segunda mano dicha copia a un tercero, a menos que se prive de efecto útil al agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, letra c), de la Directiva 91/250”.

29. Tales extremos se contemplan en los Considerandos 55 a 57. En primer lugar, el adquirente inicial deberá eliminar o volver inutilizable su copia (de seguridad o no) que esté en su posesión y recibida del titular de los programas. En segunda instancia, corresponderá al nuevo adquirente probar por cualquier modo válido en Derecho que hubo adquirido legalmente su licencia de uso. Si dichas circunstancias siguen la lógica de la regla del agotamiento de los derechos de distribución, éstas serán muy difíciles de ser puestas en práctica, especialmente en lo que concierne a la prueba de una adquisición legítima de la licencia por el nuevo adquirente. En efecto, un particular lo suficientemente informado y atento estará bien al tanto de las circunstancias que se le derivan de no poder suministrar dicha prueba, más aún en el marco contemporáneo del mercado de ventas a distancia por procedimientos telemáticos.

a disposición de terceros para que estos últimos fuesen los que las vendiesen determina el no cumplimiento de las condiciones para una excepción al derecho de reproducción por la vía de su agotamiento. Por tanto, cabía considerar que la venta de una copia de seguridad de un programa informático en las condiciones acaecidas constituiría base suficiente para considerar una infracción a los derechos de autor (Gautier, 2015, 927). Las copias de seguridad del *software* publicadas por Microsoft en posesión de los encausados podrían pues considerarse falsificaciones y, por tanto, infringir los derechos de reproducción del titular de los derechos, al poner en circulación con fines comerciales copias ilícitas de programas de ordenador.

El penúltimo asunto que nos ha de incumbir se recoge en la **STJUE de 18 de diciembre de 2019, que enfrentaba a las empresas IT Developpment SAS y Free Mobile SAS en el asunto 666/18**. Aquí se aprecia una aplicación de la Directiva 24/2009 supeditada al protagonismo que corresponde esta vez a la Directiva 2004/48, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. En este caso, la empresa Free Mobile SAS fue beneficiaria de una licencia de uso de *software*, cuyos derechos de autor pertenecían a la empresa IT Development SAS. Esta última, acusando a la empresa Free Mobile SAS de haber modificado el código fuente del *software* y de haber así violado dicha licencia de usuario otorgada por la empresa IT Development SAS, reclamó una indemnización por medio de la interposición de una acción en infracción ante el *Tribunal de Grande Instance* de París. El Tribunal, basándose en el principio de responsabilidad extracontractual y contractual no acumulativa, declaró inadmisibles esta solicitud tras considerar que el daño alegado fue causado por una violación contractual. Tal razonamiento tuvo la consecuencia de permitir a los licenciarios procesados invocar en su beneficio las limitaciones y límites máximos de responsabilidad previstos en el contrato y así excluir el método de cálculo de daños específicamente previsto en caso de acción por infracción regulado en ciertos pasajes del Código de la Propiedad Intelectual francés, éstos resultantes de la transposición interna de la Directiva 2004/48. Esta norma, con cierta consideración accesoria a la Directiva 24/2009, habría pues de orientar al Juez nacional en la determinación de los daños, por cuanto enumerarían exhaustivamente los criterios a tener en cuenta para la valoración del mismo. Es en este contexto que la Corte de Apelaciones de París, llamada a entender del asunto por la empresa IT Development SAS formuló al TJUE una cuestión prejudicial que concierne a los límites del respeto a los contratos de licencia de *software*³⁰. Para responder a esta pregunta, el TJUE en su sentencia comenzó recordando que la violación de una cláusula en un contrato de licencia de *software*

30. En concreto la pregunta es: "El hecho de que el licenciario de un programa informático no respete los términos de un contrato de licencia de un programa informático (por la expiración del período de prueba, la superación del número de usuarios autorizados o de otra unidad de medida, como los procesadores que pueden utilizarse para que se ejecuten las instrucciones del programa informático, o por la modificación del código fuente del programa informático cuando la licencia reserva este derecho al titular inicial) ¿constituye:

relacionada con los derechos de propiedad intelectual sí entraba dentro del concepto de “violación de los derechos de propiedad intelectual” en el sentido de la Directiva 2004/48. En consecuencia, el titular de esos derechos de propiedad intelectual “debería poder beneficiarse de las garantías previstas por esta última Directiva, independientemente del régimen de responsabilidad aplicable con arreglo al Derecho nacional”³¹. El TJUE consideró pues que el régimen de responsabilidad extracontractual o contractual no importaba siempre y cuando se respetaran las garantías previstas por esta Directiva. Una de estas garantías es el método de cálculo de daños, recogido en el artículo 13 párrafo segundo de dicha Directiva³². Dicho método resultaría incompatible con la aplicación de límites y topes de responsabilidad contractual³³.

Llegamos finalmente a la **STJUE de 6 de octubre de 2021, recaída en asunto 13/20 Top System frente al Estado belga**, la cual incide en un momento en donde estaba en vigor la Directiva de 1991. No debemos inquietarnos si el citado fallo (respondiendo a preceptos propios de ésta dado que el litigio se produjo durante su vigencia) nos llega cuando ésta ya ha sido derogada por la Directiva 2009/24. No obstante, como tenemos la ocasión de apreciar en el anexo de la última Directiva que recoge la tabla de equivalencias, los preceptos afectados no cambian ni de número ni de contenidos, con lo que el fallo del Tribunal es perfectamente aprovechable al contexto normativo actual.

-
- una infracción de los derechos de propiedad intelectual (con arreglo a la Directiva 2004/48 sufrida por el titular del derecho de autor del programa informático reservado por el artículo 4 de la Directiva 2009/24 sobre la protección jurídica de programas de ordenador,
 - o bien puede quedar sujeto a un régimen jurídico distinto, como el régimen de responsabilidad contractual de Derecho común?”.

