



**DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO**



**Décimo
aniversario**

Martha Elba Izquierdo Muciño
Coordinadora

DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO



**Décimo
aniversario**



**Universidad Autónoma
del Estado de México**

Doctor en Ciencias e Ingeniería Ambientales
Carlos Eduardo Barrera Díaz
Rector

Doctora en Ciencias Sociales
Martha Patricia Zarza Delgado
Secretaria de Investigación y Estudios Avanzados

Maestra en Derecho
María José Bernáldez Aguilar
Directora de la Facultad de Derecho

Maestra en Administración
Susana García Hernández
*Directora de Difusión y Promoción
de la Investigación y los Estudios Avanzados*

DIÁLOGOS JURÍDICOS ENTRE ESPAÑA Y MÉXICO



Décimo
aniversario

Martha Elba Izquierdo Muciño
Coordinadora

"2024, Conmemoración del 60 Aniversario de la Inauguración de Ciudad Universitaria"
Universidad Autónoma del Estado de México
Toluca, 2024

Diálogos Jurídicos entre España y México 10 / Martha Elba Izquierdo Muciño, coordinadora.

1ª ed.

Toluca, Estado de México : Universidad Autónoma del Estado de México, 2024.

312 p. ; 16 × 22 cm

ISBN 978-607-633-775-2 (impreso)

ISBN 978-607-633-774-5 (PDF)

Incluye referencias bibliográficas.

1. México -- Relaciones Jurídicas -- España.

2. España -- Relaciones Jurídicas -- México

I. Izquierdo Muciño, Martha Elba, coord.

KG330. D53 2024



DIÁLOGOS
JURÍDICOS
ENTRE
ESPAÑA Y MÉXICO
Décimo aniversario

Martha Elba Izquierdo Muciño
Coordinadora

Libro sometido a sistema antiplagio y publicado con la previa revisión y aprobación de pares doble ciego externos, que forman parte del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I. Expediente de la obra: 372/05/2023. Dirección de Difusión y Promoción de la Investigación y los Estudios Avanzados, adscrita a la Secretaría de Investigación y Estudios Avanzados de la Universidad Autónoma del Estado de México.

Primera edición: 29 de febrero de 2024

ISBN 978-607-633-775-2 (impreso)

ISBN 978-607-633-774-5 (PDF)

D. R. © Universidad Autónoma del Estado de México

Instituto Literario núm. 100 Ote.

C. P. 50000, Toluca, Estado de México

www.uaemex.mx

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Autónoma del Estado de México.

El contenido de esta publicación es responsabilidad de los autores.



Esta obra queda sujeta a una licencia *Creative Commons* Atribución-No Comercial-Sin Derivadas 4.0 Internacional. Puede ser utilizada con fines educativos, informativos o culturales, ya que permite a otros sólo descargar sus obras y compartirlas con otros siempre y cuando den crédito, pero no pueden cambiarlas de forma alguna ni usarlas de manera comercial. Disponible para su descarga en acceso abierto en ri.uaemex.mx.

Hecho e impreso en México

Índice

	13
<i>Martha Elba Izquierdo Muciño</i>	
	17
o útil para reducir o evitar los abusos de las empresas?	
<i>Andrés Recalde Castells</i>	
	17
	19
en el bosque	
	19
	20
	23
poder defender a los <i>stakeholders</i> ?	
	27
Transparencia e información veraz y comparable	
	29
	30
	36
	39
la gran empresa y las incluidas en su “cadena de valor”	
	42
	43
	46
	47

	51
<i>José Benjamín Bernal Suárez</i>	
	51
	57
	61
	62
	62
	62
	63
y España	
	65
	66
	69
	69
	71
	72
	74
	75
	80
	81
	85
	90
	93
del Estado de México	95
<i>Margarita Melody Huitrón Colín</i>	
	111

	115
<i>Enrique Víctor Manuel Vega Gómez</i>	
	115
	115
	119
	125
para México	
	132
	135
	139
	143
un estudio desde la perspectiva del Derecho Español	
	143
a la violencia digital y ciberacoso en el trabajo	
	147
y ciberacoso en el trabajo	
	149
las TICs	
	150
digitales suele realizarse de forma repetida (acto reiterado), o puede tratarse de un solo acto, una única agresión	
	152
o externos al ámbito de trabajo	
	153
como fuera de la jornada y del tiempo de trabajo	
	154
de causar un grave daño a la víctima en su salud, su integridad física y psíquica	
	155
de acoso digital o ciberacoso laboral es que éste se	

produce tras la negativa de la víctima, en contra de su voluntad, esto es, sin su consentimiento	156
	157
de la víctima	159
en espacios <i>web</i>	160
realizar comentarios ofensivos	161
con demandas sexuales	161
información personal de la víctima	162
opiniones y declaraciones insultantes o amenazantes	164
a las solicitudes del acosador digital	167
	168
	174
	177
	178
	179
combatiendo las noticias falsas en el entorno digital	
<i>Cristina Pauner Chulvi</i>	
	179
el impacto de las noticias falsas en la democracia	183
	188
	188
	192

	196
en España. Diversos enfoques y herramientas	196
como amenazas híbridas	200
	206
	208
frente al riesgo de censura	210
desinformación	217
	220
	225
y su reforma tras la crisis	
<i>José Luis Blasco Díaz</i>	
	225
	227
	227
y sistemas de innovación	234
abierta frente a los incentivos tradicionales	237
de la Unión Europea	242
	242
tecnología e innovación	245
	247
e Innovación. Objetivos, estrategia y planificación	251
Compra pública y datos abiertos	257
	259

para la comisión de conductas suicidas y autolesivas
Antonio Fernández Hernández

263

263

270

275

280

280

283

otra tecnología de la información y comunicación

284

288

“promover, fomentar o incitar”

290

292

293

297

298

300

306

308

310

Presentación

A 10 años de haber iniciado el primer número de *Diálogos Jurídicos entre España y México*, publicación que se inició con gran ilusión y esfuerzo por parte de docentes e investigadores tanto de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMEX) como de la Universidad Jaume I de Castellón, España; hoy hemos llegado al último número que nos habíamos propuesto: la edición número 10. Y aun cuando por criterios editoriales no se logró llevar a cabo el Derecho Comparado en todas las ediciones mexicanas como era nuestro objetivo primordial, pues nos fueron desechados varios artículos, cabe la gran satisfacción que a la vez se han editado por parte de la Universidad Jaume I todas las ediciones de manera integral, las cuales podrán adquirirse con gran facilidad.

Así, la colaboración entre ambas universidades, durante este periodo, ha sido un acercamiento, en donde hemos analizado temas de gran trascendencia para el Derecho, los cuales responden a las necesidades sociales de actualidad; además de que los operadores jurídicos de ambos países lograron adquirir un conocimiento directo de la realidad, pues varios profesores españoles visitaron nuestro país, así como otros colegas mexicanos han estado en tierras valencianas. El intercambio de estudiantes, entre ambos países, también resultó benéfico, ya que ellos han descubierto las ventajas que puede tener esto en su formación, y así poder participar en los programas de intercambio universitario o, en su caso, escribir con sus profesores en nuestras publicaciones. Con todo ello, hemos logrado realizar en la teoría y en la práctica el anhelado Derecho Comparado que resulta ser una de las materias de mayor importancia en el campo del Derecho.

Ahora bien, la selección de los temas analizados fue producto de las distintas propuestas formuladas por los profesores de las disciplinas jurídicas de las Facultades de Derecho, no cerradas a materias de Derecho Positivo y coincidentes en los temas de análisis, sin perjuicio de haber perfilado la concreción de los temas en los términos que mejor resultados aportasen, cumpliendo así lo dispuesto en el *Convenio operativo* que en su cláusula cinco menciona:

5. Que es de interés para los suscribientes promover la publicación de libros jurídicos que aborden desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español y mexicano temas relevantes, objeto de estudio por personal docente de ambas instituciones, para así tener y difundir un conocimiento más próximo de realidades jurídicas comparadas, potenciando así estos estudios, por lo que es su intención crear una colección de libros sobre diálogos jurídicos España y México.¹

De esta manera y con la finalidad de cerrar con broche de oro esta serie de diálogos jurídicos entre ambos países, han tenido a bien diversos exdirectores tanto de las Facultades de Derecho, de la Universidad Jaume I, como de la UAEMEX, obsequiarnos un artículo desde su particular perspectiva.

Así, el doctor Andrés Recalde Castells nos habla del Derecho de Sociedades como un instrumento útil para reducir o evitar el abuso de las empresas. Por su parte, el doctor José Benjamín Bernal Suárez nos refiere los alcances y desafíos del *Ombudsperson* desde una óptica comparada entre México y España.

¹ *Convenio operativo*, 2014, s/p.

El doctor Germán Orón Moratal habla de la seguridad jurídica desde una perspectiva de la *non reformatio in peius* y los límites a las impugnaciones por la administración.

La doctora Margarita Melody Huitrón Colín estudia la legalidad y la legitimidad en el contexto político mexicano. Por su parte, el doctor Enrique Víctor Manuel Vega Gómez analiza la cultura de la legalidad como una vacuna contra la corrupción en México. El doctor Fernando de Vicente Pachés comenta la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo desde la perspectiva del Derecho Español. Asimismo, la doctora Cristina Pauner Chulvi muestra el caso de la desinformación como un desafío para las democracias. El doctor José Luis Blasco Díaz fomenta la innovación en España y sus reformas ante la crisis y finalmente el doctor Antonio Fernández Hernández nos habla de la tipificación de la puesta a disposición de materiales aptos para la comisión de conductas suicidas y autolesivas.

En consecuencia, esta décima y última publicación es fruto de la colaboración en la que ha tenido un papel especialmente importante el doctor Antonio Fernández Hernández, de la Universidad Jaume I de Castellón, España, quien se hizo cargo de la coordinación de los docentes españoles y a quien expresamente manifiesto mi reconocimiento y gratitud, esperando que continúe con otras publicaciones más; dado que ya se está trabajando en la posibilidad de una “segunda época”, deseando que con el tiempo estas publicaciones se conviertan en un foro de participación de investigadores de otros centros universitarios, siendo especialmente gratificante que entre ellos también puedan estar quienes en su momento hayan sido alumnos que disfrutaron el intercambio que hizo nacer esta idea.

Por último, quiero expresar mi reconocimiento y agradecimiento a las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMEX), especialmente al doctor en Derecho J. Dolores Alanís Tavira, por todo el apoyo brindado, pues con la firma de un acuerdo de colaboración entre ambas facultades y una gran disposición por parte de muchas personas para seguir estrechando nuestros lazos de amistad, es lo que ha hecho posible continuar con este noble proyecto que hoy llega a su fin.

Martha Elba Izquierdo Muciño
*Catedrática e investigadora de la Facultad de Derecho,
Universidad Autónoma del Estado de México, 2023*

I. ¿Es el Derecho de Sociedades un instrumento legal o útil para reducir o evitar los abusos de empresas?¹

*No lo fíes a los ejecutivos;
preocúpate de los bienintencionados;
cuida la seguridad jurídica.*

Andrés Recalde Castells²

Introducción

Las grandes empresas multinacionales a menudo están en el origen de hechos muy graves y de enormes perjuicios causados a los más débiles o al medio ambiente, sobre todo en los países menos desarrollados. A veces, esos daños los causan de forma directa; sin embargo, más habitualmente esas conductas serían imputables a otras empresas vinculadas con aquellas. Los abusos ocurren en el ámbito de las relaciones de trabajo, incluyendo el uso del trabajo infantil; en ocasiones, son actuaciones que contaminan zonas de naturaleza bien preservada o virgen; y a menudo contribuyen al cambio climático en un momento en el que la lucha contra este fenómeno es prioritaria.

¹ Este artículo también puede consultarse en *Diálogos Jurídicos entre España y México*, vol. X (versión española), asimismo en el libro *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, coordinado por Núria Reguart Segarra.

² Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid y de la Facultad de Derecho de la Universidad Jaume I de Castellón. Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: “La adaptación al Derecho Europeo de la empresa: los nuevos retos del Derecho de Sociedades y de los mercados de capitales” (PID2020-113958GB-I00), IPs. Aurora Martínez Flórez y Alberto Ramón Vaquerizo Alonso.

En estas páginas me ocuparé de algunos intentos de afrontar la tarea de evitar estos abusos o, al menos, de reducir y reparar sus efectos con el Derecho y, en particular, con el Derecho de Sociedades. Comenzaré con una excusa (*non petita*) que espero no se tome como confesión de mi escasa credibilidad. Frente al prejuicio extendido hacia los que nos dedicamos al Derecho Mercantil (quizá injusto; quizá no), advierto que yo también estoy en contra del trabajo infantil, de las empresas que contaminan y dañan el medio ambiente, de la explotación laboral y también creo que es prioritario poner remedio al cambio climático al que ya estamos llegando demasiado tarde. Pero también advierto que algunas de las propuestas más en boga en este tipo de actos son —en mi opinión— muy tiernas e ineficaces y que no es excepcional que perjudiquen los intereses que pretenden defender.

Percibo, también, que no es un tema fácil, porque algunos planteamientos afectan al Derecho de la empresa, por tanto, a un derecho con tutela constitucional. A la vez, se interfieren con los fundamentos del Derecho de Sociedades (mercantil, pero también Derecho Constitucional de Asociación), que pueden verse en entredicho. También expreso que la tesis que defenderé sobre cómo enfocar correctamente el problema desde el Derecho no responde al mero prurito técnico de hacer un “buen Derecho”, lo que tampoco debería desdeñarse porque esto es esencial al valor de la seguridad jurídica. Lo sostengo, sobre todo, en razones de eficacia, que convendremos no es sencillo de alcanzar en una materia en la que las buenas intenciones abundan y escasean los resultados.

Comenzaré con unos presupuestos que a menudo se valoran insuficientemente. De estas premisas espero que resulte el método que —en mi opinión— es esencial para afrontar el problema. Me referiré —en esta ocasión de forma

puntual— a las tareas que las instituciones europeas han emprendido.

Premisas para desbrozar el camino antes de entrar en el bosque

Lo malo es el abuso, no las empresas

Conviene partir de la primera y más importante advertencia preliminar. En contra de lo que a veces se dice, el problema que nos ocupa no es el de la maldad de las empresas de los países desarrollados. En ellas no existe esa maldad intrínseca, ni es negativo que busquen “nichos” para invertir y obtener beneficios en países con menos desarrollo o, incluso, donde los estándares nacionales de protección del medio ambiente o de los derechos sociales son menos rigurosos que en los lugares en los que tienen su sede original o principal.

Al contrario, la inversión extranjera es muy apreciada e, incluso, necesaria para el progreso de esos países y de su población. En España lo sabemos bien cuando nos alegramos si una multinacional alemana o estadounidense del automóvil decide desarrollar una nueva línea de producción en nuestro país que asegurará cientos o miles de puestos de trabajo directos. Sin duda, también lo saben en aquellas regiones en las que se producen abusos, pero en las que la presencia de empresas de Europa occidental o de los EE.UU. trae desarrollo y riqueza e, incluso, mejoras vinculadas a estándares de actividad más avanzados que los aplicados en esos lugares para las relaciones laborales, la seguridad o la tutela del medio ambiente.

Por tanto, el problema al que tenemos que ceñirnos es estrictamente el del abuso o las malas prácticas; y de lo que se

trata es de cómo afrontar esas conductas que todos repudiamos porque suponen una injusta explotación de los trabajadores o de la infancia, porque dañan el medio ambiente o porque agudizan la corrupción endémica de ciertos países. Impedir o poner límites a la inversión transnacional de las empresas no es aconsejable so pena de producir efectos contraproducentes con los fines que se buscan.

No es un problema nuevo

La consideración en la gestión de las sociedades de intereses de terceros distintos a los de los socios, a menudo, se considera un tema novedoso nacido hace pocas décadas. En realidad, sus raíces se hunden hace mucho, aunque los viejos olvidan demasiado esos orígenes y los jóvenes casi siempre los desconocen encantados de haber descubierto un “nuevo filón”. Éste puede serlo subjetivamente, pero para otros lo es mucho menos. Por rigor intelectual y porque a menudo los términos del debate se explicaron mejor antes que ahora, convendría no olvidarlo.

La legitimidad de una gestión corporativa en función de intereses distintos a los de los accionistas remite a un debate que se apoya en dos viejos troncos. El primero es el *managerialismo* americano. Hace 100 años se trató de responder a la pregunta “*For Whom the Company Should Be Managed?*” una vez que se constató que la actividad de las grandes corporaciones no repercute sólo sobre sus accionistas, sino también en terceros (trabajadores acreedores, colectividad, entorno, etcétera). La discusión planteó si en esa gestión cabía contemplarse los intereses plurales de los *stakeholders* en el marco de un capitalismo moralizante o, incluso, si la gestión

tecnocrática de la gran empresa simplemente responde a la intención de los managers de incrementar su poder autónomo y omnímodo, más allá de si beneficia o no a los accionistas.³

La otra columna que conviene recordar se refiere a las tesis que en Alemania buscaron sintonizar la gestión de la gran empresa con el bien común; ello remonta a la doctrina que identificó un interés propio de la gran empresa, que excede del de los accionistas. Esto supone guiar, por un lado, la gestión en función de los intereses de la colectividad, y adoptar decisiones que no se vinculan necesariamente con la defensa de los socios. Como se sabe, este planteamiento tuvo una deriva durante el nazismo con la funcionalización totalitaria de la empresa (*Führerprinzip*), pero, por otro lado, abrió el camino a la participación de los trabajadores en el órgano de gestión (*Mitbestimmungsgesetz*), en el marco de una concepción socialdemócrata (capitalismo renano) que supuso la introducción en la gestión de otros intereses distintos de los de la propiedad.⁴

³ Debe recordarse la polémica en 1932 entre Berle ("For Whom are Corporate Managers Trustees: A Note", en *Harvard Law Review*, vol. 45, p. 1365), para quien la corporación es propiedad de sus socios y la gestión sólo se debe encaminar a defender sus intereses, y Dodd ("For Whom are Corporate Managers Trustees?", *Harvard Law Review*, vol. 45, p. 1145) que promueve un modelo abierto a demandas de otros grupos, lo que asigna a los *managers* un amplio poder para actuar como "fiduciarios tecnocráticos" que gobiernan la corporación al servicio del interés general (Gondra, "El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 269, 2008, pp. 841-883).

⁴ En 1937 se atribuye al órgano de dirección el deber de gestionar sociedad de acuerdo con los "intereses de la empresa, de los trabajadores y del bien común del pueblo y del Estado" (§ 70.1 *AktG*). La norma identifica un interés de la empresa "en sí" (*Unternehmen an sich*) (Esteban Velasco, *El poder de decisión en la sociedad anónima*, 1982, esp. 123 y ss.; en la materia es esencial la posterior obra del profesor Esteban Velasco: "Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa", en AA. VV. *Responsabilidad social corporativa*, Castellón 2005, 6 y ss.; *id.*, "Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y en el Gobierno Corporativo", *Liber amicorum*: J. L. Iglesias, Madrid, 2014, 275 ss.; *id.*, "Buen gobierno, fin/interés social y responsabilidad social corporativa. Hacia un modelo de gobierno corporativo socialmente responsable", Roncero (coord.), en *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, 2019, 969).

Todavía hoy, la doctrina jurídica alemana no cuestiona las amplias facultades de los administradores de las sociedades anónimas para considerar intereses distintos al de los accionistas.⁵

Ninguno de esos planteamientos reclamaría reformas que habilitaran a los ejecutivos a considerar otros intereses. No es cierto, como a veces se dice, que las sociedades tengan prohibido tomar decisiones que no beneficien directamente a los socios. En realidad, hoy ya los ejecutivos de las grandes corporaciones disfrutan de un amplio poder, que les permite actuaciones de gestión de la sociedad con fines altruistas. A veces ello se justifica en que a largo plazo benefician a los socios.⁶ Pero, en todo caso, la demostración de dicho beneficio no se exige para admitir su licitud. En el fondo, siempre encuentra amparo en la discrecionalidad de que gozan administrando la sociedad.⁷

Ambos modelos convergen en el reconocimiento a los ejecutivos de un margen muy amplio para poder atender intereses que son distintos a los de los accionistas. Una opción política que habitualmente se califica como *stakeholderism*. Esa

⁵ Fleischer, en Spindler/Stilz, Hrsg., *Aktiengesetz*, 4. Aufl. 2019, § 76 Rdn 22 y ss. También en Austria el § 70 AktG prescribe que el órgano de administración dirige la sociedad bajo su propia responsabilidad por el “bien de la empresa, con consideración de los intereses de los accionistas de los trabajadores y de los intereses públicos” (Nowotny, en Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG Kommentar*, 3. Aufl., 2021, § 70, Rdn. 10).

⁶ Se dice a menudo que la desviación en el corto plazo de los activos societarios para satisfacer intereses de los *stakeholders* (trabajadores, consumidores, comunidades locales, etc.) es posible si a largo plazo los socios se benefician. Ello “compatibilizaba la tradicional “teoría de la propiedad”, en la que la corporación era vista como la propiedad de sus accionistas y debía ser gobernada en su beneficio, con la visión de la corporación como una “institución social”, con deberes para con todos los grupos sociales implicados en su actividad” (Gondra, “100 años de debate sobre el gobierno corporativo: la importancia del contexto”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, pp. 35 y 38; el “largo plazo” como “panacea” para resolver los problemas de las sociedades de capital se defiende por Vives, “El propósito de las sociedades y el paradigma del largo plazo”, en AA.VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, pp. 15 y 25).

⁷ SAP Madrid, 11 de noviembre 2011 JUR 2012, 6263; Paula del Val Talens, *Las donaciones*.

concepción plural del interés social que deben perseguir los administradores se apoya en la regla que les reconoce la más amplia libertad para tomar decisiones sin que ésta se someta a control del juez (art. 225.1. *Ley de Sociedades de Capital*, en adelante *LSC*). En último caso, son propuestas que redundan en el incremento del poder discrecional de los directivos. Pero también en la reducción de los mecanismos de supervisión de su gestión.⁸

¿Por qué a los ejecutivos les interesa tanto poder defender a los stakeholders?

Los principales dirigentes empresariales han mostrado en reiteradas ocasiones su decidido apoyo a esa ampliación de los intereses que pueden e, incluso, deben atender. En 2019 el *statement* anual de la *Business Roundtable*, que reúne a los CEO (Chief Executive Officer) de las 181 compañías más grandes de los EE.UU., se tituló *On the Purpose of a Corporation* y asumía un *stakeholder capitalism*, que proclamaba el compromiso de las grandes corporaciones con una dirección en beneficio de todas las partes interesadas.⁹

⁸ Bebchuk/Tallarita, "The Illusory Promise of Stakeholder Governance". Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3544978, p. 66: "support for stakeholderism may well be strategic: an attempt to advance a managerialist agenda dressed in stakeholder clothing to make it more appealing to the general public and to gain support for it from those concerned about corporate externalities". También en Italia se dice que la visión plural del interés redonda en un incremento del poder de los ejecutivos v. Tombari, *Corporate Power and Conflicting Interests*, pp. 58 y ss.; Angelici, "Interesse sociale y Business judgement rule", en *Riv. Dir. Comm.*, pp. 573 y ss. En España Embid, "Discrecionalidad empresarial y responsabilidad social corporativa", en *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro Hom. C. Alonso Ledesma*, Madrid, 2018, 197, 202; Esteban Velasco, "Responsabilidad Social Corporativa", pp. 301 y s.

⁹ Consúltese: <https://opportunity.businessroundtable.org/wp-content/uploads/2019/09/BRT-Statement-on-the-Purpose-of-a-Corporation-with-Signatures-1.pdf>. También el Foro Económico Mundial de Davos de 2020 concluyó: "The purpose of a Company is

La realidad no acredita la sinceridad de esas declaraciones bienintencionadas. Un detallado estudio sobre lo que realmente realizaron las grandes corporaciones americanas que habían asumido aquellos compromisos muestra su escaso alcance y cómo fueron más declaraciones *for show*, como dicen los anglosajones, o *ad pompam vel ostentationem*, que decían los romanos. El análisis pormenorizado de lo que hicieron esas corporaciones lleva a conclusiones decepcionantes. Los que exteriorizaron esas proclamas o se adhirieron a ellas nunca dieron muestra de una intención seria de provocar cambios materiales en el trato dispensado por las empresas a los *stakeholders*.¹⁰ Sin embargo, las grandes

to engage all its stakeholders in shared and sustained value creation. In creating such value, a Company serves not only its shareholders, but all its stakeholders-employees, customers, suppliers, local communities and society at large [...]. A company is more than an economic unit generating wealth. It fulfills human and societal aspirations as part of the broader social system. Performance must be measured not only on the return to shareholders, but also on how it achieves its environmental, social and good governance objectives". Entre los principales abogados de empresa se defiende ese cambio de paradigma que conciba "el gobierno corporativo como una colaboración entre las empresas, los accionistas y otras partes interesadas que trabajan juntas para conseguir valor a largo plazo y resistir el cortoplacismo". Lipton *et al.*, "The New Paradigm: A Roadmap for an Implicit Corporate governance Partnership Between Corporations and Investors to Achieve Sustainable Long-Term Investment and Growth", 2nd September, 2016, *International Business Council of the World Economic Forum*. Disponible en <https://www.wlrk.com/webdocs/wlrknew/AttorneyPubs/WLRK.25960.16.pdf>; Lipton *et al.*, "It's Time to Adopt the New Paradigm", 2019 Harvard L. School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation. Disponible en <https://corpgov.law.harvard.edu/2019/02/11/its-time-to-adopt-the-new-paradigm/>. En la misma línea en nuestro país, véase Vives, "El propósito de las sociedades y el paradigma del largo plazo", en AA. VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, p. 20.

¹⁰ Bebchuk y Tallarita, "Will Corporations Deliver Value to All Stakeholders?", en *European Corporate Governance Institute, Law Working Paper*, núm. 645/2022. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3899421, advierten que, por lo general, esas empresas no añadieron ninguna actuación real que mejorase la situación de los stakeholders, al mantenerse en sus directrices un compromiso preferente con la primacía de los accionistas, sin que fuese efectivo el compromiso con los *stakeholders*. Y cuando se recibieran propuestas de accionistas alineadas con aquella declaración, los ejecutivos dijeron que no entendían que se requiriesen cambios en la forma de tratar a los *stakeholders*. En fin, la remuneración de los administradores también siguió preferentemente vinculada con la creación de valor creado para los accionistas, siendo otros parámetros anecdóticos.

empresas integran en sus estrategias objetivos públicos, cada vez más a menudo, eso que califican como su *purpose* o su misión. Las páginas web corporativas de las principales sociedades anónimas españolas muestran igualmente esta tendencia.¹¹ Bien puede advertirse que esas misiones o propósitos son enormemente difusos.

Pero no sólo se percibe la falta de concreción de los objetivos en los que se encarnan; además, tampoco se determinan claramente los titulares de esos intereses, cuya defensa es el *purpose* corporativo; y, en todo caso, no se les atribuyen medios para reclamar a la sociedad una actuación alineada con éstos. Tampoco se establecen mecanismos econométricos seguros para medir el cumplimiento, incluso cuando la retribución de los directivos se vincula a la consecución de resultados en ese ámbito.

¹¹ Telefónica publica que su misión es “hacer nuestro mundo más humano, conectando la vida de las personas” [en línea]. Disponible en <https://acortar.link/WXThmS>; la misión del Banco Santander es “contribuir al progreso de las personas, las empresas y la sociedad, desarrollando nuestra actividad de forma sencilla, personal y justa” [en línea]. Disponible en <https://www.voluntariado.bancosantander.es/es/nuestra-mision.html>; el propósito de BBVA es “poner al alcance de todos las oportunidades de esta nueva era” [en línea]. Disponible en <https://acortar.link/myGpTy>; Repsol fija su visión en “ser una compañía energética global, basada en la innovación, la eficiencia y el respeto, que crea valor de manera sostenible para el progreso de la sociedad” [en línea]. Disponible en <https://acortar.link/mMo5J7>); en el caso de Caixabank su “misión” consiste en “contribuir al bienestar financiero de nuestros clientes y al progreso de toda la sociedad”. Disponible en <https://acortar.link/cZkzol>. El propósito de Iberdrola es “continuar construyendo cada día y en colaboración, un modelo energético más eléctrico, saludable y accesible” [en línea]. Disponible en <https://www.iberdrola.com/conocenos/proposito-corporativo-valores>), siendo el “denominador común” de su propósito y valores “la creación de valor de forma sostenible, la búsqueda del dividendo social y el liderazgo en el desarrollo de todas sus actividades”. Algo más concreta es la misión de Acciona: “liderar la transición hacia una economía baja en carbono, para lo que pone al servicio de todos sus proyectos criterios de calidad y procesos de innovación destinados a optimizar el uso eficiente de los recursos y el respeto al entorno”; por otro lado, incluye un compromiso de “generar proyectos con valor compartido, contribuyendo a mejorar la calidad de vida de las comunidades cercanas a sus operaciones y respetando el medio ambiente” [en línea]. Disponible en <https://mediacdn.acciona.com/media/3224031/construcci%C3%B3n-es.pdf>.

A algunas personas pudiera maravillar este entusiasta apoyo de los ejecutivos a una gestión que pueda o que deba venir presidida por objetivos públicos; a otros no nos sorprende tanto. El efecto de incluir esos objetivos en la gestión se proyecta en la ampliación de los intereses que los ejecutivos pueden o deben atender y defender. Esto sirve directamente para incrementar su poder, aspecto de gran interés para ellos. Por lógica, los ejecutivos temen incurrir en responsabilidad personal. Pero esto tampoco es un problema; si frente a una demanda por una gestión deficiente de la sociedad pueden alegar que ellos gestionan en función de intereses plurales, o que están “para salvar el planeta” o promover el bien común, el riesgo de incurrir en responsabilidad se reduce.

Ésta es la clave: cuantos más intereses deben atender los administradores, mayor es la discrecionalidad con la que cuentan para decidir. Así se entiende bien la adhesión de muchos dirigentes empresariales a las propuestas de una administración enfocada hacia los intereses de terceros, y no sólo de los accionistas: la declaración de esa adhesión a veces no es simplemente honesta; y otras supone dotarles de más poder discrecional, reduciendo la rendición de cuentas frente a los accionistas que les designaron.¹²

¹² Embid, “Discrecionalidad empresarial y responsabilidad social corporativa”, en *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, pp. 212 y ss.; Navarro, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 63, 2021, p. 198; Shapira, “The Challenge of Holding Big Business Accountable”. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4125334. Respecto de la società benefit en Italia Atella Richter Jr., “Società benefit e società non benefit”, en De Donno/Ventura (coords.), *Dalla benefit corporation alla società benefit*. Bari, 2018, pp. 59-65. No obstante, afirma que la discrecionalidad de los administradores se reduce. Véase Peinado, “La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores: Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, pp. 1-33.

¿De qué se debe ocupar el Derecho? Transparencia e información veraz y comparable

El primer instrumento para promover una gestión que, sin duda, atenta contra los intereses de los terceros es el que deriva de la elección de inversores que prefieren colocar sus ahorros entre empresas “socialmente responsables” o que adoptan estrategias compatibles con el interés público o general. Así, la primera preocupación desde el punto de vista legal es que la información que publica una sociedad en relación con sus actuaciones vinculadas a la defensa de los derechos humanos o el medio ambiente sea veraz y comparable con la de otras empresas y con la previamente publicada por la misma empresa.

En los últimos tiempos, las instituciones europeas se han ocupado de ello a través de la Directiva sobre información no financiera que las sociedades de cierta dimensión deben hacer pública en relación con sus acciones relacionadas con el medio ambiente, aspectos sociales, derechos humanos o sobornos (Directiva 2014/95/UE, incorporada al Derecho Español en los arts. 49.5 y 6 Ccom, 262.1 párr. 3 y 262.5, LSC). Esta normativa es objeto de una importante reforma que se recoge en la Directiva sobre el informe de sostenibilidad de las empresas.¹³ La reforma amplía el ámbito de sociedades obligadas a publicar dicho informe y modifica en parte su contenido. Destaca, en particular, la previsión de que el informe explicita el proceso de *due diligence* que las empresas emprenden para identificar, prevenir, mitigar y remediar los

¹³ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas.

impactos adversos reales y potenciales relacionados con sus actividades y cómo abordan esos impactos.

De otro lado, la Comisión Europea entiende que para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas es esencial que los ahorros se desplacen hacia inversiones sostenibles. Pero a estos efectos le preocupa impedir el blanqueo “ecológico” (*greenwashing*) y evitar una fragmentación del mercado causada por las diferencias entre los Estados miembros respecto de la comercialización de productos de inversión que se publicitan como sostenibles. Por ello, se establecen los productos de inversión y las actividades que podrán comercializarse con esa calificación en el *Reglamento (UE) 2020/852* de 18 de junio de 2020 (de taxonomía), que enumera las actividades sostenibles en relación con los productos de inversión y las emisoras.

Esa calificación depende de que las actividades económicas contribuyan a mitigar y adaptarse al cambio climático, protejan los recursos hídricos y marinos, o favorezcan la transición hacia una economía circular, la prevención y el control de la contaminación, y la protección y recuperación de la biodiversidad y los ecosistemas. No obstante, tampoco se puede desconocer que la consideración de ciertas actividades como sostenibles depende a veces de cierto oportunismo político, como lo muestra que, en el marco de la crisis energética y la guerra de Ucrania, se acepte el gas o la energía nuclear como medioambientalmente sostenibles.¹⁴

¹⁴ *Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 18 de junio de 2020 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el *Reglamento (UE) 2019/2088*.

Ni el Derecho Privado ni el de Sociedades son instrumentos idóneos contra abusos empresariales. La legitimidad de los intereses de quienes se unen en sociedad con fines económicos y empresariales, y la pretensión de subordinarlos a intereses colectivos

Los intereses privados que buscan los empresarios (o los socios de una sociedad anónima o limitada constituida para el ejercicio de una empresa) son perfectamente legítimos. Si se los subordina al interés general, puede estar atentándose contra los derechos y libertades de las personas. La libertad, que expresa la dignidad humana, comprende también la iniciativa empresarial. De igual forma, el derecho de asociación cubre tanto fines públicos como aquellos en los que las personas se unen con objetivos privados (incluidos económicos); si la asociación no puede cumplir dichos fines o se debe guiar por fines externos, el derecho de asociación puede verse vulnerado. Si el uso de los activos societarios se subordina a objetivos distintos a aquellos a los que se destinaron, normalmente a favorecer a los socios el incremento del valor de la sociedad, también el derecho de la propiedad privada puede verse afectado.

El enfoque general puede restringir los derechos y libertades, incluidos el derecho de asociación, de propiedad o la libertad de empresa. La ley establece restricciones para asegurar relaciones laborales justas, el cumplimiento de normas fiscales, proteger la infancia y no sólo en un entorno nacional, fijar reglas que acotan cómo pueden competir las empresas, impedir la contaminación de los ríos o de los mares, prevenir la corrupción, entre otros aspectos. En definitiva, los poderes públicos pueden fijar y de hecho establecen límites a través del Derecho Penal, el Administrativo o el Regulatorio.

Pero eso no implica que la empresa deba gestionarse para buscar intereses distintos a los del empresario o a los de los socios de la sociedad, que es titular de la empresa.

La diligencia de los administradores de las sociedades en el cumplimiento de sus funciones depende de que defiendan los intereses de los socios que les pusieron al frente de la sociedad para promover esos intereses (art. 227, *LSC*). Deben hacerlo respetando la ley que limita su libertad de decidir. El cumplimiento de la legalidad es, por tanto, una parte de la diligencia debida. Pero, más allá de cumplir con lo que ley les exige, no tienen que atender otros intereses distintos a los de los socios que crearon la sociedad para buscar sus propios y legítimos fines particulares, y que les designaron para cumplir esos fines.

El deber de hacer una *due diligence* (auditoría) de riesgos en atención a los derechos humanos o al medio ambiente no es la “debida diligencia”

En la materia que nos ocupa cada vez más se impone a las empresas la obligación de adoptar planes de vigilancia o de realizar procesos de auditoría en forma de *due diligence* que identifique los efectos de su actividad sobre los derechos humanos o el medio ambiente. A veces, se traduce como una obligación de “debida diligencia”. Pero el término es equívoco si se entiende que se proyecta en un nuevo patrón de actuación exigible. Como se sabe, la diligencia debida con carácter general se corresponde con el patrón del buen padre de familia (como dice el art. 1104 del *Código civil español*), aunque se prevén otros patrones especiales de conducta. En el Derecho de Sociedades de Capital, el administrador

debe gestionar la sociedad y la empresa con el cuidado que un ordenado empresario presta a sus negocios y como un representante leal (arts. 225 y 226, *LSC*).

Por tanto, la diligencia hace referencia a deberes fiduciarios que vinculan al administrador con la sociedad (como titular habitual de las empresas) y con los socios. En efecto, la diligencia que los administradores deben conforme al patrón mencionado se determina en función de la defensa leal de los intereses de la sociedad y de los socios, que es con quienes están obligados a ejercer con diligencia su cargo.

La obligación (legal o contractual) de realizar una *due diligence* nada tiene que ver con el cuidado debido en el ejercicio del cargo. La *due dilige* es un proceso habitual que se prevé en situaciones varias. Este proceso está muy extendido en las ventas de empresa o cuando una empresa solicita financiación. En estos casos, el comprador o el financiador participan en el contrato en función del valor de la empresa resultante del proceso en el que se contemplan las contingencias posibles o probables. En último caso, el objetivo de la *due diligence* es liberar al que la realiza del riesgo de responder por circunstancias que no se identificaron en el proceso de auditoría.¹⁵

En Europa, la Propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad¹⁶ (y en alguna reforma

¹⁵ Por ejemplo: Acosta Álvarez, “La *due diligence* previa a la adquisición de una empresa”, en Sebastián (dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, pp. 65-73. Las *due diligences* pueden referirse a muy diversos riesgos (financieros, fiscales, laborales, medioambientales, entre otros). A su vez, la *due diligence* puede hacerse por encargo del comprador antes de concluir la venta de empresa, o por el vendedor que pretende informar al comprador de ese estado y exonerarse de su responsabilidad por datos no identificados en el proceso (Hernando Cebría, *La revisión legal* (“legal due diligence”) en el Derecho Mercantil, pp. 15 y ss.).

¹⁶ La aprobación de esta Directiva está teniendo un largo y tortuoso camino, que, cuando se escriben estas páginas, no debe darse por terminado. Tras un discutido periodo de audiencia pública, el Parlamento Europeo apoyó el 11 de marzo de 2021 una

reciente en el Derecho Comparado) fija el foco en la obligación que se impone de realizar una *due diligence* sobre los efectos adversos de la actividad de la empresa (o de otras en su cadena de valor) sobre los derechos humanos o el medio ambiente.¹⁷

La obligación de que la sociedad realice esa *due diligence* sobre los efectos adversos en los derechos humanos o el medio ambiente no tiene nada que ver con la diligencia o el cuidado que debe guiar la actividad de la sociedad o de sus administradores (*duty of care*). Sin embargo, es habitual que ambos conceptos se confundan. A ello, contribuyen los traductores (“traidores”) cuando el término *due diligence* se traduce en la Directiva como “debida diligencia” (esto vale para la traducción al español y para el equivalente en otros idiomas del ámbito no anglosajón).

propuesta enfocada hacia cambios en el Derecho de Sociedades y el gobierno corporativo. Este documento fue objeto de abundantes y fundadas críticas (European Company Law Expert Group, ECLE, “Comment by the European Company Law Experts Group: On the European Parliament’s Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability”. Disponible en <https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/>, traducido de la *Revista de Derecho de Sociedades*, pp. 269 y ss.). Algunas de esas críticas parece que fueron atendidas en el texto conocido en la actualidad (septiembre de 2022), que se refleja en la propuesta que aprobó por la Comisión en febrero de 2022. Disponible en <https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex>.

¹⁷ Al margen del deber de realizar aquella *due diligence*, las empresas sometidas también deben adoptar un “plan” que garanticen que el modelo de negocio y la estrategia de la empresa son compatibles con la transición a una economía sostenible y la limitación del calentamiento global a 1.5 °C, con arreglo al Acuerdo de París. El plan identificará, sobre la base de la información razonablemente disponible para la empresa, la medida en que el cambio climático es un riesgo de las operaciones de la empresa. Si el cambio climático se identifica (o deba identificarse) como un riesgo principal de sus operaciones, la empresa debe incluir entre sus objetivos la reducción de emisiones. Ésta es una norma cuya aplicación genera gran incertidumbre, pues su objeto se puede entender incluido en la *due diligence*, lo que conduce a que se haya propuesto su supresión del texto definitivo (ECLC, “Why Art. 15 (combating climate change) should be taken out of the CSDD”. Disponible en <https://ecgi.global/blog/why-article-15-combating-climate-change-should-be-taken-out-csdd> (agosto de 2022).

Pero, la expresión “debida diligencia” en la versión española de la Directiva y referida a la obligación de realizar la *due diligence*, no modifica el cuidado debido y exigible, ni afecta a los intereses que los administradores deben perseguir. Quienes gestionan intereses ajenos (en este caso, de los socios) siempre deben hacerlo en defensa de los titulares de estos intereses. Si la diligencia o el cuidado que se reclama se fija en consideración a la defensa de otros objetivos, se desplazaría el legítimo interés de los particulares (los empresarios, en este caso) de que los administradores gestionaran para perseguir esos fines (o los de los socios, que los nombraron).

Nunca un abogado de empresa incurriría en la confusión entre *due diligence* y diligencia o cuidado debidos en la gestión. Y desde el mismo entorno de la Comisión se advirtió contra esa confusión¹⁸ entre el concepto *due diligence* y el deber de diligencia. Pero lo cierto es que está muy extendida.¹⁹ La confusión podría ser comprensible en la primera redacción de la propuesta de Directiva, que internalizaba en la gestión corporativa la tutela de los derechos humanos o del medio ambiente y que, por tanto, incidía de pleno sobre el Derecho de Sociedades. De ello, queda aún algún vestigio, pero es previsible que terminen por suprimirse, en la medida en

¹⁸ European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Torres-Cortés, Salinier, Deringer *et al.*, *Study on due diligence requirements through the supply chain: final report*, p. 57.

¹⁹ Höslí y Weber, “Climate Change Reporting and Due Diligence”, *ECFR* 6/2021, 948, 969; en el libro de Sanguineti y Vivero, *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, 2022, *passim*, a pesar del título no hay ningún trabajo de los numerosos que contiene sobre el tipo de diligencia debido por las empresas, ni sobre si se modifica el deber de cuidado en el cumplimiento. La confusión se percibe también en textos prelegislativos españoles como el Anteproyecto de Ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales elaborado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (véase proceso de consulta pública abierto por el Ministerio. Disponible en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/220208-consulta-publica-definitiva.pdf>).

que esas normas no prescriben una regulación clara ni en los deberes ni en sus efectos.²⁰

Quizá lo más grave sea que, si se asigna a los gestores de la empresa o de la sociedad la tarea de satisfacer intereses públicos distintos a los de los socios, ello pueda conducir a la inactividad de los poderes públicos, confiados en que su tarea pasa a ser de las grandes corporaciones, cuando ellos deberían ser los responsables de asegurar esos intereses y de vigilar su cumplimiento. En definitiva, a la privatización de las políticas públicas.

En el momento en que se redacta este trabajo (diciembre de 2022), el texto publicado de la Propuesta de Directiva no altera en principio la diligencia debida. Se limita a obligar a que las sociedades realicen una *due diligence* que identifique los riesgos y las contingencias que concurren en la empresa, a que mitigue esos efectos y, en su caso, a que repare los daños que se pudieran derivar de efectos adversos que provienen

²⁰ En particular no se precisa si cabe demandar a los administradores por una falta de diligencia al cumplir con ese deber. Por un lado, ¿quién podrían actuar? ¿los socios, como prevé la legislación de sociedades? ¿o, incluso, los terceros titulares de esos intereses? Esto no se precisaba y el problema sigue presente en la actual versión de la Directiva, incluso cuando se prevé una norma sobre responsabilidad de la sociedad por incumplir sus obligaciones (art. 22 e *infra* 3.4.2). Por otro lado, en el ámbito societario la exigibilidad a los administradores sería siempre limitada, al estar cubiertas las decisiones de gestión, incluso en el orden aquí considerado, por la regla de la discrecionalidad empresarial (art. 226 LSC). Para la conveniencia de abandonar en la Propuesta de directiva las referencias que aún quedan al deber de diligencia (arts. 25 y 26), véase ECLE, “The proposed Due Diligence Directive should not cover the general duty of care of directors”. Disponible en <https://ecgi.global/blog/proposed-due-diligence-directive-should-not-cover-general-duty-care-directors>. Recalde, “La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la Propuesta de Directiva sobre ‘diligencia debida’ (*due diligence*) en materia de sostenibilidad)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, pp. 10 y ss. y *Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho concursal en Homenaje al profesor Quijano*, 2023, pp. 691 y s. En septiembre de 2022, se publicó una “propuesta de compromiso” de Chequía, a la sazón estado miembro que preside el Consejo, suprimiendo ambos preceptos, que sería aceptada por el Consejo, véase <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies/>

o pueden resultar de una actividad de la sociedad que viola los derechos humanos o que daña el medio ambiente. En definitiva, estando obligada a realizar esa *due diligence*, la sociedad soporta a internalizar una obligación puramente externa que impondría la Directiva.