31. Considerando 30.

32. Y que se expresa del siguiente tenor: “Cuando las autoridades judiciales fijen los daños y perjuicios:

- a) tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho,
- b) como alternativa a lo dispuesto en la letra a), podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión”.

33. En concreto expresa su fallo que sendas disposiciones “deben interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de una cláusula de un contrato de licencia de un programa de ordenador, relativa a derechos de propiedad intelectual del titular de los derechos de autor sobre dicho programa, está comprendido dentro del concepto de *infracciones de los derechos de propiedad intelectual*, en el sentido de la Directiva 2004/48, por lo que las garantías previstas en esta última Directiva deben asistir al referido titular independientemente del régimen de responsabilidad aplicable conforme al Derecho nacional”. Así, con su decisión, el TJUE habría introducido otros nuevos ciertos matices a su jurisprudencia *Used-Soft* que desde su primera redacción habría venido ocasionando cierta inseguridad en la opinión de algunos de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre *software*. A partir de ahora, los titulares de derechos podrían basar todas sus acciones en la infracción, incluso en el caso de una infracción de los términos de las licencias otorgadas (cuando dicha infracción se relacione con los derechos de autor relacionados con el *software*), sin riesgo de quedar sujeto a las limitaciones y topes de compensación estipulados contractualmente de manera habitual el muchas en las licencias de *software*.

Reivindicada por el Abogado General Szpunar como una nueva oportunidad para el TJUE para profundizar en sus líneas jurisprudenciales en la materia, avala las labores de descompilación que realice el adquirente de un programa a los solos fines de eliminar eventuales problemas de funcionamiento y en el modo que resulte imprescindible y proporcional a tales propósitos correctores.

Efectivamente, el litigio se produce “entre Top System SA y el Estado belga, en relación con la descompilación, por parte del Selor, Oficina de Selección de la Administración Federal (Bélgica), de un programa de ordenador desarrollado por Top System y que forma parte de una aplicación sobre la que dicha oficina de selección posee una licencia de uso”³⁴. Lo relevante parece además es que la oficina pública y la propietaria del programa habían intercambiado correos acerca del mal funcionamiento del programa tras las modificaciones del mismo operadas en el año 2008, y más aún cuando las relaciones entre la empresa programadora y la entidad pública se remontaban a la década de 1990³⁵. Cabe asimismo recordar que las normativas internas de algunos Estados miembros, parecen reflejar ciertas prerrogativas de esta índole, pero sin salir del circuito público, es decir, cuando el titular de los Derechos sobre el *software* es una entidad pública, y no una firma privada. Respecto del caso concreto italiano se recalca (Ruju, 2009, 223) que el artículo 69 del Código de Administración Digital, Decreto Legislativo 82/2005, establece en su apartado 1 que las Administraciones públicas que sean propietarias de programas informáticos creados a partir de indicaciones específicas del cliente público, están obligadas a facilitarlos en formato fuente, completos de la documentación disponible, de forma gratuita a otras administraciones públicas que lo soliciten y que pretendan adaptarlos a sus necesidades, salvo que existan motivos justificados. En el ámbito administrativo, por tanto, por reutilización entendemos el derecho a utilizar un mismo *software* de forma indefinida dentro del circuito público, transfiriéndolo gratuitamente entre diferentes Administraciones públicas por medio de la reutilización de programas y licencias.

Y si bien la descompilación fuera de la corrección por mal funcionamiento estaría protegida por los derechos de autor, ésta se permitiría a estos mismos fines. Con lo cual gracias a esta sentencia conocemos la dimensión exacta de la protección de los programas de ordenador con respecto de las Directivas europeas en relación a manipulaciones o usos como el descrito³⁶.

34. Considerando 2.

35. En concreto (Considerandos 21 y 22): “Al no haber logrado llegar a un acuerdo con el Selor en relación con la resolución de estos problemas, TopSystem interpuso, el 6 de julio de 2009, un recurso contra el Selor y el Estado belga ante el Tribunal de lo Mercantil de Bruselas, con el fin de que se declarara que el Selor había procedido a la descompilación del programa (conocido como TSF), vulnerando los derechos exclusivos de Top System sobre dicho *software*. Top System también solicitó que se condenase al Selor y al Estado belga a abonarle una indemnización de daños y perjuicios por la descompilación y por la copia de los códigos fuente de dicho *software*, más los intereses compensatorios a partir de la fecha estimada de descompilación, es decir, a más tardar, a partir del 18 de diciembre de 2008. El 26 de noviembre de 2009, el asunto fue remitido al tribunal de Primera Instancia de Bruselas que falló en contra de Top System”. Es el Tribunal de Apelación el recibido el recurso de la empresa informática formula la cuestión prejudicial.

36. Considerandos 37 a 39. Leemos: “La descompilación tiene por objeto reconstituir el código fuente de un programa a partir de su código objeto. La descompilación se efectúa mediante un pro-