Nadie puede cuestionar la legitimidad de este planteamiento que, por otro lado, no difiere de los deberes de establecer estándares de cumplimiento normativo relativos a de la regulación pública en materia de higiene, derecho penal, seguridad laboral o fiscalidad, entre otros. Ni el autor más liberal y contrario a que la gestión de la sociedad atienda otros intereses (Friedman) cuestionó que deba cumplir lo que las leyes o reglamentos le requieren. Pero eso no tiene que ver con la obligación de administrar la sociedad en defensa de unos intereses colectivos diferentes de los de los socios.

La sociedad (a través de sus administradores), cuando debe hacer la *due diligence*, soporta una obligación legal y con ello no se desvía de lo previsto en otros ámbitos en los que se exige que las sociedades tengan protocolos o cumplan normas de prevención de riesgos laborales, realicen una *compliance* penal, o adopten medidas para prevenir la corrupción. Lo único original en este caso es que la obligación consiste en realizar un proceso de auditoría en el que la sociedad debe identificar y reducir riesgos, así como reparar daños que se pudieran derivar de su actividad si ésta tiene efectos adversos sobre los derechos humanos o el medio ambiente.

Tema distinto es la forma con la que la Propuesta de Directiva fija los estándares que presiden el cumplimiento de esa *due diligence* o los instrumentos para forzar a cumplir esa obligación. A ello nos dedicamos a continuación.

Seguridad jurídica

Si el Derecho va a ser el arma que se va a utilizar contra los abusos de las empresas, debe ser eficaz y seguro. En definitiva, las obligaciones que se impongan no pueden ser difíciles de conocer ni imposibles de cumplir y el cumplimiento debe ser a un costo proporcionado en relación con el beneficio que se alcanzará. Son requisitos imprescindibles para satisfacer los fines que se persiguen. Los objetivos deben estar claramente establecidos y el instrumento debe ser adecuado: no se puede cazar rinocerontes con cerbatana, como tampoco es eficaz usar misiles nucleares para matar una plaga de conejos o de otros roedores, porque puede que el conejo no sobreviva; pero es probable que también se arrase, junto a aquella plaga, la naturaleza e, incluso, a los seres humanos que viven en la zona. Aun excusándonos por la broma, convendremos en que a veces sucede así con algunas propuestas en este ámbito.

También la Propuesta de Directiva Europea merece esta objeción cuando, para determinar las conductas contrarias a los derechos humanos o al medio ambiente, utiliza unos estándares que resultan de un número elevadísimo de tratados y de otros instrumentos internacionales.²¹ Además, las normas previstas en esos convenios e instrumentos internacionales son muy abiertas y, en ellas, tampoco es fácil acreditar su cumplimiento. La inseguridad que con ello se genera dificulta la toma de decisiones de gestión de las sociedades y también, de paso, reduce la eficacia de dichas previsiones en relación

²¹ Los impactos negativos que se deben considerar al realizar la *due diligence* son los que pueden producirse por la violación de las disposiciones sobre derechos humanos previstas en más de 20 instrumentos internacionales (puntos 1 a 20 de la parte I del Anexo de la Propuesta de Directiva). Además, la parte II del anexo se refiere a 12 infracciones del medio ambiente contenidas en otros 10 tratados e instrumentos internacionales.

con las obligaciones de vigilancia y control de la actividad que se imponen.²²

Además, conviene apreciar que los destinatarios de esos tratados e instrumentos internacionales son los Estados que los ratificaron, y que a menudo éstos se redactaron con gran flexibilidad precisamente para poder ser aceptados y firmados por el mayor número de Estados. La propuesta de la Directiva traslada el contenido de dichos instrumentos internacionales al ámbito interno para crear una vinculación directa que se impone a las empresas.

Pero el anexo de la propuesta no se adaptó al contexto corporativo, al procederse simplemente a copiar el contenido de esos tratados. La aplicación en el ámbito privado de normas previstas para que fueran cumplidas por estados plantea dificultades de todo tipo. Basta observar que si esos Estados incumplen los tratados normalmente no soportarán consecuencias en materia de responsabilidad civil, lo que, en cambio, prescribe la Propuesta de Directiva para las sociedades. Frente a la rigidez del traslado del contenido de estos tratados como obligaciones directas a las empresas, habría resultado más útil imponer a las empresas una valoración global de los riesgos que pueden afectarle en función de su actividad (*risk-based approach*).²³

²² Basta un ejemplo que muestra los inconvenientes de la remisión a esos tratados internacionales. En varios de ellos se prescribe la fijación de un “salario equitativo” o de “condiciones justas de trabajo” (art. 7. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; arts. 2 y 4 *Carta Social Europea*; también el art. 23 *Declaración Universal de los Derechos Humanos* menciona lo siguiente: “condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo” o una “remuneración equitativa y satisfactoria”). Son conceptos con una significación muy diferente en un país europeo y en uno asiático, aunque la Propuesta de Directiva no distingue. Para una empresa europea puede ser difícil determinar cuál es el estándar que debe considerar: el de su domicilio o el del país en el que está domiciliada la sociedad integrada en su cadena de valor, por ejemplo, una proveedora. Conocerlo es esencial para evitar sanciones u otras consecuencias que resulten de incumplir ese estándar.

²³ ECLE, “Legal Certainty and the directive on Corporate Sustainability *Due Diligence*”. Disponible en <https://ecgi.global/blog/legal-certainty-and-directive-corporate-sustainability-due-diligence>.

Si la gestión debiera regirse por la satisfacción de intereses colectivos y plurales como los que se recogen en tantos y tan diversos instrumentos internacionales ¿quién debería establecer el orden y la prioridad de esos derechos protegidos? Entre los derechos humanos que potencialmente puedan verse negativamente afectados por la actividad de una empresa, ¿cuáles debe atender ésta?, ¿o son todos? En tal caso, ¿en qué orden? En concreto, la empresa ¿debe primero considerar los derechos de los trabajadores o el interés que debe perseguir primero es el de la defensa del medioambiente? ¿El llamado comercio justo debe anteponerse a la promoción de inversiones que conduzcan al crecimiento económico de regiones pobres y deprimidas? etcétera. Basta plantearse un conflicto sencillo: la tutela del medio ambiente normalmente justifica el fomento de ropa o de aparatos electrónicos duraderos. ¿Debería concluirse que lo que debe facilitarse es la comercialización de cara ropa italiana y de alta calidad o de electrodomésticos alemanes?²⁴

En todo caso, es cuestionable que sea la misma sociedad la que asuma la autoevaluación de sus actuaciones y la prioridad de los intereses colectivos que va a perseguir. Ello con razón genera suspicacia. Por eso, a menudo la competencia para establecer ese orden se asigna a terceros independientes, que realizan auditorías o controles externos sobre este tipo de actividades relacionadas con la defensa de los derechos

²⁴ En relación con la jerarquización de estos intereses late un tema de legitimidad democrática en la adopción de decisiones de policy que son estrictamente públicas, porque lo que no es cierto es lo que Larry Fink, CEO del principal fondo de inversión del mundo, escribió en una carta enviada en 2021 a las grandes corporaciones: “Stakeholder capitalism is not about politics. It is not a social or ideological agenda”. Disponible en <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2022/01/20/larry-finks-2022-letter-to-ceos/>. La afirmación es tan falsa como lo era el consejo que, según la leyenda, el generalísimo Franco daba a sus visitantes a quienes invitaba a hacer como él y no dedicarse a la política.

humanos o del medio ambiente. En definitiva, en esos terceros se delega la valoración de la actividad pública de la empresa y, con ello, la jerarquía de los intereses que ésta satisface o asume proteger.

La cuestión adquiere gran interés en el marco de la actual lucha competitiva por asumir este tipo de funciones. En ella, se enfrentan las auditoras tradicionales y las empresas de un incipiente nuevo sector, a veces ONGS y otras fuera de ese ámbito. Así, surge un caso de legitimidad democrática, pues en uno y otro caso son empresas privadas u organismos los que valoran actividades emprendidas para satisfacer objetivos públicos o para juzgar si son adecuadas esas decisiones empresariales de marcado carácter político.²⁵ Todo ello, al margen de sus graves consecuencias en el puro ámbito interno de la gestión corporativa que, finalmente, puede verse afectada.²⁶

El ámbito subjetivo de las obligaciones de la directiva: la gran empresa y las incluidas en su “cadena de valor”

Hace 100 años, la discusión sobre las facultades de los administradores y sobre si sus deberes son sólo para con

²⁵ Peinado, *Revista de Derecho Mercantil*, p. 20.

²⁶ Roe, “Purpose and Corporate Governance”, *ECGI Working Paper 601/202*, 6: “if corporate profit becomes a major distributional battlefield inside the corporation, that conflict would contribute to the increasing instability and tension in the polity. Corporate governance institutions —like board elections, capital structure, and shareholder activism— have long tied executives and boards more tightly to shareholder-profit goals. Some thought tightening was needed for managerial accountability; some thought it was already too tight and managers needed more autonomy. But now the contest is shifting to include these social purpose values. Institutions that once were solely or primarily thought of as means to mitigate managerial slack are becoming suffused with social considerations.” Alfaro, “Roe vs. Friedman”. Disponible en <https://derechomercantiles.ana.blogspot.com/2022/01/roe-vs-friedman.html>

los socios o si, eventualmente, pueden o deben atender los intereses de terceros, se centró en la gran empresa. Es aquí donde su actividad incide sobre múltiples otros intereses, y donde el enorme poder autónomo del que disfrutaban sus ejecutivos se muestra como un problema. Ello da origen al debate sobre el gobierno corporativo que, por tanto, tiene ya muchos años detrás de sí. Pero ese debate nunca se trasladó a las empresas pequeñas o a las medianas sociedades.

También en la Propuesta de Directiva la obligación de realizar una *due diligence* sobre los efectos adversos de la actividad en los derechos humanos o en el medio ambiente sólo se impone a las grandes empresas.²⁷

Extender esa obligación a las PYMES (Pequeña y Mediana Empresa) no se justifica. Éstas, a menudo, son empresas individuales o sociedades formadas por un pequeño y cerrado número de socios. Si debieran regirse por la búsqueda del interés común o por la defensa de los derechos humanos, se produciría una profunda limitación de la libertad individual, incompatible con la constitución. Sin duda, la gran mayoría rechazaríamos que nuestras decisiones económicas vinieran predeterminadas por intereses distintos a los nuestros. Generalizar el deber de realizar la *due diligence* a empresarios

²⁷ La Directiva se aplicará a sociedades de más de 500 empleados de media y con un volumen de negocios neto en el ámbito mundial de más de 150 millones de euros en el último ejercicio. También se aplicará a sociedades domiciliadas en un estado miembro más pequeñas (más de 250 empleados de media y un volumen de negocios neto a escala mundial superior a 40 millones de euros en el último ejercicio), si al menos 50 % del volumen de negocios se generó en sectores considerados de especial riesgo desde la perspectiva de los objetivos de la Directiva: manufactura textil, del cuero o del calzado, agrícola, forestal, pesquería, manufactura de la alimentación, extracción de recursos minerales, productos básicos del metal, y otros minerales no metálicos, comercio al por mayor de recursos minerales, productos minerales básicos e intermedios, incluyendo metales y minerales metálicos, materiales de construcción, combustibles, productos químicos y otros.

individuales o a PYMES es cuestionable por la desproporción entre el costo que generaría, en relación con el reducido beneficio que se alcanzaría.

Por un lado, es cierto que la aplicación de las normas del Derecho Público que acotan la actividad empresarial en función de intereses colectivos no puede quedar restringida a la gran empresa. En materia de contaminación, abuso laborales o respeto a los derechos humanos los estándares legales deben aplicarse al titular de cualquier empresa, grande o pequeña, empresario individual o social.

Por otro lado, las destinatarias de las obligaciones previstas en la Directiva son las sociedades. A los administradores sólo les afecta indirectamente. Éstos (y aquí nos situamos en el ámbito de las relaciones internas) deben gestionar la sociedad para que ésta cumpla la normativa (penal, administrativa o societaria) que le es aplicable. El cumplimiento normativo (*compliance*) es la condición para que los administradores cumplan con su deber de diligencia. La presunción de diligencia que se prevé respecto de las decisiones estratégicas y de negocio discrecionales (*business judgement rule*, del art. 226.1, LSC) se condiciona, en efecto, a cumplir con la legalidad.

También presupone que la sociedad establezca sistemas y medidas para el funcionamiento adecuado y controles que identifiquen los riesgos (art. 225.2, LSC). Estos sistemas son los que de alguna forma concreta la Directiva en el contenido tipificado de la *due diligence*. La obligación de establecer una correcta organización no opera en abstracto; depende de la naturaleza del cargo y de las funciones atribuidas a los administradores. Son procedimientos complejos y costosos que cobran todo su sentido en las grandes empresas.

La Directiva fija su atención sólo en sociedades aisladas o individuales. Pero normalmente las grandes empresas

se integran en grandes grupos de sociedades que están vinculadas entre sí. Como la Directiva destina sus normas para sociedades, ello puede conducir a que se facilite la elusión. En efecto, la falta de consideración del fenómeno de los grupos de sociedades en la Directiva plantea el riesgo de divisiones corporativas en el seno del grupo con la sola intención de evitar las obligaciones de la norma europea.

El ámbito subjetivo: las empresas incluidas en la “cadena de valor”

Las sociedades sometidas al ámbito de la Directiva deben controlar el cumplimiento de sus normas (a través de *due diligence*) que se proyecta sobre otras sociedades que forman parte de su cadena de valor (art. 1.1.a). Esto tiene consecuencias: por un lado, obliga a que, de forma indirecta, los estándares de protección de derechos humanos y del medioambiente se trasladen a pequeñas y medianas empresas, cuando éstas se inserten en la cadena de valor de las sociedades sometidas directamente a la Directiva.

Por otro lado, la extensión del ámbito de control de la *due diligence* a esas empresas incluidas en su cadena de valor genera también cierta inseguridad. La referencia a la cadena de valor comprende empresas con las que la sociedad mantiene relaciones comerciales estables (art. 1.1.a). El control derivado de la *due diligence* no sólo atenderá los efectos de la actividad de la empresa y de sus filiales, sino los de otras empresas con las que la sociedad sometida habitualmente mantiene relaciones contractuales e incluso a miembros indirectos de la cadena de valor, como los proveedores de los proveedores.

Aunque la Directiva describe este concepto de una forma general (arts. 3.e y 3.f), su contenido preciso no es claro. ¿Cuándo otra empresa “realiza operaciones comerciales relacionadas con los productos o servicios de la empresa para o en nombre de ésta”? ¿Cuándo una relación “representa una parte insignificante o meramente auxiliar de la cadena de valor” y, por tanto, queda excluida de la obligación de diligencia debida de la empresa?

Combinación de instrumentos públicos y privados de cumplimiento

La Propuesta de Directiva combina mecanismos de *enforcement* de derecho público y privado. De un lado prevé un sistema de supervisión del cumplimiento de la obligación de realizar el proceso de *due diligence* (arts. 6 a 11) y de la lucha contra el cambio climático (art. 15.1 y 2). Los Estados miembros deben designar la autoridad o las autoridades de control. Ésta será la del Estado miembro en el que la sociedad sometida a la Directiva tiene su domicilio social y en el caso de sociedades domiciliadas en un Estado de fuera de la UE (Unión Europea), será autoridad competente la del Estado miembro en el que la empresa tenga una sucursal. También se prevé crear una red europea que agrupe esas autoridades de control nacionales (art. 21), para facilitar la cooperación, la coordinación y el alineamiento en las prácticas regulatorias, de investigación, sanción y supervisión. En la medida en que proceda, la red de autoridades de supervisión permitirá que compartan la información de que dispongan.

Las autoridades de control pueden iniciar una investigación de oficio si disponen de información relativa

a un incumplimiento de las obligaciones previstas en la legislación nacional de incorporación de la Directiva. Pero las personas físicas o jurídicas con “preocupaciones fundadas” y basadas en circunstancias objetivas pueden presentar una reclamación sobre el incumplimiento de las disposiciones nacionales que incorporan la Directiva (art. 19.1). Las autoridades de control, en el ejercicio de sus funciones, podrán (a) ordenar el cese de las infracciones, la abstención de repetir la conducta y, en su caso, otras medidas correctoras proporcionadas a la infracción y necesarias para ponerle fin; (b) imponer sanciones pecuniarias; y (c) adoptar medidas provisionales para evitar el riesgo de un daño grave e irreparable.

De otra parte, y ya en el ámbito privado, se establece la responsabilidad civil por los daños que cause el incumplimiento (arts. 22 y 23). Como sucede en otros derechos, Alemania o Francia, la norma de la Directiva no es una norma especial. En mi opinión, presupone el régimen general del Derecho Privado de la responsabilidad civil del *naeminem laedere*, y, en su caso, del deber de resarcir el daño causado al infringir obligaciones de conducta recogidas en la ley.

Las previsiones de la Directiva se limitan, en efecto, a acoger instrumentos de los que el Derecho interno ya disponía. El Derecho Nacional establecerá los presupuestos materiales de la acción (imputación, antijuridicidad, culpa o daño) o las reglas procesales de legitimación o prescripción. Tan sólo la antijuridicidad se ve afectada, ya que proviene de infringir la obligación de realizar la *due diligence* conforme a lo previsto en la Directiva.²⁸

²⁸ Recalde, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 325, 2022. También, aunque con alguna duda, véase Davies, “Ending Human Rights Abuses in which Companies and States are Complicit”, en *Oxford Business Law Blog*. Disponible en <https://acortar.link/N6CIPT>

La responsabilidad de la sociedad es por los actos que le sean imputables a ésta y no a terceros. La sociedad sometida a la Directiva debe proyectar la *due diligence* respecto de actividades de terceros con los que mantiene una relación comercial estable (por ejemplo: exigir garantías que avalen que cumple con el código de conducta de la sociedad y, en su caso, con el plan de acción correctiva). Pero si adoptó las medidas previstas en la Directiva, no responderá de los daños causados por las actividades de terceros, salvo que no fuera razonable esperar, en las circunstancias del caso, que las medidas adoptadas fueran adecuadas para prevenir, mitigar, poner fin o reducir el alcance del impacto adverso.

Además, al fijar el daño a resarcir, se deberán tener en cuenta los esfuerzos desplegados por la sociedad para cumplir con las medidas correctoras que le impuso la autoridad de supervisión y la colaboración con otras entidades para abordar los impactos adversos en la cadena de valor (art. 22.2, párr. 2). La Directiva tampoco prevé nada sobre la responsabilidad de la matriz por actos de las filiales, que de nuevo resultará de lo que prevea el Derecho Interno.

La responsabilidad civil opera sin perjuicio de lo que pudiera imputarse a las filiales o a los terceros con los que mantiene una relación comercial estable y que se integran en su cadena de valor. Pero este régimen es de mínimos. Por tanto, no deroga lo que otras normas de la UE o nacionales pudieran prever en materia de responsabilidad civil por lesiones a derechos humanos o al medio ambiente que no están cubiertos por la Directiva.

Conclusiones

De lo indicado hasta aquí, la opción por la que me inclino es la de que la sostenibilidad y otros objetivos deben perseguirse con instrumentos públicos. Además, la implementación de esos instrumentos debe ser clara y factible. A veces, ello puede resultar complicado, pero constituye el medio más eficaz y el más adecuado en términos de legitimidad democrática.

Por ello, se debe valorar positivamente que las últimas versiones de la Propuesta de Directiva muestren una cierta retirada o abandono a la consideración de aspectos societarios o corporativos. El cuerpo principal de la Directiva es regulatorio cuando impone a las sociedades normas de conducta relativas al control de los riesgos en materia de sostenibilidad, derechos humanos y daños al medio ambiente, que incluyen el deber de realizar la *due diligence* (arts. 4 a 14) o el plan para vigilar los efectos sobre el cambio climático (art. 15).

Por ello, también, parece razonable que en el proceso legislativo se supriman de la Propuesta de Directiva los vestigios que aún quedaban tras el acarreo de norma de las primeras versiones, y que son estrictamente de Derecho de Sociedades, como la que se refiere al deber de diligencia (*duty of care*) de los administradores (arts. 25 y 26) o la que prevé que los sistemas de remuneración variable de los administradores puedan fijarse en función del cumplimiento de los objetivos contra el cambio climático (art. 15.3).²⁹

²⁹ Sobre la necesidad de suprimir las normas de *corporate law*, véase el texto formulado por 25 académicos nórdicos Andersen *et al.*, “Response to the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence by Nordic and Baltic Company Law Scholars”, en *Nordic & European Company Law Working Paper*, núms. 22-01, pp. 18 y en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4139249. También el blog del European Company Law Expert Group, “The proposed Due Diligence Directive should not cover the general duty of care of directors”. Disponible en <https://ecgi.global/blog/proposed-due-diligence-directive-should-not-cover-general-duty-care-directors>.

Si se buscan objetivos generales, la regulación y los instrumentos deben ser públicos o, todo lo más, reglas referidas al funcionamiento y sistemas que obligan al cumplimiento normativo, como es el que representa el deber de realizar la *due diligence*, para garantizar una organización corporativa capaz de cumplir con esa normativa.

Cualquier otra opción que altere la estructura societaria refuerza el poder de los ejecutivos confiriéndoles mayor discreción, a costa de reducir la rendición de cuentas ante los socios.

Fuentes de consulta

Acosta Álvarez, Tomás José. “La *due diligence* previa a la adquisición de una empresa”, en Martín Jordano Luna (coord.) y Rafael Sebastián Qutglás (dir.), *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas*, 2016, pp. 65 y ss.

Alfaro Águila Real, Jesús. “Roe vs. Friedman”. Disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2022/01/roe-vs-friedman.html> [1 de noviembre de 2023].

Andersen, Paul Kruger *et al.*, “Response to the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence by Nordic and Baltic Company Law Scholars”, en *Nordic & European Company Law Working Paper*, núms. 22-01. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4139249 [1 de noviembre de 2023].

Angelici, C. “Interesse sociale y *Business judgement rule*”, en *Riv. Dir. Comm.*, 2012, p. 573 y ss. Disponible en <https://acortar.link/oCiKMx> [02 de noviembre de 2023].

Sobre la convivencia en la Directiva de estos dos tipos de normas, véase Lidman y Hansen. Disponible en <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/07/response-proposed-corporate-sustainability-due-diligence-directive>.

- Bebchuk, Lucian A. y Roberto Tallarita. "The Illusory Promise of Stakeholder Governance", en *Cornell Law Review*, vol. 106, 2020, pp. 91-178 y en SSRN. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3544978, [02 de noviembre de 2023].
- Davies, Paul. "Ending Human Rights Abuses in which Companies and States are Complicit", en *Oxford Business Law Blog*. Disponible en <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/ending-human-rights-abuses-which-companies-and-states-are-complicit>, [05 de abril de 2022].
- ECLE, European Company Law Expert Group. "Comment by the European Company Law Experts Group: On the European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability", en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 62, 2021. Disponible en <https://acortar.link/jfff1A>, [05 de junio de 2022].
- ECLE, European Company Law Expert Group. "Legal Certainty and the directive on Corporate Sustainability Due Diligence". Disponible en <https://ecgi.global/blog/legal-certainty-and-directive-corporate-sustainability-due-diligence>, [26 de octubre de 2023].
- ECLE, European Company Law Expert Group. "The proposed Due Diligence Directive should not cover the general duty of care of directors". Disponible en <https://ecgi.global/blog/proposed-due-diligence-directive-should-not-cover-general-duty-care-directors>, [26 de octubre de 2023].
- ECLE, European Company Law Expert Group. "Why Art. 15 (combating climate change) should be taken out of the CSDD". Disponible en <https://acortar.link/EsxjVu>, [26 de octubre de 2022].
- Embid Irujo, José Miguel. "Discrecionalidad empresarial y responsabilidad social corporativa", en Isabel Fernández Torres, Francisco Javier Arias Verona y Javier Martínez Rozado (coords.) *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carlos Alonso Ledesma*, Madrid, 2018, 197 y ss. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6472360>, [05 de noviembre de 2023].
- Esteban Velasco, Gaudencio. "Buen gobierno, fin/interés social y responsabilidad social corporativa. Hacia un modelo de gobierno corporativo socialmente

- responsable”, A. Roncero (coord.), *Sociedades cotizadas y transparencia en los mercados*, t. 1, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, 969 y ss.
- Esteban Velasco, Gaudencio. “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa”, en AA. VV. *Responsabilidad social corporativa*, Castellón, 2005, pp. 6 y ss.
- Esteban Velasco, Gaudencio. “Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el derecho de sociedades y en el gobierno corporativo”, en *Liber amicorum: J. L. Iglesias*, Madrid, 2014, pp. 275 ss.
- Esteban Velasco, Gaudencio. *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid, Civitas, 1982.
- Fleischer, Holger. *Aktiengesetz*, 4. Afl, § 76, 2019.
- Gondra, José María. “100 años de debate sobre el gobierno corporativo: la importancia del contexto”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52, 2018, 35 pp.
- Gondra, José María. “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 269, 2008, pp. 841 y ss.
- Hernando Cebriá, Luis. *La revisión legal (“legal due diligence”) en el derecho mercantil: transparencia y control en operaciones de inversión y adquisiciones y fusiones de empresa*, Comares, 2008.
- Hösli, Andreas y Rolf Weber. “Climate Change Reporting and Due Diligence”, *ECFR* 6/2021, pp. 948-969
- Lidman, Erik y Jesper Lau Hansen. “Response to the Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive by Nordic and Baltic Company Law Scholars”, en *Oxford Business Law Blog*. Disponible en <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/07/response-proposed-corporate-sustainability-due-diligence-directive>, [05 de noviembre de 2023].
- Navarro Frías, Irene. “Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 63, 2021, pp. 177 y ss.
- Nowotny, Christian, Peter Doralt, *AktG Kommentar* 3. Aufl., § 70., 2021.

- Peinado Gracia, Juan Ignacio. “La sostenibilidad y el deber de diligencia de los administradores: Una primera reflexión sobre la sostenibilidad de la sociedad mercantil y la responsabilidad por falta de diligencia de los administradores”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 311, 2019, pp. 1 y ss.
- Peñas Moyano, María Jesús. *Estudios de Derecho de Sociedades y de Derecho Concursal en homenaje al prof. Quijano*, 2023, 691 y ss.
- Recalde Castells, Andrés. “La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la Propuesta de Directiva sobre ‘diligencia debida’ (*due diligence*) en materia de sostenibilidad)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 326, 2022, pp. 10 y ss.
- Roe, Mark. “Purpose and Corporate Governance”, en *ECCGI Working Paper 601/202*.
- Sanguineti, Wilfredo y Juan Bautista Vivero (coords.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Aranzadi, 2022.
- Shapira, Roy. “The Challenge of Holding Big Busines Accountable”, en *Cardozo Law Review*. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4125334, [05 de noviembre de 2023].
- Stella Richter J.R., Mario. “Società benefit e società non benefit”, en De Donno/Ventura (coords.). *Dalla benefit corporation alla società benefit*, Bari 2018, 59 y ss. Disponible en <http://www.rivistaodc.eu/societa-benefit-e-societ-agrave-non-benefit>, [06 de noviembre de 2023].
- Torres Cortés, Francisca *et al.*, *Study on due diligence requirements through the supply chain: final report*, Publications Office, 2020. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>, [06 de noviembre de 2023].
- Val Talens, Paula. *Donaciones societarias*, Aranzadi, 2021.
- Vives, Ruiz, Fernando. “El propósito de las sociedades y el paradigma del largo plazo”, en AA. VV., *Las sociedades de capital: sus intereses y sus conflictos*, 2022.

II. Alcances y desafíos del *Ombudsperson*: una visión comparada entre México y España

José Benjamín Bernal Suárez¹

Antecedentes del *Ombudsperson* en México y España

Los antecedentes de los derechos humanos datan de la Independencia de México en 1810 durante la lucha se plantearon cuestiones de libertad y derechos civiles.

En México (1847) estuvo vigente en San Luis Potosí la Ley de Procuraduría de Pobres. Ella establecía la competencia de tres procuradores que defendían a los más vulnerables económicamente de algún agravio por parte de las autoridades.²

El 3 de enero de 1979 el gobernador de Nuevo León, Pedro G. Zorrilla, creó la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos, para proteger a éstos ya consagrados constitucionalmente, además, esta acción sirvió de complemento a los medios jurídicos ya establecidos.³

En diciembre de 1984, en la ciudad de Colima, se fundó por acuerdo del ayuntamiento La Procuraduría de Vecinos. El funcionario correspondiente se encargaba de recibir quejas, investigar, proponer sanciones necesarias e informar sobre

¹ Catedrático y exdirector de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

² Francisco Berlín Valenzuela (coord.), *Diccionario universal de términos parlamentarios*, p. 464. Disponible en: http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/dp/lvii/dicc_term_parl.pdf.

³ Francisco Berlín Valenzuela, *op. cit.*, p. 464.

faltas de la administración pública municipal que tuvieran una afectación en los ciudadanos.⁴

El 29 de mayo de 1985 se creó la Defensoría de los Derechos Universitarios en la Universidad Nacional Autónoma de México; la cual “goza de independencia para vigilar el cumplimiento del orden jurídico universitario, al recibir quejas respectivas que presenten el personal académico y el alumnado”.⁵

En 1986, en Oaxaca, se crea La Procuraduría para la Defensa del Indígena y en 1987 en el estado de Guerrero, la Procuraduría Social de la Montaña. “Dichas procuradurías tienen la finalidad de proteger derechos específicos de grupos étnicos y culturales en determinadas regiones del país”.⁶

El 14 de agosto de 1988 se crea, en el estado de Aguascalientes la Procuraduría de Protección Ciudadana, a esta instancia se le otorgó la facultad de investigar las quejas de personas afectadas por actos u omisiones de las autoridades o servidores públicos.

El 22 de diciembre de 1988, en Querétaro, se instaura la Defensoría de los Derechos de Vecinos, con la finalidad de investigar las denuncias sobre la vulneración de derechos ciudadanos por actos o faltas de las autoridades municipales.

Como órgano desconcentrado, nace la Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal en 1989 con la finalidad de contribuir a que los actos de las autoridades sean acordes a la ley.

El 5 de junio de 1990 se instaló la Comisión Nacional de Derechos Humanos, para cuyo efecto significó:

⁴ Francisco Berlín Valenzuela, *op. cit.*, p. 464.

⁵ Francisco Berlín Valenzuela, *op. cit.*, p. 465.

⁶ Francisco Berlín Valenzuela, *op. cit.*, p. 464.

La adopción del *Ombudsman* en el país. Su creación se debió a un acto del ejecutivo, para dar respuesta a la demanda social. En principio la Comisión Nacional fue instaurada por y dentro del Poder Ejecutivo. Se adscribió a la Secretaría de Gobernación en concordancia con la Ley Orgánica de la Administración Pública, que marcaba como función de esa dependencia encargarse de dicho rubro. Esta adscripción administrativa de la Comisión la hizo blanco de críticas, las cuales iban dirigidas, precisamente, a su ubicación dentro de una dependencia del Poder Ejecutivo, donde supuestamente no cumpliría cabalmente su cometido de vigilancia y protección de los derechos humanos.⁷

El 29 de junio de 1992, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, gracias a una iniciativa del Ejecutivo Federal

fue dotada con un nuevo marco jurídico, que adicionó el artículo 102 de la *Constitución* con un apartado B.

De esta forma, la Comisión Nacional de Derechos Humanos alcanzó, en sólo dos años, el nivel constitucional que la sociedad reclamaba. La Comisión cuenta con una ley que la dota, como organismo descentralizado, de la autonomía que significa tener una personalidad jurídica y un patrimonio propios, esenciales para su función de *Ombudsman*. Con este marco jurídico, accede a una nueva etapa en su trascendente y fructífera vida institucional.⁸

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* la reforma constitucional que cambió la percepción de la cultura de derechos humanos, en la que se pone en el centro la dignidad de los individuos. La reforma más importante en este tema fue el artículo 1º, en sus párrafos primero y quinto, adicionándose dos párrafos. Dentro del cual vemos cómo se organiza el régimen federal y todos los

⁷ Francisco Berlín Valenzuela, *op. cit.*, p. 465.

⁸ Francisco Berlín Valenzuela, *op. cit.*, p. 465.

gobiernos del Estado, de la Ciudad de México y municipales, los órganos legislativos, todos los tribunales y sus jueces, juezas y generalmente todo el órgano público, autoridad o persona funcionaria para respetar, defender, asegurar e impulsar los derechos humanos de toda la gente que se encuentren en el país.

Se buscó primordialmente el fortalecimiento del sistema de reconocimiento y custodia de los derechos humanos en México. Las reformas fueron:

- La adhesión de todos los derechos humanos de los tratados internacionales como derechos constitucionales.
- Se reconoce el derecho de audiencia para los individuos extranjeros en caso de expulsión de la región nacional por parte del mandatario de la República.
- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y las comisiones respectivas de los estados permanecen en probabilidad de defender los derechos laborales.
- La obligación de las autoridades de guiarse por el inicio propersona una vez que apliquen reglas de derechos humanos; lo cual supone que deben preferir la regla o la interpretación más conveniente para el individuo.
- La obligación para cada una de las autoridades, sin exclusión alguna, de consumir con cuatro obligaciones concretas:
 1. Promover
 2. Respetar
 3. Proteger
 4. Garantizar los derechos humanos

La reforma de derechos humanos no se entregó de manera aislada; ha sido precedida por una fundamental modificación a las normas constitucionales del amparo, publicada el 6 de junio del 2011, con lo cual ha cambiado de forma adjetiva y sustantiva el apartado de derechos humanos constitucionales.⁹

En España, tras la dictadura de 1975, podemos ver que comenzó a debatirse sobre esta figura y como consecuencia se aprobó la *Constitución* de 1978 y la conformación del Estado Social y Democrático de derecho, (art. 1.1 de la *Constitución Española*): “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.¹⁰

En principio, el ámbito de actuación del Defensor del Pueblo abarca cualquier administración, tanto la estatal, la autónoma o la local, pero algunas comunidades autónomas han creado figuras similares para supervisar la administración propia. El artículo 12 de la *Ley Orgánica del Defensor del Pueblo* prevé que podrá supervisar de oficio o a instancia de parte, “la actividad de la Comunidad Autónoma en el ámbito de competencias definido por esta Ley”. Si bien en aquella fecha inicial podía tener algún sentido esta previsión hoy, a la luz de la experiencia de los últimos años, puede ser una fuente de conflictos al atribuir una competencia exorbitante al Defensor del Pueblo, que no parece coherente con el desarrollo del Estado de las Autonomías.

⁹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México. *Reforma constitucional en materia de Derechos Humanos*. 10 de junio. Disponible en <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/reforma-constitucional-en-materia-de-derechos-humanos-10-de-junio>.

¹⁰ Disponible en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=54&tipo=2>.

Por un lado, la Ley 36/1985 de 6 de noviembre regula los mecanismos de colaboración entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares de las Comunidades Autónomas. Dicha ley trata no sólo de las relaciones entre ambas, sino que realiza una descripción de las prerrogativas y garantías (inviolabilidad, inmunidad, aforamiento, deber de colaboración de los poderes públicos) de las instituciones autonómicas.

Por otro lado, la Ley proviene de una iniciativa legislativa de los parlamentos autónomos de Cataluña, Andalucía y Aragón, luego transformada parcialmente en su tramitación parlamentaria; lo cual nos muestra la preocupación de las Comunidades Autónomas por definir las relaciones entre los diversos *ombudsman*, el estatal y los autónomos; así como la conveniencia del establecimiento de una relación basada en la cooperación interinstitucional. Aunque el resultado no fue el esperado a causa del tenor literal de la Ley 36/1985, las leyes autonómicas y los convenios firmados han relativizado la inicial “prepotencia” de la ley estatal, dando entrada a la colaboración y a la prioridad en la supervisión de la administración autonómica al *ombudsman* autonómico correspondiente. Al respecto, se comenta:

En la definición que hace la Constitución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado parlamentario, es un rasgo importante el hecho de hacerlo depender únicamente de las Cortes Generales, a la vez queda establecida su libre actuación respecto de ellas mismas. Así, su actuación sólo se ve constreñida por la propia Constitución, que le señala claramente que para el cometido de su finalidad y objetivo —la defensa de los derechos fundamentales— le dota con la competencia de poder interponer recurso de inconstitucionalidad contra la actividad que es más propia del mismo órgano que le nombra, la de legislar. Por ello, no cabe confundir la obligación que tiene

el Defensor del Pueblo de rendir cuentas de su actuación con una dependencia funcional.

En enero de 1992, el Defensor español fue designado miembro del Instituto Latinoamericano del Ombudsman en reconocimiento a su labor en pro del desarrollo de la Institución en América Latina [...].

Ese año, como primer acto de la Cátedra Joaquín Ruiz Giménez de Estudios sobre el Defensor del Pueblo (dependiente de la Institución y de la Universidad Carlos III), organizaron Jornadas sobre los “Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas”. De hecho, se trataba de debatir la posibilidad de modificar la Ley del Defensor, según había dispuesto esta misma en su disposición transitoria: “A los cinco años de entrada en vigor de la presente Ley, el Defensor del Pueblo podrá proponer a las Cortes Generales y en informe razonado aquellas modificaciones que entienda que deben realizarse a la misma”. Pero la única modificación que se hizo de la ley, aquel mismo año, fue constituir una Comisión Mixta Congreso-Senado de Relaciones con el Defensor.¹¹

Competencia y atribuciones del *Ombudsperson* en México y España

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en su art. 1, establece lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta *Constitución* y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de

¹¹ El Defensor del Pueblo en España. Disponible en <https://acortar.link/yxd9JI>.

promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.¹²

El artículo 6 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (LCNDH) señala que la CNDH tendrá competencia para conocer e investigar a petición de parte o de oficio quejas por actos u omisiones de las autoridades de carácter federal; y cito: “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas”.¹³

Además, tiende a procurar conciliaciones; impulsar observancia de derechos humanos en el país; proponer a las autoridades que promuevan cambios y modificaciones; así como promover el estudio y enseñanza de los derechos humanos; elaborar y ejecutar programas preventivos; supervisar el respeto a los derechos humanos; formular programas y formular acciones en conjunto con otras dependencias; y también proponer, al ejecutivo federal, la legislación aplicable; monitorear, en materia de igualdad, investigaciones que constituyan violaciones graves a derechos humanos.

Su competencia está limitada en el mismo artículo (102 constitucional) al especificar que no podrá conocer de casos electorales y jurisdiccionales. Dicha limitación no termina ahí; vuelve ineficaz y complicada esta figura que

¹² Cámara de Diputados. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponible en <https://acortar.link/QISG92>

¹³ CNDH. México. Disponible en <https://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=22>.

debería ser sencilla y accesible y, por lo tanto, pierde uno de sus principales ideales, ya que en México existe más de un *ombudsperson* acorde con la materia de la queja:

- Procuraduría de Defensa del Contribuyente (PRODECON).
- Procuraría Federal del Consumidor (PROFECO).
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED).

La vía de acceso a cualquiera de estos organismos es directa, ya que no es necesario acudir previamente ante ningún tercero para que apruebe si la queja es válida o está dentro de la competencia de alguno de ellos. El proceso para acudir a cualquiera de estos organismos es relativamente sencillo; sin embargo, cada uno tiene sus especificaciones.

En cada entidad federativa existe un organismo protector de los derechos humanos y la CNDH se encarga de atraer casos de trascendencia en el ámbito nacional, a saber: “Artículo 12. Las funciones del presidente de la Comisión Nacional, de los Visitadores Generales y de la Secretaría Ejecutiva, son incompatibles con el desempeño de cualquier otro cargo, empleo o comisión de la Federación, los Estados, Municipios o en organismos privados, o con el desempeño de su profesión, exceptuando las actividades académicas”.¹⁴

Aunado con estas incompatibilidades, el *Ombudsman* Nacional Mexicano cuenta con una serie de garantías de su propia ley le reconoce: “Artículo 13. El presidente de la Comisión Nacional y los Visitadores Generales no podrán ser detenidos ni sujetos a responsabilidad civil, penal o administrativa, por las opiniones y recomendaciones que

¹⁴ *Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, 1992, p. 7. Disponible en <https://acortar.link/CDbIKj>.

formulen, o por los actos que realicen, en ejercicio de las funciones propias de sus cargos que les asigna esta ley”.¹⁵

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en su artículo 102, apartado B, nos indica la regulación de la figura del *Ombudsperson*, que ya fue mencionado con anterioridad.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos cuenta con atribuciones para atraer quejas de servidores públicos tanto estatales como municipales, cuando sean de trascendencia nacional.

Podemos observar en la *Constitución Española* que el artículo 54 nos dice que una ley orgánica regulará al Defensor del Pueblo, de forma que siendo un alto comisionado designado por las Cortes Generales tendrá la competencia para la defensa de los derechos y deberes fundamentales para cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la administración, para así mismo dar cuenta a las Cortes Generales.

Además, en el artículo 10 de ésta, nos habla de los derechos y deberes fundamentales que protege el defensor del pueblo. Estipula que “as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la *Constitución* reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.¹⁶

Junto con la defensa de los derechos antes mencionados del texto constitucional, corresponderá al Defensor del Pueblo ejercer una función de control en el ámbito de la Administración Pública lo que conlleva a la defensa de los derechos mencionados.¹⁷

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Congreso de Diputados y del Senado, 1978, p. 2. Disponible en <https://acortar.link/Uop5KY>.

¹⁷ María José Bernal Ballesteros, *Luces y sombras del ombudsman. Un estudio comparado entre México y España*, p. 138.

Ley Orgánica del Defensor del Pueblo

La Ley Orgánica del Defensor del Pueblo determina en su artículo 9 lo siguiente:

[La institución] podrá iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la *Constitución* y el respeto debido a los Derechos proclamados en su Título I. El título primero es explícito, como es sabido, hace referencia a los derechos y deberes fundamentales, pero, para lo que respecta a lo dispuesto en el artículo 103.1 de la *Constitución*.¹⁸

Además, este artículo agrega: “se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones Públicas”.¹⁹

Dentro de la ley orgánica del Defensor del Pueblo, podemos observar cómo se describen algunas de sus atribuciones dentro de un procedimiento; éstas implican que podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes. Sus atribuciones, además, se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios, y en sí, todas las personas que se encuentren en servicio público.

¹⁸ *Ley Orgánica de Defensor del Pueblo*, 1984, p. 4. Disponible en <https://acortar.link/xt8IUl>.

¹⁹ *Ibidem*.

Quejas y recomendaciones 2017-2021

México

En 2017 se emitieron 97 instrumentos recomendatorios y 38 mil 722 quejas.

En 2018, 101 instrumentos recomendatorios y 38 mil 923 escritos de queja.

En 2019, un total de 121 instrumentos recomendatorios y 48 mil 590 escritos de queja.

En 2020, un total de 103 instrumentos recomendatorios y 53 mil 996 quejas.

En 2021 son 155 recomendaciones y 58 mil 699 escritos de queja.²⁰

España

En 2021 se presentaron 29 mil 15 quejas y 582 recomendaciones.

En 2020 se recibieron 29 mil 335 quejas y 616 recomendaciones.

En 2019 fueron un total de 20 mil 616 quejas y 574 recomendaciones.

En 2018 se presentaron 17 mil 697 quejas y 329 recomendaciones.

En 2017 fueron 25 mil 776 quejas y 918 recomendaciones.²¹

²⁰ Comisión Nacional de los Derechos Humanos-México. *Informes anuales de actividades*. Disponible en <https://www.cndh.org.mx/pagina/informes-anuales-de-actividades>.

²¹ Defensor del Pueblo. Resultados de búsqueda Informes. Disponible en https://www.defensor-delpueblo.es/informes/resultados-busqueda-informes/?tipo_documento=informe_anual.

El *Ombudsperson*, comparativa entre México y España

Durante el siglo xx, surgieron importantes acontecimientos: la Primera Guerra Mundial, la Revolución Rusa, la Segunda Guerra Mundial, la Caída del Muro de Berlín, la Revolución Industrial, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Segregación Racial. Éstos se generaron por diversas causas o factores, (política, economía, poder, desigualdad social, etcétera).

En México, hubo diversas manifestaciones que reclamaban maltrato por parte de las autoridades, así se fueron creando instituciones en defensa de los gobernados, como la Procuraduría de Pobres en San Luis Potosí, la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en Nuevo León, la Procuraduría de Vecinos en Colima, la Defensoría de los Derechos Universitarios en la Universidad Nacional Autónoma de México, la Procuraduría para la Defensa del Indígena en Oaxaca, la Procuraduría Social de la Montaña en Guerrero, la Procuraduría de Protección Ciudadana en Aguascalientes y la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

En España, tras la dictadura en 1975 se transitó a la vida democrática y como consecuencia, se aprobó la constitución de 1978, en la que se establece la institución del Defensor del Pueblo inspirada en el modelo escandinavo. El Defensor fue dotado de facultades para defender los derechos de los gobernados ante la actividad de la Administración Pública, interponer recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y para establecer mecanismos de colaboración con las Comunidades Autónomas.