V. CONCLUSIONES

La Unión Europea opta, a los fines de protección de los programas de ordenador, por acudir a un régimen reforzado y específico de la propiedad intelectual. Es una solución aparentemente equilibrada y de compromiso entre la presunta inadecuación del segundo sistema para una manifestación tecnicada cual es la de los programas, y los rigores y obstáculos que para un manejo creativo e innovador por parte de usuarios y empresas de esos mismos programas se depararía de la aplicación de un sistema de patentes. Habiéndose planteado esta última posibilidad en el pasado, la Unión Europea desarrolla su sistema de protección desde la casuística interpretativa que de las Directivas en la materia opera el Tribunal de Justicia, construyendo paso a paso y una posibilidad tras otra un ordenamiento con las mismas grandezas y debilidades que esa misma informática que pretende cuidar y proteger.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLO, A. (2008) La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle. *Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.)* 265, 104-134.
- BITAN, H. (2010) Droit des créations immatérielles. *Revue Lamy droit de l'immatériel (RLDI)*, 190-242.
- BUYDENS, M. (2014) *L'application des droits de propriété intellectuelle, Recueil de Jurisprudence*. Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle Recuperado el 6 noviembre 2021 de <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=3393&plang=EN>
- CHIMIENTI L. (2000) *La tutela del software nel diritto d'autore*, Ed. Giuffrè, Milán.
- CORPIO GIL-DELGADO, M. R. (2003) Las reivindicaciones de patentes de programas a la luz de la propuesta de directiva sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. monográfico 23*, 321-351. Recuperado el 6 noviembre 2021 de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-2003-23-6da14b78/pdf>.
- FARINA M. (2011) *I contratti del software*, Ed. Giappichelli, Turín.
- GAUTIER, P. Y. (2015) *Propriété littéraire et artistique*, Presses Universitaires de France (PUF), 9 ed, París.
- GODINI, T. (2015) *La tutela giuridica dei programmi per elaboratore e l'esaurimento del diritto di distribuzione: commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE, 3 luglio 2012, c-128/11*.

grama denominado descompilador. Como ha subrayado el Abogado General en el punto 41 de sus conclusiones, la descompilación generalmente no permite obtener el código fuente original, sino una tercera versión del programa de que se trate denominada casi código fuente, que a su vez podrá compilarse en un código objeto que permita a ese programa funcionar (...) Por lo tanto, la descompilación constituye una operación de transformación de la forma del código de un programa que implica una reproducción, al menos parcial y provisional, de dicho código, así como una traducción de la forma de este (...) Por consiguiente, procede declarar que la descompilación de un programa de ordenador implica la realización de actos, a saber, la reproducción del código de ese programa y la traducción de la forma de dicho código, que están efectivamente comprendidos en el ámbito de los derechos exclusivos del autor”.

- Recuperado el 6 noviembre 2021 de <http://www.masterdirittoprivatoeuropeo.it/wp-content/uploads/2015/06/TEODORA-GODINI.pdf>
- LE STANC, C. (2012) Commercialisation de logiciels d'occasion, précisions, Droit du numérique, *Recueil Dalloz*, 2343-2256.
- MORGUESE, G. (2014) *La normativa internazionale ed europea sul diritto d'autore en la comunità internazionale*. Recuperado el 6 noviembre 2021 de https://www.academia.edu/11204092/La_normativa_internazionale_ed_europea_sul_diritto_dautore
- RICOLFI, M. (2001) Il diritto d'autore, en Ricolfi, M. (et al). *Diritto industriale*, (pp. 335-517) Ed. CEDAM, Padua.
- RODRÍGUEZ ANDRÉS, A. (2004) *The Relationship between Copyright Software Protection and Piracy: Evidence from Europe*. Recuperado el 6 noviembre 2021 de https://dea.uib.es/digitalAssets/123/123224_arodriguez.pdf
- RUJU N. F. (2009) *L'acquisizione ed il riuso del software nella pubblica amministrazione*. Ed. Scientifiche Italiane, Nápoles.
- WARUSFEL, B. (2006) L'ambigüité de la notion de brevetabilité du Logiciel, en Warusfel, B. (et al.) (pp. 165-222), *La propriété intellectuelle en question– Regards croisés européens*, Collection IRPI, Editions Litec, París.

Documentos

- Libro Verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología del año 1988, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas (OPOCE), año 1988. Recuperado el 6 noviembre 2021 de https://books.google.es/books/about/Libro_verde_sobre_los_derechos_de_autor.html?id=gi85xgEACAAJ&redir_esc=y
- Libro Verde de la Innovación de 20 de diciembre de 1995, Recogido en Doc. COM(95) 688 final. Recuperado el 6 noviembre 2021 de https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:eb5dae41-104d-4724-ac99-d7cbcfa11b86.0008.01/DOC_1&format=PDF
- Documento de Trabajo de la Dirección General de Estudios del Parlamento Europeo de septiembre de 2002 Patentabilidad de programas de ordenador Debate en torno a la legislación de ámbito europeo en el campo de las patentes de software. Recuperado el 6 noviembre 2021 de <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/c4101a4e-c680-4170-bc8f-c4a2e54daf37>.
- Propuesta de la Comisión para Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador Doc. COM (2002) de fecha de 20 de febrero de ese año. Recuperado el 6 noviembre 2021 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002PC0092&from=ES>
- Página Informativa de la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual. Recuperado el 6 noviembre 2021 <https://www.wipo.int/patent-law/fr/developments/software.html>.
- FOCUS, Nota del Servicio de Prensa del Parlamento Europeo 20050819FCS01001 bajo el título "Patentes de programas informáticos: el «voto histórico» del Parlamento Europeo pone fin a una batalla". Recuperado el 6 noviembre 2021 de <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+IM-PRESS+20050819FCS01001+0+DOC+PDF+V0//ES&language=ES>



ALBERT MÁRQUEZ, José J., *Introducción a la retórica jurídica. Una aproximación desde la filosofía del derecho*. Dykinson, Madrid, 2021, 206 páginas. ISBN: 978-84-1377-435-0

Leticia Cabrera Caro

Profesora Contratada Doctora de Filosofía del Derecho

Universidad de Cádiz

leticia.cabrera@uca.es 0000-0002-1087-8496

Es difícil escribir un libro sobre un tema tan clásico como la retórica y que resulte, al mismo tiempo, novedoso. Sin embargo, esta es la característica principal del libro del Dr. Albert que se recension, titulado *Introducción a la retórica jurídica. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho* y editado por Dykinson. El Dr. Albert consigue, desde el principio de su obra, situarnos en un contexto en el que la Retórica, como el *arte del buen hablar*, aparece con renovadas energías para ayudar a los juristas en su buen hacer. Para ello, como señala el Dr. Diego Medina, Catedrático de la Universidad de Córdoba, en el prólogo al mismo, el Prof. Albert se ha valido de su experiencia como abogado, además de su larga trayectoria como docente e investigador. Por eso, este libro refleja una profunda madurez en el tratamiento teórico de las cuestiones relevantes y, al mismo tiempo, resulta enormemente didáctico en las referencias a las técnicas y figuras retóricas aplicables a la práctica jurídica.