México y España no fueron la excepción de abusos del poder, del maltrato de los gobernados por parte de las autoridades, de la discriminación de todo tipo; en resumen,

de la vulneración de los derechos humanos por parte de los servidores públicos. Por ello, surge la institución del *Ombudsperson*, bajo diversas denominaciones, pero con el único fin de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas ante la administración pública.

Los organismos protectores de los derechos humanos, en ambos países, inician con una labor compleja y difícil, al enfrentarse con el gobierno en turno por no reconocer los derechos fundamentales de los ciudadanos, por tanto, en México se crearon instituciones para la protección y salvaguarda de los derechos humanos de los gobernados hasta la creación de la CNDH y los organismos autónomos en las entidades federativas, mientras que en España surge la Defensoría del Pueblo con los mismo propósitos; sin embargo, en ambos casos, sus alcances fueron y son limitados porque el marco normativo no reconoce sus determinaciones como vinculatorias.

No basta que los organismos no jurisdiccionales realicen su trabajo con responsabilidad, si las autoridades recomendadas no hacen lo propio para evitar la repetición de los actos que vulneran los DDHH, aun cuando realizan la difusión estos derechos a través de los programas diversos. Todas las autoridades tienen el deber constitucional de difundir y proteger estos derechos, por otra parte, se tiene un número importante de quejas presentadas ante la CNDH y el Defensor del Pueblo, lo que visibiliza el problema no resuelto, es decir, que se siguen vulnerando los derechos.

Conclusiones

En esta breve investigación se realizó un análisis comparativo del *Ombudsperson* en México y España, a partir del siglo XIX, observando la falta de respeto a la dignidad humana de los ciudadanos, por parte de los servidores públicos. Se gestaron diversos movimientos sociales en reclamo de tener un Estado de derecho justo y equitativo para el pueblo.

La creación del marco jurídico protector de derechos humanos en México ha sido un proceso histórico que ha evolucionado a lo largo del tiempo. Desde la independencia del país en el siglo XIX hasta la actualidad, se han promulgado diversas constituciones y legislaciones que buscan garantizar y proteger los derechos de todos los individuos.

Los derechos humanos en España incluyen una serie de eventos y procesos históricos que han contribuido a la evolución de los derechos y libertades fundamentales en el país. Algunos de los antecedentes importantes son: la dictadura de 1975, la *Constitución Española* de 1978 y la Defensoría del Pueblo, entre otros.

Aunque se han logrado avances significativos en ambos países y se ha evolucionado en la promoción y protección de los derechos humanos, a través de la adopción de tratados internacionales, la creación de instituciones y la implementación de políticas públicas y legislaciones; aún existen desafíos para la ejecución efectiva de leyes y en la garantía de que todos los derechos sean respetados por los servidores públicos.

Fuentes de consulta

- Berlín Valenzuela, Francisco (coord.). *Diccionario universal de términos parlamentarios*, México, Cámara de Diputados del H: Congreso de la Unión, 1998. Disponible en: http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/dp/lvii/dicc_term_parl.pdf, [1 de noviembre de 2023].
- Bernal Ballesteros, María José. *Luces y sombras del Ombudsman. Un estudio comparado entre México y España*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México/Universidad de Santiago de Compostela, 2015.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Secretaría General. Secretaría de Servicios Parlamentarios. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* Disponible en <chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>, [1 de noviembre de 2023].
- Cámara de Diputados. “Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo”. Disponible en http://www.oas.org/juridico/spanish/per_res8.pdf, [06 de noviembre de 2023].
- Cascajo Castro, José Luis. “Los defensores de pueblo en el Estado Social y Democrático de Derecho: una perspectiva teórica”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 25, 1989, pp. 43-54.
- CNDH, Comisión Nacional de los Derechos Humano. “Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos”. Disponible en <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/reforma-constitucional-en-materia-de-derechos-humanos-10-de-junio>, [13 de octubre de 2022].
- CNDH, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Informes anuales de actividades*. Disponible en <https://www.cndh.org.mx/pagina/informes-anuales-de-actividades>, [06 de noviembre de 2023].
- CNDH, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. “Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”. Disponible en chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/normatividad/Ley_CNDH.pdf, [06 de noviembre de 2023].

- Congreso de los Diputados y del Senado. *Constitución Española*. Disponible en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf, [1 de noviembre de 2023].
- Defensor del Pueblo. *Informe Anual*. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/>, [08 de noviembre de 2023].
- González Pérez, Luis Raúl. “El sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (IUS)*, núm.28, jul.-dic., pp. 110 y 111, 2011. Disponible en <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a6.pdf>, [1 de noviembre de 2023].
- Hernández Castro, Dailos. *Test de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (LODP): Colección Técnica para Oposiciones* (spanish edition). Independently published, 2021.
- Juárez Sánchez, Ana Lesly, “El ombudsman como modelo en diferentes marcos normativos”, *EPIKEIA. Derecho y Política. Revista del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2020. Disponible en <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://epikeia.iberoleon.mx/numeros/26/ombudsman-como-modelo-en-diferentes-marcos-normativos.pdf>, [08 de noviembre de 2023].
- La Unión, D. C. y S. G. Sansores. “Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, en *Diario Oficial de la Federación*, 20 de mayo de 2021, CNDH, 2021.
- Mora, Antonio. *El libro del Defensor del Pueblo*. Madrid, Defensor del Pueblo, 2003.

III. Seguridad jurídica: justificación de la *non reformatio in peius* y límite a las impugnaciones por la administración

Germán Orón Moratal¹

Introducción

Los actos administrativos gozan de la presunción *iuris tantum* de legalidad, la cual puede o debe destruirse con la impugnación del acto por quien está legitimado para ello; más que de un derecho a recurrir, debe hablarse de la carga del recurso, y si no se recurre deviene firme. En general, en el ámbito administrativo, agotar la vía administrativa para acudir a los Tribunales de Justicia, requiere pasar por la interposición de recursos ante la misma Administración Pública, que en materia tributaria puede tener doble instancia según la cuantía del acto que se recurre.

En principio, la interposición de un recurso en la vía administrativa contra un acto de aplicación de los tributos, y en algunos casos incluso en la vía judicial, no puede comportar, por un lado, un empeoramiento de la situación del particular recurrente, como consecuencia lógica del principio de seguridad jurídica; pero ello no es siempre sencillo de determinar cuándo se produce, como recientemente se ve con claridad en la jurisprudencia mexicana en su relación con

¹ Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y exdirector de la Universidad Jaume I de Castellón. Correo electrónico: oron@uji.es

el principio de mayor beneficio (Tesis: II.2o.P101 P (10a.) de 12 de febrero de 2021).²

Por otro lado, el alcance de la prohibición de que la Administración pueda recurrir a sus propios actos, o de que pueda revisarlos sólo si concurren determinados vicios (nulidad, revocación, declaración de lesividad y posterior impugnación ante los Tribunales), es menos restrictivo y se van ampliando en España los supuestos en los que el contribuyente que ve estimadas sus pretensiones en vía administrativa, pueda ver impugnada la resolución del correspondiente recurso; bien por la combinación de administraciones públicas afectadas (Estado y Comunidades Autónomas, sobre todo por el régimen de tributos cedidos o compartidos); o por la personificación diferenciada dentro de la Administración del Estado (Ministerio de Hacienda y Agencia Estatal de Administración Tributaria).

Si la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)* de 1998 amplió las posibilidades de impugnación de actos administrativos por la Administración en comparación con la de 1956, la *Ley General Tributaria (LGT)* de 2003 también amplió en alguna medida la posibilidad de que la Administración pueda recurrir actos en la misma vía administrativa, lo cual incide negativamente en la seguridad jurídica de los contribuyentes. En la *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos*, de 1 de diciembre de 2005, su art. 2, prevé que “las autoridades de la Administración Pública Federal, tendrán acción para controvertir una resolución

² Amparo en revisión 343/2019. 27 de febrero de 2020. Unanimidad de votos. José Nieves Luna Castro (ponente). Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz. Disponible en <https://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/archivos/manager/743B8002-48B9-4D44-9361-7FF-D27FF36BD.pdf>.

administrativa favorable a un particular cuando estime que es contraria a la ley”.

Lógicamente, si el recurso no lo promueve el administrado, no podrá invocarse la prohibición de *reformatio in peius* respecto de la situación inicial, pues ésta quedará protegida sólo si fue el administrado el recurrente, surgiendo problemas de interpretación cuando la Administración recurre contra la resolución de un recurso interpuesto por el administrado. De la seguridad jurídica como justificación de la prohibición de empeorar la situación del recurrente, y cómo cohonstar ese principio con las posibilidades impugnatorias de la propia Administración, de esto, nos ocupamos en lo sucesivo.

Prohibición de *reformatio in peius*

El Tribunal Constitucional Español ha identificado la *reformatio in peius* con el empeoramiento o agravación de la situación jurídica del recurrente declarada en la resolución impugnada en virtud de su propio recurso (entre muchas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, f. 2; 196/1999, del 25 de octubre, f. 3; 203/2007, de 24 de septiembre, f. 2, o 126/2010, de 20 de noviembre, f. 3), prohibición de la reforma peyorativa que ostenta dimensión constitucional aunque no se encuentre expresamente enunciada en el art. 24 CE.

Sobre este principio también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, indicando que

la infracción del principio de prohibición de “*reformatio in peius*”, o reforma peyorativa (sentencia, entre otras, de 2 de octubre de 2015 rec. 70/14), tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación

jurídica creada o declarada por la resolución impugnada; de modo que lo obtenido con la resolución judicial que resuelve el recurso produce un efecto contrario al pretendido por el recurrente que era, precisamente, eliminar o minorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de la impugnación. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, aunque este principio no está positivizado, es un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (sts de 11/3/2016, rec. 2442/2014, y más ampliamente la sts de 23/3/2017, rec. 611/2016).

En palabras de la Audiencia Nacional, sentencia de 4 de junio de 2021 (ROJ: SAN 2780/2021-ECLI:ES:AN:2021:2780), conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la prohibición de la *reformatio in peius*, mientras no exista una norma legal que la autorice de modo expreso o se trate de recursos deducidos en sentido opuesto por terceros, determina que las facultades de la Administración para volver sobre sus propios actos por vía de recurso, sólo deben darse en la medida en que con ello se beneficie al particular interesado, pero nunca para empeorar su situación inicial antes del recurso.

Lo anterior conecta con el principio de congruencia procesal en cuanto a que, en el recurso, las potestades revocatorias de la Administración se encuentran limitadas al ámbito estricto de las pretensiones de las partes y tiene una clara motivación en la necesidad de sustraer el instrumento coactivo que supondría el temor a que una debatida situación pudiera empeorarse en el ejercicio del derecho a recurrir.

Reflejo de la prohibición en la *Ley General Tributaria*

La *LGT* de 2003 hizo mención expresa a que las consecuencias peyorativas no se produzcan, tanto en la regulación del recurso potestativo de reposición, como de la Reclamación

económico-administrativa. Cuando en el recurso de reposición se suscitan cuestiones nuevas o no planteadas por el recurrente, la extensión de la revisión no puede dar lugar a la *reformatio in peius*, cuya prohibición expresa el mismo art. 223.4 *LGT*. Y para las REA, conforme advierte el art. 237, someter a consideración del Tribunal Económico-Administrativo todas las cuestiones, hayan sido o no planteadas por los interesados, no podrá dar lugar a la *reformatio in peius*, o como dicen ambos preceptos sin que se pueda empeorar la situación inicial del recurrente o reclamante.

Por su lado, el art. 119 *Ley 39/2015*, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su apartado 3 dispone que “la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial”. Esta prohibición juega para el recurrente, pero no si hay otros recurrentes con intereses contrapuestos, lo que no es probable en el ámbito administrativo, aunque no imposible.

Terceros interesados, o más bien la Administración, pueden recurrir ya no sobre la situación inicial, sino contra la resolución de la reclamación inicial, singularmente en materia tributaria, como se analiza más adelante. Por ello, es importante la distinción del ámbito administrativo, o algunos supuestos del laboral (por ejemplo, pensiones) y del jurisdiccional, y la identificación de cuál es la situación inicial a preservar; tampoco son equiparables los efectos con otras jurisdicciones no revisoras o contradictorias desde el inicio, como la penal y civil (salvo cuestiones de registro civil).

En el orden penal, el TC tiene declarado, precisamente, que no hay vulneración ni incongruencia cuando una resolución judicial agrava la situación del recurrente en virtud de la estimación del recurso o los recursos principales o adhesivos

de otras partes procesales (75/2003, de 23 de abril de 2003, y todas las que cita en su FJ 3º). De hecho, fue en el orden jurisdiccional criminal en el que primero se contempló la *non reformatio in peius* (art. 902 LCRim).

La relevancia de la *LGT* de 2003, en relación con la prohibición de *reformatio in peius*, también se encuentra en la legitimación que confiere para oponerse a los actos de aplicación de los tributos respecto de lo que existía hasta entonces.

Vía administrativa y vía jurisdiccional

La prohibición de *reformatio in peius* como proyección del principio de congruencia procesal, y la tutela judicial efectiva, no tiene la misma intensidad en la vía administrativa que en la judicial; de manera que si se produce en la primera es revisable en la segunda, sin afectar al derecho a la tutela judicial efectiva; sin embargo, quedaría malparado si se produjera en fase judicial (entre otras muchas, SSTC 54/1985, de 18 de abril; 84/1985, de 8 de julio; 143/1988, de 12 de julio, y 45/1993, de 8 de febrero).

Sobre esta diferenciación, el Tribunal Económico-Administrativo Central, que a pesar de su denominación es un órgano administrativo del Ministerio de Hacienda, en resolución 00/00215/2017/00/00, de 28/01/2020, señala lo siguiente:

La acusación de incongruencia formulada contra la resolución del TEAR por el órgano recurrente basada en la alteración de la causa de pedir, sería aceptable en el ámbito jurisdiccional, en el que los órganos jurisdiccionales deben pronunciar sus sentencias dentro del marco fijado por las pretensiones de las partes, sin que puedan extender su examen a cuestiones que no hayan sido planteadas por ellas.

Sin embargo, no en el económico-administrativo, en el que los órganos revisores son competentes para resolver cuantas cuestiones de hecho o de derecho se ofrezcan en el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados, con la única prohibición de no empeorar la situación inicial del recurrente.

Pero sí puede afectar a tercero o terceros ajenos y no personados en el procedimiento de revisión que se sustancia (no parece coincidir con el criterio de la sentencia del TS de 11 de octubre de 2013, —ROJ: STS 5489/2013— ECLI:ES:TS:2013:5489, pero no lo contradice frontalmente al no afectar al recurrente).

Situación inicial y pretensión

A estos efectos cabe diferenciar las distintas situaciones en que se puede encontrar el obligado tributario, el tipo de acto o actuación que se haya podido producir, y que resulta propiciar recurso o reclamación.

- a) Liquidación provisional o definitiva, u otros actos administrativos. Aquí nos encontramos con actos administrativos de liquidación, pero con efectos jurídicos bien distintos, fundamentalmente para la Administración. La primera puede ser modificada como consecuencia de otro procedimiento tributario, si se dan los requisitos para ello, y antes de que prescriba; en cuyo caso no se proyecta la *non reformatio in peius*, debido a que los nuevos hechos conocidos justifican la modificación de la liquidación por otra posterior, que puede ser definitiva, o también provisional.

Ahora bien, la interposición de una reclamación contra una liquidación provisional, definitiva, y otros actos de reconocimiento o denegación, sí pueden modificarse, pero con el límite de interdicción de empeorar la situación previa a la interposición de la reclamación. Aquí tendría cabida cualquier recurso contra un acto administrativo de aplicación de un tributo, como por ejemplo una providencia de apremio, que sería la situación inicial en caso de que se recurriera y el Tribunal Económico-Administrativo Regional la dejara sin efecto.

- b) Rectificación de autoliquidaciones. En estos casos, la autoliquidación se realiza por el obligado, y lo que pretende con su solicitud es la obtención de un pronunciamiento por parte de la Administración, que confirmará la corrección de lo autoliquidado, o la incorrección. En esos casos, es la respuesta a la solicitud y primer pronunciamiento por la Administración, lo que constituirá la situación inicial, como en los casos anteriores, pero por sus características.

No habiendo existido actuación comprobadora alguna, en tanto no prescriba, puede iniciarse un procedimiento de aplicación de los tributos, al margen del eventual recurso contra la respuesta a la rectificación, y ese nuevo procedimiento no estará condicionado por la prohibición de *reformatio in peius*, pero sí la resolución del recurso o reclamación que hubiera podido interponerse.

El recurso o reclamación en vía administrativa no es un derecho, sino una carga para destruir la presunción de legalidad del acto contra el que se recurre, aun cuando también es una garantía del recurrente para su defensa, pero no para activar vías alternativas a los supuestos de revisión extraordinarios (nulidad, lesividad, revocación). Si el acto no se recurre deviene firme, con lo cual si el obligado, interesado, no recurre no puede haber posteriores recursos que puedan cambiar, a mejor o peor, su situación.

La resolución dictada con ocasión del recurso o reclamación del obligado tributario contra el primer acto, ya no es la situación inicial, y no puede empeorar su situación, pero sí la mejora, respecto del acto recurrido, o incluso respecto de las pretensiones del recurrente, las sucesivas revisiones que pueda haber, en vía administrativa o judicial, encontrarán su límite en la *non reformatio in peius* de la situación inicial, no en la prohibición de agravar el resultado de los recursos posteriores.

Si un contribuyente recurre contra una liquidación por considerar que procede una reducción o bonificación mayor a la aplicada, y la resolución del recurso declara la aplicación de una exención o no sujeción, sin haber sido solicitada, y la Administración recurre contra ello, no es esa situación la que no puede empeorar, pues la resolución del recurso por el TEAC, o en vía contenciosa, podrá confirmar la improcedencia de la no sujeción o de la exención, y reconocer la corrección del acto inicial impugnado, o de la aplicación de la mayor reducción o bonificación instadas; sin embargo, no podrá declarar la improcedencia de la reducción o bonificación (por ejemplo: STC 45/1993, de 8 de febrero en relación con modalidades de incapacidad).

Tema distinto podría ocurrir al aplicar el ordenamiento jurídico mexicano, al positivizar el art. 189 de la *Ley de Amparo*, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, última reforma publicada DOF 07-06-2021.³

Del mismo modo, si un contribuyente insta la rectificación de una autoliquidación para obtener una devolución, y se le desestima la rectificación. Si el contribuyente recurre, y se estima parcialmente su reclamación, la ejecución de la resolución no puede conllevar que deba ingresar nada, y si recurre en vía contenciosa contra la estimación parcial, y la Administración se opone, la sentencia podrá dejar sin efecto dicha estimación; pero no la confirmación de la corrección de la autoliquidación confirmada por la Administración, sin perjuicio de que, mientras tanto y sin haber prescrito el derecho de la Administración, hubiera iniciado un procedimiento tributario de aplicación de los tributos para comprobar la situación tributaria.

Si contra los actos de aplicación de los tributos sólo pueden recurrir los obligados e interesados que no son la Administración que los dicta, y el recurso es una garantía de defensa del recurrente contra lo que considera nocivo para él causado por el acto, la prevalencia de la legalidad que puede justificar el empeoramiento de situación, contradiría la seguridad jurídica. Si el acto recurrido tiene otros vicios que permiten la revisión de oficio, o se trata de liquidaciones

³ Art. 189. El órgano jurisdiccional de amparo procederá al estudio de los conceptos de violación atendiendo a su prelación lógica y privilegiando en todo caso el estudio de aquellos que, de resultar fundados, redunden en el mayor beneficio para el quejoso. En todas las materias, se privilegiará el estudio de los conceptos de violación de fondo por encima de los de procedimiento y forma, a menos que invertir el orden redunde en un mayor beneficio para el quejoso.

provisionales que pueden cambiarse como consecuencia de otros procedimientos tributarios si ocurren las circunstancias para ello; a esas vías se deberá acudir por la Administración para amparar un cambio a peor de la situación del obligado.

La STS de 18 de julio de 2013 (ROJ: STS 5489/2013-ECLI:ES:TS:2013:5489) precisa que la apreciación de posible *reformatio in peius* ha de ser pretensión a pretensión, no como resultado global del recurso compensando con pronunciamientos favorables y desfavorables de la resolución sobre los distintos aspectos de la liquidación o sobre las varias liquidaciones recurridas (también, SSTs de 26 de mayo y de 23 de junio de 2014). El TEAC, en resolución de 07/05/2015, entiende que la correcta aplicación del principio de *reformatio in peius* exige que esta prohibición sea apreciada respecto de todas las consecuencias (ajustes positivos y negativos) favorables y desfavorables, para el obligado tributario que son objeto de la regularización administrativa y que procedan del mismo fundamento, pretensión o calificación jurídica, aunque las consecuencias surtan efectos en periodos impositivos o de liquidación distintos. Esto es, para el TEAC, matizando al TS, la interdicción de la *reformatio in peius* hay que apreciarla de forma global respecto de los diferentes ejercicios cuando la regularización de todos ellos tiene el mismo fundamento.

En caso de estimación parcial por TEAR, si el TEAC se pronuncia a instancia del mismo recurrente sobre cuestiones no reclamadas, hay incongruencia *extra petitum* y también *reformatio in peius* si las resuelve en sentido contrario a la resolución favorable del TEAR, sobre ellas (STS ya citada, 11 de octubre de 2013).

Aunque el Tribunal Constitucional ha señalado que la *non reformatio in peius* no está positivizada, y es un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, dada su proyección también en el ámbito de los

procedimientos administrativos y tributarios, así como que no es posible su aplicación cuando hay partes o recurrentes con intereses cruzados, entiendo que en el ámbito administrativo y tributario encuentra mejor acomodo como consecuencia lógica y directa del principio de seguridad jurídica del art. 9 CE, e indirectamente del art. 103 CE, de cuya redacción extrae el art. 3 de la *LRJSP*, que la Administración debe actuar respetando el principio de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.

Por lo anterior, debiera incluirse entre los derechos y garantías del art. 34 *LGT*, en el que en su día ya no se incluyó el derecho a recurrir, que sí figuraba a pesar de no ser un derecho en la *Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente* de 1998, pero sí debiera recogerse la garantía a no ver empeorada la situación propia como consecuencia de una solicitud o recurso presentado por el propio interesado.