Desde el principio, esta ha sido la intención buscada por su autor, quien se refiere a la finalidad propedéutica de la obra en la introducción a la misma. Para lograr esta finalidad divide en tres grandes bloques la temática a tratar. Una primera parte la dedica a “ideas fuerza relacionadas con la Retórica” (p. 18); la segunda parte consiste en un “bosquejo histórico de la Retórica” (p. 19) y en la tercera y última realiza una brillante adecuación de la teoría a la práctica en el ámbito forense exclusivamente, que ilustra de manera genial a través de ejemplos extraídos del cine o de los grandes discursos de personajes históricos. Estos tres grandes temas vienen precedidos de un preámbulo en el que merece la pena detenerse, por ser una de las novedades que presenta este libro.

El preámbulo se titula *El arte de callar*, al igual que la obra del Abate Donouart, de 1771. En él, el Dr. Albert recuerda la existencia de una retórica del silencio y un silencio retórico que ocupa más espacio en la descripción de la realidad que las propias palabras: “Sí, la mayor parte es silencio. Pero el silencio de la retórica no es pasivo; no se trata de un mero no decir. El silencio se convierte en arte cuando logra transmitir mensajes tan o más persuasivamente que la palabra”

(p. 22). Por eso, tan importante es saber decir, como saber callar y, en ocasiones, saber callar requiere de una formación más profunda, tal y como recogía el Abate en sus principios necesarios para callar adecuadamente, que el Dr. Albert reproduce de modo oportuno en este lugar. Esta retórica del silencio o silencio retórico se enlaza con maestría con la crítica a la idea de plenitud del sistema jurídico y a la inundación legislativa que caracteriza nuestro quehacer desde tiempos de la codificación: “En definitiva, no son los actuales momentos propicios a los silencios normativos, se legisla mucho, y por muy diversas autoridades legislativas. Nos sobran las normas y las oportunidades para crearlas, aplicarlas, interpretarlas y argumentarlas” (p. 26).

Después de aplicar el arte de callar al mundo jurídico, el libro aborda en la primera parte la delimitación de un concepto de retórica. El Dr. Albert tiene muy claro que el propio concepto de retórica no ha sido unánime a lo largo del tiempo, y aparece como “un concepto poliédrico, cambiante, y en ocasiones se podría decir también que polarizado” (p. 29), dados los distintos puntos de vista desde los que puede acometerse el estudio de la Retórica. Sin huir de esta discusión, pero para poder situarse en ella, distingue entre la Retórica y otros términos con los que guarda relación (oratoria, elocuencia y dialéctica) e, igualmente, aborda los cuatro usos que pueden darse de la retórica, ya que ésta puede entenderse como un arte, como una ciencia, como una técnica o como un código de poder. Cada uno de estos usos es analizado por el autor de esta *Introducción a la retórica* y en cada uno de ellos, toma postura valientemente. Así, entiende que precisamente es la comprensión de la Retórica como una ciencia lo que ha propiciado el acercamiento a esta disciplina desde la Filosofía del Derecho (p. 40), si bien él es partidario de entenderla como un arte: “En suma, recapitulando, y con independencia de que la retórica puede ser objeto de todo tipo de saberes, en la dicotomía arte-ciencia estimamos que fundamentalmente la Retórica es un arte, un saber hacer, al igual que sucede con el derecho” (p. 41). Interesante resulta su posición ante la Retórica entendida como código de poder, pues es consciente de que “la relación de la Retórica con el discurso político es tan antigua como la que mantiene con lo jurídico” (p. 42) y de ahí, la relación de la misma con la democracia o el Estado de Derecho. No en vano, como recuerda el Dr. Albert siguiendo en este punto al Dr. Manuel Atienza, “en el Derecho de las sociedades democráticas, lo que importa no son sólo las decisiones, sino las razones –o cierto tipo de razones– que pueden darse en favor de cierto tipo de decisiones” (p. 43). Siendo consciente de que la Retórica puede contribuir a reducir el debate público y fomentar el pensamiento único si es empleada sin escrúpulos (pone de ejemplo el discurso de Hitler de 1936, en Nüremberg), enlaza la Retórica con la finalidad a la que debe dirigirse el discurso, para concluir que la Retórica, en cada uno de sus géneros, persigue lo bueno, lo bello y lo justo, de ahí la necesaria relación entre Retórica, Derecho y Verdad que el Prof. Albert defiende a lo largo de todo su libro. De manera coherente con lo anteriormente expuesto, cierra esta primera parte de su libro con una reivindicación de la vuelta de los estudios de Retórica a las Facultades de Derecho, sobre todo tras constatar que la crisis de la Justicia tiene entre sus variados componentes la crisis de la palabra y la crisis de la dialéctica: “(...) resulta paradójico que una disciplina como la Retórica, que satisface tantas ‘competencias’ y ‘habilidades’, tan orientada a la práctica, tan aplicable

(útil) a cualquier desarrollo profesional, y tan adaptable a las exigencias del mercado de trabajo, sea considerada, de hecho ‘inútil’, por un sistema universitario con vocación confesada (y casi exclusiva), de utilidad” (p. 56).

La segunda parte del libro se titula *Panorama histórico de la Retórica*, pero, a pesar de lo que en un primer momento pudiera entenderse, no se trata, sin más, de una exposición de la Historia de la Retórica. El Dr. Albert considera un tópico la afirmación genérica de que la Retórica nació con los griegos, se tecnicizó y perfeccionó con los romanos y que, con mejor o peor fortuna, pervive en nuestros tiempos. Con el afán analítico propio del buen investigador, a lo largo de esta segunda parte se dedica con éxito a cuestionar ese tópico, para matizarlo, reafirmarlo o negarlo, según los casos. Para ello indaga en la Retórica desde una perspectiva histórica, deteniéndose en sus exponentes más representativos y en aquéllos que comparten con él su concepto de retórica como un saber filosófico (p. 60). Así, traza ese panorama aludiendo a las aportaciones de Córax de Siracusa, Aristóteles, Cicerón y Quintiliano y exponiendo las aportaciones más importantes de cada autor, si bien es cierto que se detiene especialmente en aquellos que trataron la retórica del discurso jurídico. No obstante, encontramos referencias a la obra retórica de San Agustín o San Isidoro de Sevilla, a Luis Vives como exponente de la Retórica en el Humanismo o Giambattista Vico, ya en el siglo XVIII, como excepción a la corriente mayoritaria. Es de reseñar la alusión a la situación concreta de la Retórica en España en los siglos XVIII y XIX, cuando entra en una profunda crisis, como es sabido, como consecuencia de la extensión del método geométrico en la ciencia jurídica.

El autor realizar una meritoria síntesis, pues es capaz de dibujar este panorama sin olvidar su propósito central: la distinción entre Retórica, Dialéctica y Tópica y la distinción entre la Retórica general y la Retórica jurídica y, sobre todo, sin dejar de entrar en el debate que subyace en el distinto papel que los autores han dado a la Retórica en el discurso forense: la eterna dicotomía entre el positivismo y el iusnaturalismo de la mano de la contraposición del método sistemático (*more geometricum*) y del método tópico. Perelman, Viehweg, Recasens Siches, Esser, McCormick, Alexy, Atienza, Ferreira da Cunha, Robles, entre otros, son los protagonistas de esta segunda parte que culmina con una definición clara del papel que, a juicio del autor, debe cumplir la Retórica en el Derecho: “La Retórica, entendida en su función, persigue encontrar el derecho y establecer las bases de su razonamiento, trascendiendo, en su armazón lógico, la mera acumulación de artículos legales. Se constituye, entonces, en teoría y práctica de la argumentación jurídica (...) Junto a encontrar el Derecho, la otra tarea de la Retórica jurídica (...) es establecer las bases del razonamiento jurídico” (p 137). Y esto sin olvidar lo que para él es lo más importante: el valor ético de la Retórica, pues, sigue fielmente a Quintiliano en lo que él quería: “un hombre honrado que sabe hablar bien” (p. 137).

La tercera y última parte de esta *Introducción a la retórica* es, como hemos dicho, eminentemente práctica. La dedica al discurso jurídico y por ello expone la retórica forense y a las operaciones retóricas. Para ello, sigue la estructura y la nomenclatura clásicas, pues considera que han pervivido más de dos siglos y ello es muestra de buena salud (p. 141). En consecuencia, esta tercera parte se estructura en las cinco operaciones retóricas (*inventio, dispositio, elocutio, memoria y actio y/o pronunciatio*) a la que se añade

una fase previa: *intellectus*. Cada una de estas operaciones es desgranada con una clara finalidad técnica: su aplicación a la práctica forense. En ese empeño, y a través de múltiples ejemplos, podemos entender la función que cada una de estas operaciones juega en el discurso jurídico, podemos aprender a construir un discurso jurídico convincente y, sobre todo, tratar de evitar los errores más comunes. Todas esto se logra por el estilo literario ágil y sencillo que domina el autor, que hace que los temas que aborde se hagan amenos e interesantes al lector.

En definitiva, se trata de un libro muy bien escrito porque el mensaje llega con facilidad al receptor y, sin embargo, su claridad expositiva no le resta profundidad a las cuestiones materiales que aborda y sobre las que no sólo se limita a plantear las diferentes posturas del debate científico, sino que se posiciona ante él. Buena cuenta de la profundidad con que aborda la temática la dan la abundante bibliografía empleada y sus casi seiscientas citas o notas a pie de página. Por todo lo expuesto, la *Introducción a la retórica jurídica. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho* del Dr. Albert es un libro que merece la pena comprar no sólo para leerlo o estudiarlo, sino, sobre todo, para aplicarlo.



GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, *La libertad de expresión 4.0 en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 268 páginas ISBN:978-84-1113-269-5

César A. Villegas Delgado

Universidad de Sevilla

cvillegas@us.es 0000-0003-0750-8352

Después del derecho a la vida y a la integridad física, la libertad de expresión quizás sea el más relevante de los derechos humanos. ¿Cuál es el significado de la libertad de expresión a comienzos del siglo XXI en un mundo dominado por el uso intensivo de internet y de las tecnologías punta? ¿Cuáles son su contenido y límites en sociedades donde se erosiona progresivamente la línea que separa lo público y lo privado? ¿Con qué mecanismos de protección contamos para preservarla de las amenazas que la acechan? A través del examen de los principios jurisprudenciales afirmados por el Tribunal europeo de derechos humanos conociendo sobre múltiples aspectos de la libertad de expresión en el contexto actual de los desarrollos tecnológicos –en particular, en conexión con internet–, el autor de esta monografía desarrolla una investigación de “microcirugía jurídica” con la que ofrece respuestas a estas preguntas.