Recursos de la administración contra resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos

Puesto que los actos de aplicación de los tributos pueden ser recurridos en vía administrativa, y cuando se agota la vía administrativa, cabe el recurso en vía jurisdiccional; debemos diferenciar quienes están legitimados para la interposición de recursos contra las distintas resoluciones administrativas que puedan suceder.

Legitimación en la vía administrativa

En la vía administrativa cabe diferenciar el recurso potestativo de reposición, de la obligatoria reclamación económico-administrativa para agotar la vía administrativa. Para el recurso de reposición en la *LGT* preexistente, aunque la misma no establecía los legitimados, además de los obligados y quien tuviera intereses legítimos y directos afectados por el acto administrativo, en el *Real Decreto* que lo desarrollaba (2244/1979, de 7 de septiembre, art. 6) se le atribuía también legitimación al órgano fiscalizador, el interventor general de la Administración del Estado y sus delegados, lo que permitía que un órgano de la propia Administración autora del acto pudiera impugnarlo al amparo del ejercicio de su función fiscalizadora.

En la actualidad, el recurso de reposición no puede interponerse por órgano administrativo alguno. Las reclamaciones económico-administrativas contra los actos de gestión podían interponerse también por los interventores (art. 166 de la *LGT* de 1963), lo que en la actualidad no está previsto ya. Para la interposición de recursos de alzada contra las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional, sí están y también estaban legitimados los directores generales del Ministerio y los de directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (art. 166 *LGT* 1963 y 241.3 *LGT* 2003), pero directamente contra los actos de gestión tributaria no está previsto en la *LGT* que puedan impugnarlos ante los *TEAR*.

A los efectos de los recursos contra las resoluciones de los *TEAR*, cabe diferenciar el recurso de alzada ordinario, que procede contra las resoluciones que no agotan la vía administrativa (aquellas que se refieren a deudas tributarias que excedan de 150 mil euros, o si se trata de bases o valoraciones,

que excedan de 1 millón 800 mil euros), y del que conocerá el TEAC, que puede modificar la resolución recurrida, con los límites de la *no reformatio in peius* ya analizados.

Por otro lado, cabe el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, que sólo puede interponerse por directores generales del Ministerio de Economía y Hacienda y por los directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por los órganos equivalentes o asimilados de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía respecto a las materias de su competencia, si bien la resolución que se dicte respetará la situación jurídica particular derivada de la resolución recurrida, fijando la doctrina aplicable para el futuro.

Para el recurso de alzada ordinario el art. 241.3 LGT, en su primer párrafo dispone que “estarán legitimados para interponer este recurso los interesados, los directores generales del Ministerio de Economía y Hacienda y los directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en las materias de su competencia, así como los órganos equivalentes o asimilados de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía en materia de su competencia”.

En consecuencia, un obligado tributario que recurrió un acto de gestión tributaria y obtuvo una resolución favorable, total o parcialmente a sus intereses, si cabe recurso de alzada ordinario ante el TEAC, puede ver que los órganos citados en el art. 241 transcrito, interpongan dicho recurso. Si lo interponen directores del Ministerio de Hacienda, se trata de órganos de la misma Administración, pues los TEA forman parte de la Administración General del Estado y en concreto del Ministerio de Hacienda. La AEAT tiene personalidad jurídica propia, aunque está adscrita al Ministerio de Hacienda;

pero no es en sentido estricto la misma Administración. Los órganos de las Comunidades Autónomas tendrán la posibilidad de impugnar cuando el TEAR dicte una resolución sobre tributos cedidos por el Estado, que ellas gestionan o incluso sin gestionarlos, que les afecten y que discrepen del resultado de la resolución dictada.

Los órganos de la Administración citados sólo pueden recurrir en alzada contra una resolución que fue provocada por el recurso contra el acto recurrido de aplicación de los tributos por el obligado tributario o interesado, cabe concluir que no puede verse perjudicado con la resolución que resuelva el recurso en segunda instancia respecto de su situación inicial fijada por la Administración, como se ha indicado en el punto anterior.

Otros problemas han podido existir en relación con las CC. AA. y la gestión de tributos cedidos,⁴ pues la *Ley 21/2001*, de 27 de diciembre, por la que se regularon las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, su art. 51.2, regulador de la delegación de competencias a las CC. AA. en materia de revisión, dispuso que las Comunidades Autónomas gozarán de legitimación para recurrir ante los Tribunales Económico-Administrativos los actos de gestión tributaria propios.

Con otras palabras, se delegó una competencia que el propio Estado no tenía, y que colocaba en peor situación al contribuyente de un tributo cedido gestionado por la Comunidad Autónoma, que si el tributo estaba gestionado

⁴ Con detalle sobre el contenido y problemas que suscitó aquella redacción, sobre todo en la vía contenciosa, consúltese Andrés García Martínez. "La legitimación autonómica para impugnar resoluciones de los tea estatales respecto a los tributos cedidos", en *Revista Estudios Financieros*, p. 29 y ss.

por el Estado, en tanto se podía recurrir un acto de gestión, no la resolución de una reclamación interpuesta por el contribuyente, lo cual sí puede decirse que vulneraba el principio de seguridad jurídica.

En la *Ley de 2009*, afortunadamente, ya no se dice nada de esto, por lo que en la vía administrativa hay que estar a las legitimaciones establecidas en la *LGT*, y para la vía contenciosa a lo dispuesto en la *LJCA*, que a la vista de lo establecido en la *Ley de 2009* puede suscitar nuevos problemas a los que nos referimos más adelante.

Ahora bien, la interposición de recursos de alzada ordinarios por la propia Administración Tributaria no ha estado exenta de problemas, como consecuencia de la redacción de la *LGT* de 2003, al diferenciar entre el anuncio de la interposición del recurso, y la formulación de las alegaciones. Si en la sentencia de 6 de julio de 2009 (rec. 2821/2003) (ROJ: STS 5521/2009-ECLI:ES:TS:2009:5521) se está al régimen anterior, en la de 23 de septiembre de 2013 (rec. 2318/2012), aclara que “la *Ley 58/2003* y su *RGRVA* de 13 de mayo de 2005 han introducido un cambio en la normativa reglamentaria anterior (*Real Decreto 1999/1981* y *Real Decreto 391/1996*) al imponer el procedimiento de interposición con alegaciones sólo cuando el recurrente haya comparecido en la reclamación en primera instancia.

Cuando el recurrente en alzada no hubiera comparecido en la reclamación, el procedimiento en alzada se desdobra en dos fases: simple anuncio y posterior formulación de alegaciones, tal como desarrolla el art. 61 del *RGRVA*. Y en auto de 24 de marzo de 2014 (ROJ: AATS 2604/2014-ECLI:ES:TS:2014:2604AA), consecuencia de un incidente de nulidad sobre la citada sentencia, insiste en que “a los efectos de los artículos 241 de la *Ley General Tributaria de 2003*, y 61 del *Real Decreto 520/2005*, de

13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de ésta, en materia de revisión en vía administrativa, no cabe entender que la Administración siempre es parte en un procedimiento de naturaleza administrativa, como lo es la vía económico-administrativa”.

Criterio que ya había expresado en sentencias como la de 11 de mayo de 2011 (recurso de casación núm. 1507/2007), al señalar que “el trámite de alegaciones por el órgano legitimado para el recurso después del anuncio en plazo, sin fundamentación, ha sido considerado por la Sala, en la regulación anterior a la Ley de 2003, como improcedente, por la necesidad de delimitar en el escrito de interposición, las cuestiones a resolver (sentencias, entre otras, de 30 de enero de 2008 (casación para la unificación de doctrina 92/03) y 6 de marzo de 2008 (casación 316/04)”. Del mismo modo, la sentencia de 11 de junio de 2012 (rec. 2763/2010) (ROJ: STS 4322/2012-ECLI:ES:TS:2012:4322).

Legitimación en la vía jurisdiccional contenciosa

Los cambios operados en la organización del Estado con la *Constitución Española* de 1978 llevaron a un cambio sustancial en la ordenación de las competencias tras la creación de las Comunidades Autónomas, así como la modernización de la Administración y el incremento de la Administración institucional ha llevado a modificar con mayor o menor fortuna las posibilidades de impugnación que estaban previstos en la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956*, en la que se contemplaba como posibilidad que la Administración autora del acto que no pudiera anularlo o revocarlo, lo podía recurrir ante la jurisdicción contenciosa declarándolo lesivo previamente (art. 28 y 56), como sucede en la actualidad en

la *Ley de 1998* (art. 19, 45 y 46), disponiendo de hasta cuatro años para declararlo lesivo, pero la regulación existente suscita muchas dudas sobre otras posibilidades de impugnación por una Administración de actos de otra Administración, incluso por entes públicos de la propia Administración, sin declararlos lesivos, como abordamos seguidamente.

Como apuntaba, las relaciones interadministrativas han dado lugar a la previsión expresa en el art. 19.1 de la *LJCA* de 1998, de la posibilidad de recurrir una administración actos de otra,⁵ y si el 19.2 dispone que “la Administración autora de un acto está legitimada para impugnarlo ante este orden jurisdiccional, previa su declaración de lesividad para el interés público en los términos establecidos por la Ley”, en el art. 20, que prohíbe la posibilidad de impugnar contra la actividad de la propia Administración Pública, incluye a los órganos de la misma Administración (esta previsión también constaba en la *Ley de 1956*, art. 28), y a las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado,

⁵ El art. 19.1, entre otros supuestos contempla: “1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

- a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.
- c) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los organismos públicos vinculados a éstas, así como los de las entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización.
- d) La Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u organismo público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.
- e) Las entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.
- g) Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines”.

las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan, pero exceptúa a las entidades que por ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración; lo cual no deja de ser un concepto abierto que deben acotar los tribunales cuando no esté expresamente previsto en la norma.

En relación con la aplicación de los tributos del Estado, y dado que son más los cedidos o compartidos entre el Estado y las CC. AA., que no hay que olvidar que actúan por delegación, las hipótesis de discrepancia son numerosas, y si en un principio los Tribunales de Justicia en primera instancia negaban a las CC. AA. legitimación para recurrir en la vía contenciosa las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos, el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de septiembre de 2001 (ROJ: STS 7045/2001 ECLI:ES:TS:2001:7045, y núm. de recurso 6629/2000), ya admitió la legitimación, que confirmó la STC 176/2002, de 9 de octubre. Tanto una como otra sentencia se referían a actos dictados y, por ello, recurridos, antes de la entrada en vigor de la *Ley de la Jurisdicción de 1998*.⁶

En esa fecha, la *Ley 21/2001*, 27 de diciembre, ya había reconocido a las Comunidades Autónomas la legitimación para recurrir ante los Tribunales Contencioso-Administrativos las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos, previsión que no se encuentra expresamente en la ley del sistema financiero de 2009; si bien el art. 19 de la *Ley de la Jurisdicción* sí atribuye la legitimación al Estado para recurrir actos de las CC. AA., y a éstas, los del Estado.

⁶ De ello se ocupó temprano Francisco Olea Godoy, "Legitimación de las Comunidades Autónomas para impugnar las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos en materia de tributos cedidos", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 21/2002.

En materia de cesión de tributos, el art. 20 de la *Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas* prevé que por ley estatal, y para tributos estatales cedidos, la competencia para el ejercicio de la función revisora en vía administrativa de los actos dictados por las Comunidades Autónomas y por las Ciudades con Estatuto de Autonomía podrá corresponder a éstas, y así se contempló para algunos de los tributos cedidos en los artículos 54 y 59 de la *Ley 22/2009*, de 18 de diciembre, que regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias⁷, por lo que cada Comunidad Autónoma

⁷ El citado art. 59 dispone: "Alcance de la delegación de competencias en relación con la revisión en vía administrativa.

1. Las Comunidades Autónomas y las Ciudades con Estatuto de Autonomía podrán asumir la competencia para la revisión de los actos por ellas dictados en relación con los Tributos e Impuestos a los que se refiere el artículo 54.1 de esta ley.

Esta competencia se extiende a los siguientes procedimientos, recursos y reclamaciones:

a) Procedimientos regulados en el Capítulo II del Título V de la *Ley 58/2003*, de 17 de diciembre, General Tributaria y normas de desarrollo.

b) Recurso de reposición regulado en el Capítulo III del Título V de la *Ley 58/2003*, de 17 de diciembre, General Tributaria y normas de desarrollo.

c) Reclamaciones económico-administrativas: procedimiento regulado en la Subsección 1.ª, de la Sección 2.ª y procedimiento regulado en la Sección 3.ª del Capítulo IV del Título V de la *Ley 58/2003*, de 17 de diciembre, General Tributaria y normas de desarrollo.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía podrán optar por asumir la competencia para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas en única instancia, a cuyo efecto serán de aplicación los procedimientos citados en el párrafo anterior.

En los supuestos en los que se asuma la competencia en los términos expuestos en el párrafo anterior, el órgano competente de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía, conocerá el recurso extraordinario de revisión contra actos firmes de su Administración tributaria y contra resoluciones firmes de sus propios órganos económico-administrativos.

2. El ejercicio de la función revisora en vía administrativa delegada deberá ajustarse a lo dispuesto en el Título V de la *Ley 58/2003*, de 17 de diciembre, General Tributaria.

3. Las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía que no asuman la competencia para la revisión de los actos por ellas dictados en relación con los Tributos e Impuestos a los que se refiere el artículo 54.1 de esta Ley, o que la asuman conforme a lo dispuesto en el primer párrafo de la letra c) del apartado 1, gozarán, en su caso, de legitimación para recurrir en alzada ordinaria las resoluciones

puede optar por asumir las competencias de acuerdo con dos modelos alternativos, contemplados respectivamente en los párrafos primero y segundo del art. 59.1.c).

En ambos casos, los órganos autonómicos pueden resolver reclamaciones en única instancia que agotan la vía Administrativa, lo cual puede dar lugar a que ahora pueda plantearse que sea la Administración del Estado la que cuestione ante los tribunales de justicia esas resoluciones, a pesar de estar actuando las Comunidades Autónomas por delegación del Estado. Hay Comunidades que no han asumido esas competencias, y otras que no han puesto en marcha sus tribunales.

Lo cierto es que se trata, en todos los casos, de recursos que afectan a obligados tributarios que han obtenido una resolución que no satisface a la Administración recurrente, cuya situación puede verse afectada como consecuencia de esos recursos por no exigirse, como parece más lógico que solo los puedan cuestionar previa declaración de lesividad, como ya postuló Ramón Falcón y Tella, para quien

[...] en modo alguno debería aceptarse el recurso de una Comunidad Autónoma sin la previa declaración de lesividad, la cual requiere informe del Consejo de Estado, o del órgano consultivo de la Comunidad cuando existe, que además de preceptivo es vinculante. De modo que o bien se deniega la legitimación a las Comunidades Autónomas para recurrir en materia de tributos cedidos, que es la solución que se defiende en estas páginas; o al menos se les exige que declaren la resolución del TEAC lesiva a sus propios intereses, y por tanto que la decisión de recurrir se adopte de acuerdo con el Consejo

de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales o Locales o de sus órganos Económico-Administrativos, según corresponda, que tengan por objeto actos dictados por ellas”.

de Estado o su órgano consultivo. No sólo hay que evitar competencias duplicadas entre las distintas Administraciones sino también que la distribución de dichas competencias entre unas Administraciones y otras coloque innecesariamente a los particulares en una situación más precaria de la que tenían.⁸

Conclusiones

Los problemas sobre la admisión de recursos de entidades de una administración contra actos de ella ocurren desde el siglo xx, por ejemplo, en relación con la Tesorería de la Seguridad Social no se le admitía la legitimación hasta que el TS se pronunció en sentencias de los años noventa del pasado siglo (por ejemplo de 10 y 12 de julio de 1996, entre otras), o del actual (3 de julio de 2000). Y, en esa línea, se ha reconocido a las Autoridades Portuarias legitimación para recurrir también resoluciones de los TEA, en la medida que se trata de actos administrativos no dictados por el Ministerio de Fomento a través de Puertos del Estado, entre otras, SSTs de 5 de junio de 2014, recurso núm. 3426/2013 y 9 de marzo de 2016, recurso núm. 972/2014, 19 de noviembre de 2020, recurso núm. 5201/2019, 19 de noviembre de 2020, sentencia núm. 1548/2020 y 4 de marzo de 2021, sentencia núm. 298/2021.

Por tanto, en algún momento puede plantearse no sólo que una Comunidad Autónoma discrepe del resultado de una resolución del TEAC, como ya hemos indicado que ocurre, sino que como la aplicación de sistema tributario se encomienda a la AEAT, con personalidad jurídica propia, pudiera pensarse que al amparo del art. 20.c de la LJCA pudiera recurrir resoluciones

⁸ Ramón Falcón y Tella. "La falta de legitimación de las Comunidades Autónomas para recurrir en vía contencioso-administrativa las resoluciones del TEAC en materia de tributos cedidos: un viejo problema en un nuevo contexto", en *Quincena fiscal*, [en línea].

de los TEA, no sólo en la vía Administrativa, que sí puede, sino también en la contenciosa.

Debido a la vinculación directa de la AEAT con el Ministerio de Hacienda, y los TEA ser parte del citado Ministerio, no debería admitirse la legitimación para recurrir resoluciones de los TEA ante los Tribunales y de hecho no hemos encontrado supuestos en que así se hubiera intentado, pero la indeterminación del art. 20.c) LJCA, y la existencia de previsiones específicas en la Ley 40/2015 para la AEAT, pudieran hacer pensar lo contrario, pues hay doctrina que considera que “tal referencia deberá entenderse hecha a las Autoridades independientes, así como a aquellos entes sui generis con una nota especial de autonomía”.⁹

Otro tema puede ser la legitimación de la AEAT para impugnar actos de otros ministerios, en términos similares a los indicados, por ejemplo, para impugnar a las autoridades portuarias actos de órganos no dependientes del Ministerio de Fomento o en la actualidad, de transportes, movilidad y agenda urbana.

⁹ Como apunta Alejandra Boto Álvarez. “Comentario al artículo 20”, en *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Antonio Ezquerra Huerva y Javier Oliván del Cacho (dir.) t. I, Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 626, que en nota añade: “Y es que el régimen básico del sector institucional, contenido por demás en una Ley ordinaria, admite modulaciones y excepciones por legislación especial o posterior. La propia Ley 40/2015 incluye en sus disposiciones adicionales algunas previsiones especiales relativas a las Autoridades Portuarias y Puertos del estado, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Centro Nacional de Inteligencia, el Banco de España o la Administración de la Seguridad Social”.

Sin embargo, en la precedente LOFAGE, cuyas disposiciones adicionales también contenían previsiones específicas sobre distintos entes del sector público, y que estaba en vigor cuando se aprobó la LJCA de 1998, y que también tenía una disposición para la AEAT, Rafael Fernández Montalvo no la citaba entre las que pudieran tener esa legitimación, en “El acceso de los organismo autónomos y de las entidades públicas empresariales a la Jurisdicción: Legitimación y prohibición de impugnar actos y disposiciones de la Administración de tutela”, en *Administración institucional*, cuadernos de Derecho Judicial, p. 86 y ss.

Al margen de otras vías extraordinarias de revisión de oficio, el acto se debiera declarar lesivo para después impugnarlo, y sería procedente que la ley estableciera que siendo una administración distinta de la autora, la que recurre, se produjeran los mismos efectos que en la vía administrativa cuando la resolución de un TEAR no puede ser recurrida en segunda instancia, y se interpone un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio ante el TEAC, o si es del TEAC, el recurso extraordinario para la unificación de doctrina, pero cuyas resoluciones no afectarán a la situación particular generada, si bien su criterio en el futuro sí vinculará a toda la Administración Tributaria.

El incremento de posibilidades de recursos en la vía contenciosa por parte de las administraciones contra actos de otras administraciones atacan el principio de seguridad jurídica cuando esos actos pueden perjudicar a los administrados a quienes afectaba el acto que se recurre, y que la resolución del recurso los coloca en una situación peor a la que una administración les ha reconocido previamente.

Fuentes de consulta

- Boto Álvarez, Alejandra. "Comentario al artículo 20", en Antonio Esquerra Huerta y José Javier Oliván del Cacho (dir.). *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Falcón y Tella, Ramón. "La falta de legitimación de las Comunidades Autónomas para recurrir en vía contencioso-administrativa las resoluciones del TEAC en materia de tributos cedidos: un viejo problema en un nuevo contexto", en *Quincena fiscal*, núm. 7, 2015.
- Fernández Montalvo, R. "El acceso de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales a la Jurisdicción: Legitimación y prohibición de impugnar actos y disposiciones de la Administración de tutela", en *Administración institucional*, cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, vol. VIII, 2004, 86 pp.
- García Martínez, Andrés. "La legitimación autonómica para impugnar resoluciones de los TEA estatales respecto a los tributos cedidos", en *Revista Estudios Financieros*, núm. 217, 2001, 29 pp.
- Olea Godoy, Francisco. "Legitimación de la Comunidades Autónomas para impugnar las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos en materia de tributos cedidos", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 21/2002.

IV. Legalidad y legitimidad en el contexto político del Estado de México

Margarita Melody Huitrón Colín¹

La realidad sociopolítica de México, el mosaico plural e ideológico que conforma la arquitectura política del país, el concurso de partidos, la competitividad electoral, el redimensionamiento de la sociedad que es cada vez más grande y contradictoria con profundas carencias y con reclamos sobre sus necesidades vitales de sobrevivencia y de supervivencia, como son una mejor educación, servicios médicos, vivienda digna, salarios justos, empleo, oportunidades laborales, así como el reconocimiento a sus derechos más elementales, en la actualidad, son algunas de las causas que modifican los escenarios políticos y la participación ciudadana en los votantes.

La experiencia electoral en las últimas jornadas ha reflejado una falta de participación ciudadana, pese a que la transición democrática efectuada a principios de siglo, el 2 de julio de 2000, trajo consigo esperanzas y deseos alentadores de un cambio institucional radical y profundo; sin embargo, y pese al incremento en la participación ciudadana en dichas elecciones, lo cierto es que los resultados reflejaron un Estado políticamente desgastado, poniendo a prueba, no sólo a las instituciones democráticas nacionales, sino también a las instituciones en las entidades federativas y al ciudadano, quien en última instancia es la fuente de la real y legítima democracia.