La estructura de esta monografía es la siguiente: tras una introducción (págs. 11 a 65) en la que presenta el significado, alcance e interconexión entre los conceptos sociedad democrática y libertad de expresión 4.0 en el contexto europeo, con especial atención a las exigencias de pluralismo en los medios audiovisuales, el capítulo primero (págs. 66 a 101) está dedicado a la relevancia de internet como medio vehicular de la libertad de expresión 4.0 y la construcción jurisprudencial de los órganos garantes del sistema del Convenio europeo de derechos humanos al apreciar limitaciones en el ejercicio de esta libertad, como ocurre, por ejemplo, en supuestos de bloqueo del acceso a Internet impuesto a particulares. A pesar de su relevancia, la libertad de expresión garantizada en el artículo 10 del Convenio europeo no es un derecho absoluto, sino sometido a limitaciones en conexión con otros derechos y libertades protegidos en el sistema del Convenio europeo; en particular, en lo que hace al derecho al respeto de la vida privada y, más concretamente, los derechos al respeto de la propia imagen y reputación, así como a no sufrir difamación, protegidos, todos ellos, bajo el paraguas del artículo 8 del Convenio europeo.

En el capítulo segundo de esta monografía (págs. 101 a 141), el Profesor García San José, analiza cuestiones como las formas de injerencia en el disfrute del derecho a la vida privada y la necesidad de protegerlo frente a nuevas amenazas no previstas en el momento de la redacción de

este instrumento internacional de protección de derechos humanos (véase Internet). Aun cuando para que el artículo 8 del Convenio europeo entre en juego, es jurisprudencia del Tribunal europeo verificar que dicho ataque sobre la reputación de una persona haya alcanzado un cierto umbral de gravedad, es posible constatar que este órgano judicial internacional se muestra particularmente flexible a la hora de estimar alcanzado dicho nivel en muy diversos contextos y situaciones, en particular, en relación con demandas por difamación presentadas por particulares con respecto a los comentarios ofensivos publicados en portales de Internet. Dado el relevante papel de la prensa en una sociedad democrática, debe realizarse un serio control europeo sobre restricciones en la libertad de expresión 4.0 que busca proteger los derechos de terceros, tomándose en cuenta aspectos tales como el nexo entre la declaración impugnada y la persona que demanda por difamación, su veracidad, así como la gravedad de las sanciones que se hayan impuesto a los periodistas o editores condenados por difamación o por ataque al honor y a la imagen de otras personas, la contribución a un debate público sobre una cuestión de interés general.

Una de las cuestiones centrales de esta monografía es la tratada en el capítulo tercero (págs. 143 a 193), en el que se ocupa de identificar aquellos principios extraíbles de la jurisprudencia europea para encontrar un equilibrio entre la libertad de expresión 4.0 y los derechos de terceros, como continuación y corolario del análisis desarrollado en el capítulo anterior. En este sentido, pueden mencionarse diversos factores que en opinión de este órgano determinan un justo equilibrio entre los distintos intereses en juego: la distinción entre declaraciones sobre hechos y juicios de valor; la eximente de la *exceptio veritatis* o capacidad de probar la veracidad de una afirmación; el papel y la condición de la persona que realiza la declaración impugnada; así como la naturaleza y gravedad de las medidas previstas en respuesta a una supuesta difamación. El Tribunal europeo considera indistintamente estos elementos en cada caso concreto que conoce sin que se trate de una lista exhaustiva, pues puede tomar en consideración otros elementos, en función de las circunstancias particulares de cada caso.

El cuarto y último capítulo de esta obra (págs. 195 a 249) se refiere al alcance de las restricciones por motivo de interés general y para la protección de los derechos de terceros en la libertad de expresión 4.0 a la luz de la jurisprudencia europea. Al respecto, el autor se interroga acerca de si son válidas y suficientes las respuestas que desde el Derecho europeo de protección de los derechos humanos se están dando frente a los desafíos que plantean los avances científicos y tecnológicos y que se reflejan en la que hemos llamado la libertad de expresión 4.0? La respuesta a esta pregunta, tras analizar la jurisprudencia europea relevante, es afirmativa siempre que se cumplan las que el autor de esta monografía denomina como *las cuatro reglas de oro* de la protección de la libertad de expresión 4.0: **Primera regla de oro:** *los principios generales aplicables a las publicaciones fuera de línea también se aplican en línea.* **La segunda regla de oro:** *Internet requiere además unos principios particulares en razón a la naturaleza especialmente vulnerable de ciertas personas y los deberes y responsabilidades de los gestores de portales de Internet.* **La tercera regla de oro:** *el acceso a la información en Internet es un nuevo derecho*

implícito en la libertad de expresión 4.0. La cuarta regla de oro: la ética periodística no cobra un papel especialmente relevante tratándose de la libertad de expresión 4.0 en Internet.

Si se consolidan estas cuatro reglas de oro en la jurisprudencia europea en los próximos años, podremos afirmar con rotundidad –como hace el autor de este trabajo– que son válidas y suficientes las respuestas que desde el Derecho europeo de protección de los derechos humanos se están dando frente a los desafíos que plantean los avances científicos y tecnológicos para la libertad de expresión. A fin de cuentas, como recuerda el Profesor García San José concluyendo su obra, “*nihil nobis sub solis*. Los padres redactores del Convenio europeo optaron por un instrumento vivo, que debía perdurar en el tiempo (el *pensamiento catedral* tan denostado en el momento presente). Por ello, debía ser interpretado por sus órganos custodios –la antigua Comisión y el Tribunal europeo– a la luz de las condiciones de vida presentes en las sociedades europeas de cada época, no sólo considerando las que se daban en el momento en que este instrumento se concibió. Resulta difícil pensar que, al obrar así en 1950, aquellos insignes juristas tuvieran en mente con respecto a la libertad de expresión, los cambios que traerían Internet y las redes sociales; pero sin duda, acertaron en su elección; para nuestro bien y el de las generaciones futuras.”

Se trata, por su actualidad y relevancia, de una obra de lectura recomendada para juristas, profesionales de los medios de comunicación, así como de interés para el público en general.



**VILLEGAS DELGADO, César.: *Bioseguridad, Bioterrorismo, y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 244 páginas.
ISBN 978-84-1336-470-4**

Mohamed Saad Bentaouet

Universidad de Sevilla

sbentaouet@yahoo.com 0000-0002-7259-216X

Tras casi dos años desde que el Covid-19 entró en nuestras vidas, seguimos sin saber cómo abandonaremos esa crisis. Todos los países del mundo, sin excepción, siguen sufriendo la peor epidemia del siglo desde que fue declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 30 de enero de 2020 como una emergencia de salud pública de preocupación internacional. En este periodo convulso, los profesionales sanitarios¹ y el personal técnico han estado en el primer frente de la batalla, se exponen a diario a ser contagiados para salvar nuestras vidas. Los sanitarios, al igual que los profesionales de servicios esenciales han trabajado no solo en situaciones de peligro físico, sino también de mucha presión psicológica, y que a causa de esto sufrieron ansiedad, depresión, y estrés. Esa pandemia global ha revelado de golpe lo vulnerables que son las sociedades. A la tragedia personal de los millones de fallecidos y otros millones de afectados, se añade la crisis múltiple con desafíos transnacionales.

El impacto del Coronavirus en las sociedades no es un tema baladí. Pese a que se trata de una crisis sanitaria, el resto de ámbitos subyacentes (económico, político, laboral, social, cultural, entre otros) están sintiendo el golpe y la magnitud de una enfermedad desconocida hasta el momento, en mayor o en menor medida, en todo mundo. Las sociedades se han visto forzadas a adoptar medidas drásticas para prevenir el contagio. Esas severas restricciones a la movilidad, y la suspensión de las actividades ocasionaron un derrumbe del 3,5% en la actividad económica

1. Los sistemas de salud han sufrido una alta tensión. Al menos 17.000 profesionales de la salud han fallecido por COVID-19 en el último año, según un nuevo estudio de Amnistía Internacional, Internacional de Servicios Públicos (ISP) y UNI Global Unión, en el que estas organizaciones instan a adoptar medidas urgentes para acelerar la vacunación de millones de profesionales sanitarios de primera línea en todo el mundo. Los profesionales sanitarios han visto cómo sus compañeras y compañeros se han contagiado por el SARS-CoV-2, y en gran medida ha visto que sus cargas laborales han sobrepasado los recursos personales. Han manifestado en varias ocasiones carecer de los suficientes recursos materiales para poder tratar a los pacientes con plenas garantías de seguridad.

global. Los efectos han sido particularmente profundos en los países que dependen en gran medida de las exportaciones de productos básicos, del turismo, y del financiamiento externo.

A todo ello, hay que sumar los efectos laborales y sociales² derivados de la epidemia. Nos encaminamos a una de las peores crisis de nuestra historia cuando mucha gente aún no había conseguido salir de la última. Muchas empresas han tenido que echar el cierre, y gran número de trabajadores han perdido su puesto de trabajo o tienen unas perspectivas de empleo no muy satisfactorias en un futuro próximo³. Esa enfermedad ha creado importantes desequilibrios. Es cierto que no distingue de clases sociales cuando amenaza la salud, pero sus efectos económicos sí lo hacen. Sus estragos han golpeado intensamente a todos los países. Sin embargo, la peor parte le ha tocado a la población de los países menos desarrollados, principalmente porque sus sistemas de seguridad social, e infraestructuras de salud pública han demostrado ser extremadamente frágiles, cuando no inexistentes, a la hora de hacer frente a la pandemia.

En la actualidad, la sexta ola de contagios sigue avanzando, a pesar de que la comunidad científica mundial ha conseguido, en tiempo récord, desarrollar varias vacunas contra el Covid-19. El principal reto que se debe tener ahora es que esas vacunas lleguen a todos los países del mundo al mismo tiempo. Sin embargo, ese noble objetivo y la tan ansiada inmunidad de grupo topan con dos adversidades. En primer lugar, el despliegue asimétrico de las vacunas, las tasas de vacunación contra el Covid-19 son desiguales entre los países, oscilando entre menos del 1% de la población en algunos países y más del 60% en otros. Y en segundo lugar, la proliferación de teorías de la conspiración que están provocando que un importante porcentaje de la población en países occidentales, y no occidentales rechace la vacunación. Una circunstancia que podría provocar que el Covid-19 nunca terminara de desaparecer. Y de este modo condenaría a la población mundial a seguir sometida a fuertes restricciones de sus derechos y su libertad.

Durante este tiempo, muchas evidencias se han desmoronado, y hay preguntas sin contestar, y son muy pocos los que conocen las respuestas. La posibilidad de que el Covid-19 tuviera un origen artificial abre la puerta al surgimiento de muchas teorías por disparatadas que estas sean, e acrecienta aun la inseguridad a nivel global.

Con todo, cabe señalar que el uso de las enfermedades infecciosas no es nada novedoso, existen varios ejemplos del uso de armas biológicas desde la antigüedad, pero

2. El impacto súbito y generalizado de la pandemia del coronavirus en la infancia de todo el mundo están siendo devastadores. El número de niños y niñas que pasan hambre, están aislados, son víctimas de abuso, sufren ansiedad, viven en la pobreza y se ven obligados a contraer matrimonio ha aumentado. Al mismo tiempo, su acceso a la educación, la socialización y a algunos servicios esenciales como la salud, la nutrición y la protección ha disminuido. Estas dificultades de acceso a los servicios primarios de atención de salud probablemente tengan repercusiones a largo plazo sobre el desarrollo del capital humano.