¹ Catedrática y exdirectora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

En este orden de ideas, el término *democracia* proviene de los vocablos griegos *demos*, pueblo, y *kratos*, autoridad o gobierno, reflejando de esta forma que la democracia respalda la soberanía popular, es decir, el derecho del pueblo a gobernarse por sí mismo, a través de un representante que refleje el interés de todo el pueblo. En palabras de Abraham Lincoln, decimosexto presidente de Estados Unidos de Norteamérica, la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo.²

Se ha considerado a la democracia como “[...] un sistema o régimen político, una forma de gobierno o un modo de vida social en el que el pueblo dispone de los medios idóneos y eficaces para determinar su destino, la integración de sus órganos fundamentales o para expresar la orientación ideológica y sustentación de sus instrucciones”.³ Pero también, como “[...] la regla, con base en la cual se consideran decisiones colectivas y por tanto obligatorias para todo el grupo”.⁴

Para Luis Recaséns Siches la democracia es “[...] el instrumento más idóneo para salvaguardar la libertad, tomando en cuenta que es difícil que el hombre haga respetar su libertad si no tiene una participación en el gobierno”⁵, André Hauriou considera que la característica inicial de la democracia es precisamente la de limitar el poder unipersonal, por lo que

² “[...] la democracia ha sido entendida como el gobierno que recae en la gente. Así lo describen las dos mitades de la palabra: gobierno popular. En ese binomio está la raíz del principio democrático: que las decisiones que afectan a la comunidad no sean tomadas por personajes extraordinarios sino por la gente común; que el poder no descienda de los cielos, ni se encierre en los palacios o en los cuarteles; que ascienda de la calle; que los ciudadanos participen y decidan; que la sociedad sea libre y el poder controlado”. Jesús Silva Herzog Márquez. *Esferas de la democracia*, p. 11.

³ Andrés Serra Rojas. *Ciencia Política*, p. 591.

⁴ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, p. 14.

⁵ Luis Recaséns Siches. *Filosofía del Derecho*, p. 521.

el principio de la democracia es el medio que permite o a través del cual se lucha, para limitar el poder unipersonal.

El origen de la democracia es de oposición al régimen autoritario y personal, posteriormente cuando la democracia conquista el poder se convierte en un sistema de explicación del poder.⁶ Rafael de Pina la define como: “El sistema de gobierno caracterizado por la participación de la sociedad, totalmente considerada, en la organización del poder público y en su ejercicio”.⁷ Por su parte, Baruch Spinoza consideró a la democracia como una “[...] asamblea general que posee comunalmente su derecho soberano sobre todo lo que cae en la esfera de su poder.”⁸ Entendiendo a la democracia desde una perspectiva política clásica, como forma de gobierno, es decir, “el régimen en el cual el poder es ejercido por la mayoría o la totalidad de los individuos”.⁹

Se podría definir a la democracia como un régimen de vida legalmente constituido, que presupone la igualdad de los hombres y su derecho igualitario tanto a ejercer la soberanía popular como a alcanzar sus fines, considerando, además que, desde el plano político, la democracia más que una forma de gobierno es una filosofía política, que se caracteriza por su elasticidad y flexibilidad.

La participación del pueblo en la democracia se sustenta en la toma de decisiones públicas a través de instituciones representativas y de otras formas de participación ciudadana, lo cual fundamenta la llamada teoría democrática, fundada en cuatro elementos indispensables: la supremacía del pueblo; el consentimiento de los gobernados, como base de

⁶ André Hauriou. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, p. 263.

⁷ Rafael de Pina Vara. *Diccionario de Derecho*, p. 203.

⁸ Baruch Spinoza. *Tratado teológico-político*, p. 360.

⁹ José Fernández Santillán. *Filosofía política de la democracia*, p. 13.

la legitimidad; el imperio de la ley, como método pacífico para resolver conflictos, y la existencia de un bien común o un interés público.

Acorde con lo anteriormente expuesto, el primer criterio que debe tenerse en consideración para calificar a un sistema como presidencialista consiste en la elección popular directa o casi directa del jefe de Estado por un tiempo determinado, consecuencia de ello, es que esté investido de una serie de facultades, atribuciones y obligaciones que son establecidas en la *Constitución Política* de cada Estado.

Resaltando el hecho de que la voluntad del pueblo es mandato imperativo de aplicación del sistema político democrático, especialmente en el presidencialismo, en el cual es el mismo pueblo quien designa a sus gobernantes y no el legislativo, de este modo el legislativo no tiene las facultades ni de designar ni de destituir al ejecutivo de un Estado; en correlación con ello, el titular del ejecutivo cuenta con la prerrogativa de nombramiento libre, discrecional y sin el consentimiento u opinión del legislativo, para nombrar o sustituir a los miembros de su gabinete.¹⁰

Sir Thomas Smith, John Locke y Edmund Burke resaltan la importancia que tiene la confianza que deben tener los electores respecto de sus representantes, de la cual Sir Thomas Smith consideró que el representante es aquel que

¹⁰ En los Estados Unidos Mexicanos, el Congreso de la Unión se encuentra facultado en términos del artículo 73 fracc. xxvii para solamente aceptar la renuncia del presidente de la República; mas no así para pedírsela. Dicho cargo es renunciabile en términos del artículo 86 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, sólo por causa grave, que calificará el Congreso de la Unión.

Respecto a la facultad de nombramiento aludida, la fracc. II del art. 89 de la *Constitución Federal*, a la letra señala "II. Nombrar y remover libremente a los secretarios de Estado, remover a los embajadores, cónsules generales y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes [...]."

personifica a todo el reino y no sólo a los habitantes del condado que lo eligió. Esto es, que todo ciudadano inglés se encontraba representado en el Parlamento por conducto de sus representantes.¹¹ Mientras que John Locke consideró que los pactantes originales de la sociedad instituyen un Poder Legislativo que es representado por los diputados, a los cuales les queda confiado la protección y defensa de los derechos de los gobernados, respecto a lo cual menciona:

Porque si el pueblo se reservó la elección de sus representantes como valladar de su propiedad, hízolo por el solo fin de que éstos fueran siempre libremente escogidos; y, con esta libertad designados, libremente obrarán y aconsejarán sobre las necesidades de la comunidad política y el bien público, según después de examen y maduro debate se entendiera que requieren ellos. Y esto no podrán hacer quienes hubieren dado sus votos antes de oír el debate y sopesar las razones de cada lado. Preparar una asamblea de ese tenor e intentar establecer a declarados cómplices, por su propia voluntad, como verdaderos representantes del pueblo y legisladores de la república es, sin duda, insuperable violación de confianza, y declaración perfecta del propósito de subvertir el gobierno.¹²

Edmun Burke¹³ dijo respecto a la representación política tras haber sido declarado por los Sheriffs como uno de los representantes de aquella ciudad en el Parlamento:

Ciertamente, caballeros, la felicidad y la gloria de un representante deben consistir en vivir en la unión más estrecha,

¹¹ “[...] se entiende que todo inglés está presente allí, ya sea en persona o mediante procuradores y abogados”. Sir Thomas Smith. *De República Anglorum*, p. 49, citado por Fenichel Pitkin, Hanna. *El concepto de la representación*, p. 276.

¹² John Locke. *Ensayo sobre el gobierno civil*, p. 137.

¹³ Edmund Burke. *Discurso a los electores de Bristol*, pp. 309-314.

la correspondencia más íntima y una comunicación sin reservas con sus electores. Sus deseos deben tener para él gran peso, su opinión máximo respeto, sus asuntos una atención incesante. Es su deber sacrificar su reposo, sus placeres y sus satisfacciones a los de aquéllos; y sobre todo preferir, siempre y en todas las ocasiones el interés de ellos al suyo propio. [...] todas estas cosas no las tiene derivadas de vuestra voluntad ni del derecho y la constitución. Son un depósito efectuado por la Provincia, de cuyo abuso es tremendamente responsable. Vuestro representante os debe, no sólo su industria, sino su juicio, y os traiciona, en vez de servirlos, si lo sacrifica a vuestra opinión.¹⁴

Por su parte, la denominada teoría francesa del mandato representativo adquiere sentido a través del pensamiento de Charles Louis de Secodat, barón de Montesquieu y Emmanuel J. Sieyes. Teniendo como punto de partida la teoría de la soberanía nacional, que desde la perspectiva jurídico-política concibe a la nación como “un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y están representados por una misma legislatura”.¹⁵ Se desarrolla al amparo de esta teoría la idea de la representación nacional, es decir; la representación de tres épocas con las que se identifica la formación de las sociedades políticas.

La democracia sustenta la representación del pueblo, que se da a través del voto, el cual se suele confundir con sufragio; este segundo término proviene del latín *suffragium*, que, de acuerdo al *Diccionario de la lengua española*, significa, en su segunda acepción, ‘sistema electoral para la provisión de cargos’, mientras que en la tercera, ‘voto de quien tiene capacidad de elegir’.¹⁶ Respecto a esto, Hans Kelsen menciona

¹⁴ *Idem*, p. 312.

¹⁵ Emmanuel J. Sieyes. *¿Qué es el tercer Estado?*, p. 61.

¹⁶ El sufragio se clasifica en restringido, universal, directo e indirecto, público o secreto.

que el derecho al sufragio es de clase política, en el cual el individuo tiene derecho a participar en el procedimiento electoral mediante la emisión de su voto.¹⁷

Por su parte, Eduardo Andrade ha señalado que voto-derecho, que sería una derivación lógica de la teoría de la representación ciudadana o fraccionada, es sustituido por el de 'voto-función' que consiste en considerar que votar no es un derecho, sino una función que cumple el votante como órgano de la nación y que a ésta corresponde el otorgarla a quienes estime que tienen la capacidad necesaria.¹⁸

En este sentido, el voto se refiere concretamente a la acción individual de elegir entre las diversas opciones políticas indicando en el mecanismo del sistema electoral (boleta electoral) correspondiente, por qué partido o aspirante al cargo inclina el ciudadano su preferencia. En cambio, el sufragio se concretiza en la acción ciudadana de depositar el voto en el mecanismo establecido por el sistema electoral, a efecto de que posteriormente sea recibido y tomado en consideración por los funcionarios electorales, e integrado al cómputo final de la elección.

No obstante, por lo anterior, es necesario señalar que el derecho al voto y al sufragio se encuentra jurídicamente

Es restringido el sufragio cuando se concede solo a las personas que reúnan ciertas condiciones de fortuna o capacidad; por tanto, el sufragio adquiere las formas de censitario, capacitario y masculino. El sufragio censitario consiste en conceder derecho de voto nada más a los individuos que pagan una determinada cifra de contribución o bien los electores que sean dueños de tierras, siendo ello un esfuerzo de la burguesía por conservar el poder político. El sufragio capacitario se reserva el derecho de voto a quienes poseen cierto grado de instrucción. Mientras que el sufragio masculino consiste en la limitación política de participación únicamente para los varones.

¹⁷ Hans Kelsen. "Teoría pura del Derecho", p. 147.

¹⁸ Hans Kelsen. *Teoría general del Derecho y del Estado*, op. cit., p. 348. Para Felipe Tena el sufragio es "[...] la expresión de la voluntad individual en el ejercicio de los derechos políticos es la suma de los votos que revela unánime o mayoritariamente la voluntad general", en *Derecho Constitucional Mexicano*, p. 81.

limitado al cumplimiento de ciertas condiciones, pues se trata de requisitos de elegibilidad del ciudadano, es decir, de constatación de su capacidad política de ejercicio, que se traduce en la mayoría de edad, la cual varía de acuerdo con cada *Constitución Política*, y el goce de los derechos político-electorales se constata con la vigencia del documento oficial de identidad política.

Considerado el derecho al voto como un derecho humano y fundamental, se encuentra previsto en el art. 35 de la *Carta Magna*; en dicho dispositivo, e establece que son prerrogativas del ciudadano en materia política: I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley; y III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país.

Por su parte, el art. 36 de la *Constitución Federal* establece una serie de obligaciones a los ciudadanos de la República; entre ellas, votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley; desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos; y desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado; especificando el art. 34, de esta disposición, que son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos,¹⁹ tengan además, 18 años y un modo honesto de vivir.

¹⁹ El artículo 30 de la *Carta Magna*, establece que la nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización. En este sentido, son mexicanos por nacimiento: I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres. II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional; III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización,

Acorde con lo anterior, el ciudadano mexicano se encuentra constitucionalmente facultado para ejercer su derecho al voto, representando el consenso ciudadano la fuente por naturaleza de la legalidad, es decir, la observancia de reglas y principios provenientes de la voluntad popular expresada a través de normas jurídicas, constituyendo la manifestación de los ciudadanos a la legitimidad del cargo por el que se pronuncian.

Pero, además, legalidad y legitimidad son algo muy diferente. Alguien puede cumplir la ley formal y fríamente, no respetando su “espíritu”, y aun siendo objetivamente injusto, como en el caso de los jueces de Sócrates, y por ello podría ser legal, pero, sin embargo, no alcanzaría la “legitimidad”. El puro cumplimiento de la ley, la legalidad, no tiene la fuerza de la legitimidad. La legitimidad exige, más allá de la legalidad, el consenso o la aceptación de los participantes afectados. Para alcanzar un acuerdo válido es necesario que todos los afectados hayan podido participar simétricamente, con razones y no con violencia, y hayan llegado a aprobar algo que gane la aceptación de todos o al menos de una mayoría determinante. Si la aplicación injusta de la ley, por un juez injusto, o una institución que ha perdido aceptación [...] se impone a alguien que no ha sido convencido de que la interpretación de la ley y su aplicación al caso concreto es justa, el tal acto puede denominarse superficialmente legal, pero no legítimo. La

de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes. Además de lo anterior, son mexicanos por naturalización: I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones, carta de naturalización. II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

legitimidad agrega al cumplimiento objetivo de la ley la convicción subjetiva a las razones aducidas en su aplicación.²⁰

En este aspecto, legalidad en el sentido más amplio y general significa 'la existencia de leyes y su conformidad a éstas con los actos de quienes están sometidos a ellas', en este sentido, Max Weber establece que "la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos es según el procedimiento usual y formalmente correcto"²¹; por ello, el principio de legalidad puede ser aplicado también a las facultades de actuación que tienen las autoridades, de lo cual se puede deducir que éstas pueden hacer solo y exclusivamente aquello que les está conferido en la ley, mientras que los ciudadanos pueden hacer todo, excepto a aquello que les está prohibido por la norma.

Por su parte, legitimidad, desde el latín clásico parte de *legitimus* que significa 'lo que es acorde con la legalidad y con el Derecho', aplicado de forma específica a las autoridades y magistrados, señalando que estaban constituidos legalmente, como, por lo cual investían los términos *legitimum imperium* y *potestas legitima*, usados por Cicerón²²; San Agustín señalaba "extra civitatem Dei nulla legitimitas", haciendo referencia a la legitimidad política y jurídica, basadas en el concepto de justicia.²³

Durante la Edad Media, el término *legitimus* hacía referencia a lo que estaba constituido según las costumbres y el derecho consuetudinario, formando lo conocido como *legitima auctoritas* o *potestas*, la cual era contraria a la usurpación tiránica, considerada esta última como un acceso al poder en

²⁰ Enrique Dussel, "Legalidad y legitimidad", en *La Jornada*, s/p.

²¹ Max Weber. *Economía y sociedad*, p. 29.

²² Jean Bodino, *Los seis libros de la República*, p. 7.

²³ San Agustín, *La Ciudad de Dios*, pp. 404-425.

contra de lo establecido por la ley y el derecho, así como a la democracia, concepto que sería usado posteriormente contra las monarquías tradicionales y absolutas.

La legitimidad para Weber se sustenta en mayor medida en la legalidad, entendida esta como producto de la voluntad popular, la voluntad mayoritaria de la sociedad;²⁴ esto es, la legitimidad se da en la sumisión de la fuerza a normas, cuando la selección de los que llevan las armas desemboca en una confraternidad personal, asociación ocasional y placentera, sin necesidad de imposición.²⁵

Derivado de lo anterior, la legitimidad política hace referencia a una justificación del poder, ser trasladada a la sociedad, o los ciudadanos, quienes a través de su manifestación expresa validan tanto el ejercicio del poder como la titularidad de éste, es decir, a través de su elección no solo decidían quien estaría a cargo del poder, sino que también respaldaban los actos que éste realizaba en su nombre, siendo este concepto el que sigue imperando hoy, pese al hecho que actualmente existan diferencias o desacuerdos sobre la forma en que ejercen tal potestad.

La legalidad de las normas no genera legitimidad porque los sistemas de comportamiento de los actores dentro de la organización no se validan a partir del reconocimiento intersubjetivo de las acciones colectivas, sino que se funda en la estructura formal,²⁶ es decir, debe entenderse que para que exista legitimidad, no basta que sea legal, sino que debe contener el "voto" de la mayoría que tiene la capacidad de elegir, es decir de los ciudadanos, que serán los que, además,

²⁴ San Agustín, *op. cit.*, pp. 404-425.

²⁵ Norberto Bobbio y Michelango Bovero. *Origen y fundamentos del poder político*, pp. 44-48.

²⁶ Luis Antonio Cruz Soto. "El concepto de legitimidad en la autoridad: elementos de análisis para comprender la relación autoridad-subordinación en el comportamiento administrativo", en *Revista Latinoamericana de Administración*, p. 75.

juzguen si las decisiones y acciones que toma el gobierno electo son las adecuadas, pues, como afirma Karl W. Deutsch, en su obra *Política y gobierno*, la gente siente que un gobierno es justo o injusto, legítimo o ilegítimo, no solo por la forma en que llegó al poder, sino también y principalmente por lo que hace.

Una vez comprendida la legitimidad y legalidad, analizaremos los resultados de la elección para gobernador del Estado de México del pasado 4 de junio del año 2017, es decir, la elección que dio paso al actual gobierno, en estas elecciones el Instituto Electoral del Estado de México (IEEM) aprobó que los mexiquenses que radican en el extranjero emitieran su voto.²⁷

En dichas elecciones se obtuvo un total de votos de 6 millones 056 mil 145, de 11 millones 317 mil 686 mexiquenses que integraban la lista nominal, la votación válida emitida fue de 5 millones 874 mil 802 y los resultados publicados por el IEEM para la elección de gobernador, fueron los siguientes:

- 34.73% coalición integrada por los Partidos Revolucionario Institucional, Verde Ecologista de México, Nueva Alianza y Encuentro Social.
- 31.86% Partido Morena.

²⁷ Es de destacar que durante el Proceso Electoral 2016-2017 en el Estado de México, de conformidad con el artículo 10 del *Código Electoral del Estado de México* y el *Libro Sexto de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales*, el Consejo General del IEEM aprobó diversos acuerdos para implementar por primera vez el voto de los mexiquenses residentes en el extranjero. En este sentido, el día de la jornada electoral, el personal designado, para obtener el resultado en el ámbito estatal de la votación válida emitida en el extranjero, se reunió en el domicilio del Local Único a efecto de realizar el escrutinio y cómputo del voto de los ciudadanos mexiquenses residentes en el extranjero.

- 18.46% Partido de la Revolución Democrática.
- 11.62% Partido Acción Nacional.
- 2.22% Candidata Independiente.

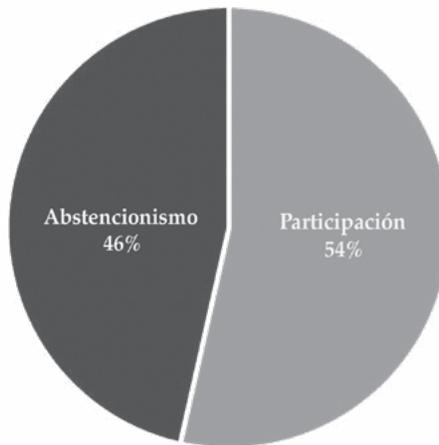
Cuadro 1. Porcentaje de participación de los partidos políticos

Partido/Coalición/ Candidatura independiente	Candidato/a	Resultados de la votación	
		Cantidad	% *
PAN	Josefina Eugenia Vázquez Mota	682 482	11.62 %
PRI-PVEM-NA-ES	Alfredo del Mazo Maza	2 040 491	34.73 %
PRD	Juan Manuel Zepeda Hernández	1 084 549	18.46 %
PT	Óscar González Yáñez	65 466	1.11 %
MORENA	Delfina Gómez Álvarez	1 871 658	31.86 %
Candidata independiente	María Teresa Castell de Oro Palacios	130 156	2.22 %
Candidatos no registrados		6 336	
Votos nulos		175 007	
Votación válida emitida		5 874 802	
Total de votos		6 056 145	

*El porcentaje de votación está calculado con base en la votación válida emitida
Fuente: Análisis Estadístico de los Resultados de la Elección de Gobernador del Estado de México, Proceso Electoral 2016-2017. Elaboración propia.

De acuerdo con los datos del IEEM, la participación de los mexiquenses en el proceso electoral para gobernador el pasado 4 de junio del año 2017, fue de 6 millones 055 mil 848, lo que representa 53.53 %, y refleja un abstencionismo del 46.47 %, es decir, 5 millones 261 mil 838, de los ciudadanos no emitieron su voto.²⁸

Gráfica 1. Porcentaje de abstencionismo y participación



Fuente: Análisis Estadístico de los Resultados de la Elección de Gobernador del Estado de México, Proceso Electoral 2016-2017

²⁸ La participación de los ciudadanos que emitieron su sufragio en la elección de gobernador/a del pasado 4 de junio de 2017 fue mayor por 7.80 puntos porcentuales a la inmediata anterior para el mismo cargo del año 2011, cuando alcanzó 45.73 % con aproximadamente 4 millones 827 mil 403 electores votantes; en la elección correspondiente al proceso electoral 2016-2017, votaron un total de 6 millones 055 mil 848 ciudadanos, quienes representan 53.53 % del total de ciudadanos contenidos en la lista nominal de electores. En virtud de lo anterior, se observa que el abstencionismo sufrió una disminución en la misma proporción con respecto a la elección de gobernador del año 2011, donde la abstención fue de 54.27 % contra 46.47 % de la elección próxima pasada siendo la diferencia entre una y otra del 7.80 %.

Si analizamos los resultados de la elección, con base en el total de los electores que integran la lista nominal (11 millones 317 mil 686), sin tomar en consideración los votos nulos y los emitidos a candidatos no registrados, quedaría de la siguiente manera:

- 18 % coalición integrada por los Partidos Revolucionario Institucional, Verde Ecologista de México, Nueva Alianza y Encuentro Social.
- 17 % Partido Morena.
- 10 % Partido de la Revolución Democrática.
- 6 % Partido Acción Nacional.
- 1 % Partido del Trabajo.
- 1 % Candidata Independiente.