3. Como manifiesta la Organización Internacional del Trabajo (OIT) "además de ser una amenaza para la salud pública, las perturbaciones a nivel económico y social ponen en peligro los medios de vida a largo plazo y el bienestar de millones de personas".

el “miedo” a ese tipo de armas era únicamente militar y todos los desarrollos e investigaciones, tanto para protección como identificación, se hacían pensando en un posible ataque en el campo de batalla. No obstante, con el tiempo, esas amenazas tradicionales han perdido relevancia frente al creciente peso de amenazas de tipo asimétrico, enfocado principalmente en el Bioterrorismo⁴, en especial en los intentos⁵ de empleo criminal de agentes biológicos, así como de otros agentes NBQ por parte de grupos terroristas. Sea cual fuere la amenaza, lo cierto es que la pandemia del Covid-19 nos ha hecho tomar conciencia de los efectos devastadores que la utilización de agentes patógenos, como los coronavirus, puede llegar a tener en nuestra vida cotidiana, su efecto desestabilizador para la economía y el comercio mundial, los riesgos y amenazas para la seguridad tanto de los Estados como de los individuos y para el disfrute de los derechos humanos. En este convulso contexto mundial, la obra del profesor Villegas Delgado resulta altamente interesante. En dicha obra, el autor analiza los retos y desafíos que el mantenimiento de la bioseguridad y la lucha contra el bioterrorismo impondrían a la comunidad internacional de Estados en su conjunto, abordando, por un lado, el estudio de los nuevos riesgos y amenazas para la bioseguridad provenientes del terrorismo biológico, así como la determinación, por otro lado, de los límites jurídicos que deben contener la legítima reacción de los Estados frente a los hipotéticos actos de bioterrorismo.

La obra está dividida en cinco capítulos. En el primero, el autor se dedica a aclarar algunos conceptos claves como es la bioseguridad, bioterrorismo, riesgos y amenazas, así como a la concepción de la dignidad intrínseca del ser humano que limita la legítima reacción de todo Estado frente a la amenaza del terrorismo biológico. En el segundo, analiza la interrelación que existe entre bioseguridad, salud pública y seguridad humana, constatando que dichos objetivos –comunes para todos los Estados miembros de la comunidad internacional– son transversales e interdependientes y que su promoción se refuerza mutuamente.

4. El mayor ataque bioterrorista en la historia de los Estados Unidos sucedió en The Dalles, Oregon, en 1984, un grupo de seguidores extremistas de Bhagwan Shree Rajneesh (también conocido como Osho) contaminó la ensalada en 10 diferentes barras con el patógeno de la salmonelosis, *Salmonella thyphimurium*, para deshabilitar la población. Un total de 751 personas contrajeron la enfermedad y varios de ellos fueron hospitalizados. Aunque no hubo víctimas mortales. Otro evento significativo, ocurrido de nuevo en los Estados Unidos, coincidiendo con los dramáticos ataques al World Trade Center en Nueva York en septiembre de 2001. El lanzamiento de las esporas de *Bacillus anthracis* a través de correo postal. El ataque bioterrorista se llevó a cabo con cartas dirigidas a la prensa y a los funcionarios del gobierno. Hubo 22 casos confirmados de contaminación por ántrax, que consiste en 12 casos cutáneos y 10 inhalatorios.

5. Uno de los ejemplos que demuestran la intención de esos grupos terroristas en conseguir ese tipo de materiales para dar un salto cualitativo en el terror, lo encontramos en los atentados de Barcelona de 17 de agosto de 2017. Los terroristas que atentaron en las Ramblas y en Cambrils no sólo tenían previsto realizar varios atentados con los artefactos explosivos que estaban manufacturando en Alcanar, sino que también planearon el uso de productos altamente tóxicos para envenenar a la población. Los datos, según Estrella Digital, no dejan margen a la duda, un mes antes del atentado de Las Ramblas, los miembros de la célula terrorista buscaron en Internet información sobre “semillas de ricino” y sobre el ácido sulfúrico y de dónde puedan comprarlos.

En el tercer capítulo, el profesor Villegas Delgado afronta el análisis del bioterrorismo como una amenaza seria para la salud a escala global. De igual forma, examina la respuesta que en el plano normativo e institucional habría dado la comunidad internacional tanto en el plano universal, regional y particularmente, en el seno de la Unión Europea.

En el capítulo cuarto, el autor analiza el marco jurídico internacional que se ha venido desarrollando en las últimas décadas para luchar contra el terrorismo biológico. Marco jurídico que habría girado en torno a la idea de la progresiva prohibición del desarrollo, posesión y uso de armas biológicas por parte de entidades estatales. Poniendo en cuestión el marco jurídico actual, y su eficacia para luchar contra grupos terroristas, cuya amenaza constituye el verdadero punto de preocupación en el seno de la comunidad internacional, llegando a la conclusión de que dicho marco jurídico tendría algunas luces, pero muchas sombras.

Por último, dentro del capítulo quinto, el profesor Villegas Delgado se refiere a los límites que el Derecho internacional, en conexión con la protección internacional de los derechos humanos y el estado de Derecho, impone a la legítima reacción de todo Estado que haya padecido, o pueda padecer, algún acto de violencia terrorista en el que se vea implicado el uso intencional de microorganismos, toxinas, material genético o sustancias derivadas de organismos vivos para producir muerte o enfermedad en humanos, animales o plantas. Entre dichos límites, destacaríamos el cumplimiento escrupuloso de la legalidad, tanto interna como internacional, así como el respeto irrestricto del núcleo duro de los derechos humanos inderogables y absolutos, que se impone a todo Estado sin su consentimiento y aún en contra de su voluntad para garantizar, a su vez, el respeto de la dignidad intrínseca de todo ser humano.