Cuadro 2. Porcentaje de participación de los partidos políticos

Partido/Coalición/ Candidatura Independiente	Candidato/a	Resultados de la votación	
		Cantidad	%
PAN	Josefina Eugenia Vázquez Mota	682 482	6 %
PRI-PVEM-NA-ES	Alfredo del Mazo Maza	2 040 491	18 %
PRD	Juan Manuel Zepeda Hernández	1 084 549	10 %
PT	Óscar González Yáñez	65 466	1 %
MORENA	Delfina Gómez Álvarez	1 871 658	17 %
Candidata Independiente	María Teresa Castell de Oro Palacios	130 156	1 %
	Abstencionismo	5 442 884	48 %
Total de electores en lista nominal:		11 317 686	

Elaboración propia.

Los porcentajes de los resultados de las elecciones del año 2017, anteriormente citados, nos llevan a reflexionar si nuestra democracia legitima el derecho a gobernar a través de la poca participación de los ciudadanos.

Con base en lo anteriormente señalado, podemos concluir que las elecciones en el Estado de México en los últimos años han tenido sustento legal, ostentando la legalidad del proceso, sin embargo, en términos legítimos se puede concluir que o la sociedad presenta una de las crisis más grandes en participación política, reflejando un desinterés frente a sus representantes políticos o bien el sistema democrático de elección por votos no está realmente siendo adecuado.

Esto presentó un desafío en el sistema político de cara a las elecciones de 2023, en las cuales no sólo fue de suma importancia la atención de la ciudadanía para que asumiera la responsabilidad de acudir a las urnas y con ello transmitir que es la forma correcta de ejercer la democracia y tomar el poder en sus manos, sino también que el sistema se enfrenta al hecho de que de continuar con la ausencia en las urnas, la legitimidad cada vez está más lejos de tener una verdadera representación o respaldo, pues los números reflejan que menos de la mitad de la población con la capacidad de elegir no lo hace, lo que conlleva a cuestionar si verdaderamente las personas en el poder representan los intereses de la mayoría.

Por ello, es prioritario analizar la ausencia de votantes en las elecciones con el objetivo de que la representación sea verdaderamente de la mayoría y sea posible considerar una sociedad activa y responsable, con la finalidad de que el régimen político sea más eficaz, eficiente y estable, propiciando una sólida representación legítima de los ciudadanos, y con ello practicar y ostentar una democracia activa y real.

Fuentes de consulta

- Bobbio, Norberto y Michelango Bovero. *Origen y fundamentos del poder político*, Grijalbo, 1984.
- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*, trad. de José Fernández Santillán, FCE, México, 1986.
- Bodino, Jean. *Los seis libros de la República (1576)*, selección y trad. de P. Bravo, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1997.
- Burke, Edmund. *Discurso a los electores de Bristol*, trad. de Vicente Herrero, FCE, México, 1996.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Secretaría General. Secretaría de Servicios Parlamentarios. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* Disponible en chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf, [1 de noviembre de 2023].
- Cruz Soto, Luis Antonio. "El concepto de legitimidad en la autoridad: elementos de análisis para comprender la relación autoridad-subordinación en el comportamiento administrativo", en *Academia. Revista Latinoamericana de Administración*, núm. 40, 2008, pp. 68-82, Consejo Latinoamericano de Escuelas de Administración, Bogotá, Organismo Internacional. Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=71612100006>, [08 de noviembre de 2023].
- Cruz Soto, Luis Antonio. "El concepto de legitimidad en la autoridad: elementos de análisis para comprender la relación autoridad-subordinación en el comportamiento administrativo", en *Academia. Revista Latinoamericana de Administración*, núm. 40, Bogotá, 2008.
- Dussel, Enrique. "Legalidad y legitimidad", en *La Jornada*, sección Opinión, martes 22 de agosto de 2006, México.
- Espinoza, Baruch. *Ética-Tratado teológico-político*, 6ª ed., Porrúa, México, 1998.
- Fenichel Pitkin, Hanna. *El concepto de la representación*, trad. de Ricardo Montoro Romero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

- Fernández Santillán, José. *Filosofía política de la democracia*, Fontamara, México, 2006, p. 13.
- Hauriou, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de José Antonio González Casanova, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1980.
- Hierro, José Luis del. "Legitimidad y legalidad", en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, marzo-agosto de 2013, pp. 179-186. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2103/1036>, [23 de marzo de 2023].
- IEEM, Instituto Electoral del Estado de México. "Análisis Estadístico de los Resultados de la Elección de Gobernador del Estado de México, Proceso Electoral 2016-2017". Disponible en <chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglefindmkaj/https://www.ieem.org.mx/organizacion/estadistico/proele/2017.pdf>, [08 de noviembre de 2023].
- Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1983.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie G: Estudios Doctrinales, México, 1982.
- Legaz Lacambra, Luis. *Legalidad y legitimidad, Revista de Estudios Políticos*, núm. 101, 1958, pp. 5-24. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/144070>, [23 de marzo de 2023].
- Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*, estudio preliminar y traducción por Armando Carlini, Porrúa, México, 2003.
- Pina Vara, Rafael de. *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 2004.
- Real Academia Española. "Sufragio", en *Diccionario de la lengua española*. Disponible en <https://dle.rae.es/sufragio?m=form&m=form&wq=sufragio>, [8 de noviembre de 2023].
- Recaséns Siches, Luis. *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Porrúa, México, 1980.
- Rodríguez Pedraza, Yunitzilim. "Legitimidad del poder público en México en la actualidad", *Prospectiva Jurídica*, México, UAEMEX, núm. 13, año 7, enero-junio 2016, pp. 23-34. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6222493>, [23 de marzo de 2023].

- Rúa Delgado, Carlos. "La legitimidad en el ejercicio del poder político en el estado social de derecho. una revisión desde el caso colombiano", *Ius et Praxis*, vol. 19, núm. 2, 2013, pp. 85-121, Universidad de Talca, Talca, Chile. Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19729337004>, [23 de marzo de 2023].
- San Agustín. *La Ciudad de Dios*, Porrúa, México, 1984 (Colecc. Sepan Cuantos, núm. 59).
- Serra Rojas, Andrés. *Ciencia Política*, Porrúa, México, 1991.
- Sieyes, Emmanuel J., *¿Qué es el tercer Estado?*, UNAM, México.
- Silva Herzog Márquez, Jesús J. *Las esferas de la democracia*, 3ª ed., INE, México, 2001.
- Spinoza, Baruch. *Tratado teológico-político*, 6ª ed., Porrúa, México, 1998.
- Tena, Felipe. *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 2000.
- Weber, Max, *Economía y sociedad*, 2ª ed., FCE, México, 1999.

V. Cultura de la legalidad. Una vacuna contra la corrupción en México

Enrique Víctor Manuel Vega Gómez¹

La tarea más urgente, de cara al nuevo milenio, consiste en que “[...] los hombres y las mujeres vuelvan a los grandes proyectos de edificar una sociedad mejor, más justa y más viable [...]”.

Eric Hobsbawm

Introducción

¿Cómo hacer de esta sociedad una más justa y viable?, ¿podríamos aspirar a ese tipo de sociedad, si las personas respetáramos la ley?; y, quizá, la respuesta es, sin duda, que el primer paso debería ser que todos conocieran la ley, es decir, partir de la afirmación de que el adecuado entendimiento y difusión de nuestras disposiciones jurídicas contribuye a fortalecer el orden social de un Estado.

Aproximación a la teoría de la justicia, de Jonh Rawls

Se propone hacer un acercamiento a la teoría de la justicia de Jonh Rawls, filósofo estadounidense, profesor de filosofía política en la Universidad de Harvard, quien busca generalizar y llevar la visión tradicional del contrato social, la cual está representada por Locke, Rousseau y Kant, a un grado más

¹ Catedrático y exdirector de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

elevado de abstracción y ofrecer otra explicación sistemática de la justicia, describe el papel que tiene la justicia en la cooperación social y explica que el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad.

Para este ejercicio de análisis, en primer lugar, se presta atención al sentido de justicia, que, de acuerdo con este autor de la teoría es “[...] la capacidad moral que tenemos para juzgar cosas como justas, apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo.”² Ello, en función de las experiencias previas que cada individuo ha ido desarrollando y que le permite esa capacidad de discernimiento entre lo justo de lo injusto. Pero esto, de ninguna manera garantiza que la persona decida por la vía de la justicia.

Desde esta visión teórica, la sociedad “[...] es entendida como un sistema cooperativo en el cual cada integrante aporta y recibe beneficios de distintas formas (recursos, servicios, bienes, habilidades)”³ pero que se caracteriza por la existencia del conflicto, así como por la identidad de intereses, toda vez que

[...] hay una identidad de intereses puesto que la cooperación social hace posible para todos, una vida mejor de la que pudiera tener cada uno si viviera únicamente de sus propios esfuerzos. Hay un conflicto de intereses puesto que las personas no son indiferentes respecto a cómo han de distribuirse los mayores beneficios producidos por su colaboración, ya que con objeto de perseguir sus fines cada una de ellas prefiere una participación mayor a una menor.⁴

² José Francisco Caballero, “La teoría de justicia de John Rawls”, p. 5.

³ Emilio Martínez Navarro, *El pensamiento de John Rawls*, p. 5.

⁴ John Rawls, *Teoría de la justicia*, p.18.

Vinculado con lo anterior, la justicia constituye el rasgo fundamental de una asociación humana bien ordenada, de donde resulta ser la primera virtud de las instituciones sociales, según el pensamiento de Rawls, cuyo “[...] objeto primario es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social”.⁵ Entendiendo por grandes instituciones la *Constitución Política* y las principales disposiciones económicas y sociales.

De tal suerte que, desde este enfoque epistémico, la justicia se define por el papel de los principios que asignan los derechos y deberes fundamentales, de acuerdo con las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad. Las personas habrán de decidir, mediante la reflexión racional, cómo regular sus pretensiones, lo que para ellas será justo o injusto; es decir, contractualmente hacer la elección de sus principios de la justicia, ejercicio que se considera altamente complejo.

El problema de escoger los mejores principios para la sociedad no significa dejar de elegir lo mejor para los propios individuos. Pero ¿cuál es la base con la cual contamos en la posición original para realizar cálculos que nos lleven a una elección que redunde en ventaja nuestra?

Rawls habla de unos bienes sociales primarios como de aquellos bienes que se presume que todo ser racional desee, cualquiera que sea su plan racional de vida. Entre ellos figuran derechos, libertades, oportunidades, ingresos, riqueza, y el autorrespeto. Esos bienes son el denominador común en el cual puede basarse

⁵ John Rawls, *op. cit.*, p. 18.

la escogencia en la posición original, sin que ninguno de los participantes sea tratado injustamente.⁶

Al cuestionar “¿qué es lo que hace justa o legítima a una sociedad? es posible afirmar, que la posición original, porque a través de ésta se asegura que los acuerdos fundamentales alcanzados en ella sean imparciales”,⁷ en palabras de Hurtado Castrillón. Ahora bien, el vínculo que establece Rawls entre los principios de justicia elegidos en la posición original y las instituciones justas, los sintetiza en forma metódica en cuatro estadios o pasos:

1. El primer paso describe la elección de los principios desde el velo de la ignorancia; es decir, bajo esa condición en la que nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología.⁸
2. El segundo punto está destinado a que las partes que participan de la posición original se reúnan y decidan sobre la justicia de las formas políticas, como también elijan una constitución, en que se aclaran los derechos y libertades básicos.

⁶ José Francisco Caballero, *op. cit.*, p. 7.

⁷ Luisa Fernanda Hurtado Castrillón. “El concepto de justicia en Rawls...”, en *Revista Jurídica Alaríoi D’Filipo VII*, p. 6.

⁸ John Rawls, *op. cit.*, p. 134.

3. El tercer paso está destinado a establecer leyes que afecten a la estructura económica y social de la sociedad.
4. En el cuarto estadio ocurre la aplicación de las reglas por parte de los jueces y demás funcionarios, previamente a través de una comprensión plena de la estructura básica de la sociedad.

Con la referencia teórica se propone realizar un ejercicio de equilibrio reflexivo, es decir, continuando con la visión de Rawls, la búsqueda de la descripción más favorecida para la comprensión de la cultura de la legalidad.

La cultura de la legalidad desde el equilibrio reflexivo, de Rawls

La palabra *cultura* pertenece al verbo latino *colo, colere, cultum*, que significa 'cultivar'. Cicerón utilizó la palabra *cultura* en el sentido de educación espiritual. Etimológicamente significa 'educación, formación, desarrollo o perfeccionamiento de las facultades intelectuales y morales del hombre'.

La legalidad, por su lado, es considerada uno de los conceptos puros, apriorísticos y fundamentales, en cuanto integra la estructura ontológica de todo ordenamiento jurídico y que, en sentido general, significa la existencia de las leyes y conformidad a éstas de los actos de quienes a ellas están sometidos.

También ha sido apreciada como un valor fundamental de la democracia, porque garantiza a la ciudadanía el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

El respeto a la legalidad no es espontáneo; tiene su origen en la cultura de las sociedades. De ahí su importancia para cimentar el arraigo en las leyes para que las personas que la conforman las acepten y tomen como suyas, como criterios para orientar su actuar cotidiano, en un marco de respeto a la dignidad, la libertad y la igualdad.⁹

Ya desde 1758, el barón de Montesquieu ponía en relieve la interrelación entre la ley y la cultura en su obra *De L'Esprit des Lois*. No obstante, si bien se reconoce que la cultura tendría que desempeñar un papel importante en la comprensión y estudios comparativos en la investigación jurídica, aún los especialistas no han logrado un acuerdo para definir cómo entender la cultura de la legalidad.

La concepción de ésta tiene un amplio uso en la actualidad, desde los ámbitos científico y académico hasta las más coloquiales conversaciones cotidianas. Sin embargo, en la opinión de la mayoría de los doctrinarios, se ha generalizado el término para describir el fenómeno de aproximación de las personas a la ley.

El término *cultura de la legalidad* se introdujo a finales de los años sesenta por Lawrence Friedman, quien define la cultura jurídica como: “el conocimiento público sobre el Derecho, así como actitudes y patrones de comportamiento respecto de este. Es decir, lo que las personas piensan de la ley y los abogados del sistema legal, lo que significan las opiniones y expectativas en referencia a dicho sistema.”¹⁰

⁹ Pedro Salazar Ugarte, *Democracia y cultura de la legalidad*, p. 16.

¹⁰ Julia Isabel Flores Dávila, *Cultura de la legalidad e instituciones en México*, p. 164. Cfr. Lawrence Friedman y Harry Schreiber (eds.). *Legal Culture and the Legal Profession*,

Otros estudiosos sostienen que la cultura de la legalidad también puede entenderse como un proyecto y un movimiento. Como proyecto, en el sentido de representar en perspectiva algo que se considera importante y que, en consecuencia, se pretende ejecutar en forma de principios y prácticas. Como un movimiento porque implica el desarrollo y propagación de una tendencia política, social y jurídica de carácter innovadora. “En este proyecto y en este movimiento concurren, en diversos sentidos, varias fuerzas que adoptan la forma de instituciones, procesos, estructuras y valores, en cuyo vigor participan dimensiones de legitimidad, condiciones de legalidad y perspectivas en torno a la cultura.”¹¹

Otros autores como Marco Antonio Cortés Guardado consideran a la cultura de la legalidad como: “[...] el conjunto de representaciones sociales acerca de la ley, combinadas con alguna noción de la justicia, valoración y legitimidad de las instituciones encargadas de velar por la observancia y respeto al orden jurídico”.¹²

A este bagaje de conceptos, se suma otro, con una acentuación más ciudadana, el que brinda el doctor Gerardo Laveaga, para quien la cultura de la legalidad consiste en “el conocimiento que un pueblo tiene de su derecho, así como los esfuerzos que hacen los grupos y facciones —principalmente el gobierno— para difundir o no difundir tal conocimiento, las variables del proceso mediante el que un pueblo acata las normas que lo rigen, los efectos concretos que este ejercicio tiene en la sociedad civil y los límites a que se circunscribe”.¹³

Boulder, Westview Press, 1996.

¹¹ Isabel Wences y Rosa Conde, *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*, p. 17.

¹² Marco Antonio Cortés Guajardo, “Cultura de la legalidad en México”, p. 42.

¹³ Gerardo Laveaga, *La cultura de la legalidad en México*, p. 20.

Ahora bien, para buscar el equilibrio reflexivo que propone Rawls, es necesario considerar que dentro de toda sociedad se producen conflictos de interés entre sus miembros, por lo cual, es indispensable construir principios de justicia, bajo consenso. ¿Por qué la justicia?, porque desde este abordaje teórico, Rawls la considera la primera virtud de la convivencia social, ya que la armonía democrática implica que las instituciones o leyes, que son injustas, deben ser abolidas o reformadas.¹⁴

Según Rawls:

Cuando públicamente se sabe que la estructura básica de la sociedad satisface sus principios por un periodo largo, las personas que se encuentran sujetas a acuerdos tienden a desarrollar un deseo de actuar conforme a estos principios y cumplir con las tareas en las instituciones que los ejemplifican. Una concepción de justicia es estable cuando el reconocimiento público de su realización en el sistema social tiende a producir el correspondiente sentido de justicia.¹⁵

La cultura de la legalidad es un componente indispensable de la vida de cualquier sociedad democrática, que deriva del deber moral de todos los ciudadanos, para asumir una perspectiva discursiva del uso público de la razón, donde la justicia se convierte en el sujeto fundamental de la democracia constitucional, porque esta última parte permite determinar el contenido de la constitución, de la ley y de su práctica administrativa, con la condición de que deben asegurar una situación de igualdad, de libertad y de seguridad.

¹⁴ Konh Wachter, p. 180.

¹⁵ Carlos Konh Wachter. "Los fundamentos de la democracia liberal según John Rawls", p. 180. *Cfr.* John Rawls, *Teoría de la justicia*, p. 28.

Esta concepción teórica permite apreciar cómo la sociedad democrática adquiere la capacidad de generar obligación moral, ante la constante necesidad de dirimir los conflictos por medio de procedimientos constitucionales que tengan la aprobación mayoritaria de ciudadanos dispuestos a argumentar acerca de sus intereses.

Al respecto y focalizando estos conceptos a nuestro entorno, la Encuesta Nacional de Cultura Cívica 2020, presentada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) señaló lo siguiente:

[...] para la población de 15 años y más, a nivel nacional, la característica que mejor describe a un ciudadano es tener responsabilidades, con 36.3 %. Le siguen las opciones tener derechos, con 29.4 %; votar, con 10.3%; tener educación política, con 8.6 % y, finalmente, pertenecer a un país y cumplir 18 años con 7.3 % y 4.3 %, respectivamente [...].

También destaca que el 88.7 % de la población de 15 años y más, está de acuerdo en que para gobernar un país se necesita tener un gobierno en donde todos participen en la toma de decisiones [...].

A nivel nacional, 49.5 % de la población de 15 años y más señaló que las personas pueden pedir que se cambien las leyes si estas no les parecen. En cambio, 27.7 % de la población consideró que las personas deben obedecer siempre las leyes, aunque sean injustas y 16.8 % opinó que las personas pueden desobedecer la ley si esta es injusta.

El 54.2 % de la población de 15 años y más considera que es posible disminuir la corrupción en México.¹⁶

¹⁶ INEGI. "Estadística a propósito del Día Internacional contra la Corrupción" [en línea].

Los datos muestran la necesidad de reflexionar en torno a la cultura de la legalidad y la justicia, para convertirlos en conceptos asequibles a la sociedad en general, y derivado de ese conocimiento, se logre la obediencia a la norma, así como el compromiso de la ciudadanía por preservarla, defenderla y participar en su evolución para un sistema de mayor justicia.

Para llegar a este objetivo, se debe asumir la realidad con sus peculiaridades e insuficiencias en la materia, es decir, conocer los problemas reales de la población (los conflictos de intereses) para dar cumplimiento con las leyes; también permiten conocer los vicios y deficiencias de las instituciones encargadas de velar por su observancia y cumplimiento; entonces comprender fenómenos como la corrupción. Rawls sostiene que, cuando en la sociedad los individuos dejan de reconocerse como “hombres libres e iguales”, la sociedad se derrumba por la desconfianza y el resentimiento.

Al respecto, otras cifras de relevancia presentadas en la *Encuesta Nacional de Cultura Cívica 2020 (ENCUCI)*¹⁷ sostienen lo siguiente:

En una escala de cero (nada) a 10 (completamente), 62.1 % de la población de 15 años y más califica entre ocho y diez la confianza que tiene en la mayoría de las personas que conoce personalmente; mientras que 32.1 % otorga este mismo nivel de confianza a las personas que viven en su colonia o localidad. El nivel de confianza disminuye cuando se pregunta sobre la mayoría de las personas (21.8 %) y servidores públicos o empleados de gobierno (13.8 %).

¹⁷ INEGI. *Encuesta Nacional de Cultura Cívica 2020 (ENCUCI)*. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/encuci/2020/>

Las organizaciones a las que la población de 15 años y más les tiene mucha confianza son las universidades públicas con 25.9 %, seguidas de los sacerdotes con 16 % y los medios de comunicación con 11.2 %. El 71.7 % de la población de 15 años y más considera que tanto el gobierno como los individuos son los principales responsables de que todas las personas tengan cubiertas sus necesidades básicas.¹⁸

De ahí que el estudio y análisis de principios promuevan la libertad y la igualdad, así la edificación de instituciones asegure el bienestar de una sociedad bien ordenada y que promueva la erradicación de fenómenos sociales como la corrupción para que el tema sea una preocupación de primer orden en México.

Corrupción, una preocupación de primer orden para México

Desde la propuesta rawlsiana se analizan algunos problemas en torno a la participación porque, en primer lugar, para esta visión teórica se privilegia la obediencia a la ley; sólo en casos de abierta injusticia son legítimas, aunque no legales, la objeción de conciencia y la desobediencia civil.

En este apartado se reflexiona acerca de la corrupción, considerada uno de los principales problemas que enfrentamos como sociedad, una patología del comportamiento de las y los políticos, de las personas servidoras públicas, de empresarias y empresarios; un problema público y privado; también, un asunto cultural; incluso, hay quienes la comparan con una

¹⁸ INEGI-INE. Disponible en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/ENCUCI20_Nal.pdf

enfermedad: se suele decir que “es un cáncer” en sentido metafórico.¹⁹ En relación con esto, la palabra *corrupción* proviene del latín *corruptio* y se relaciona con los términos *infectio*, *contaminatio* y *depravatio*. Es decir, la presencia de agentes negativos en un entorno sano.

Para la Real Academia de la Lengua Española, uno de los significados es el “deterioro de valores, usos o costumbres”.²⁰ Así, referir un concepto unívoco de la corrupción resulta imposible; es tan amplio que su significado muchas veces es usado para describir situaciones diversas.

La corrupción ha sido vista como un tema prioritario en la agenda internacional y desde los años setenta se ha generado una extensa línea de investigación que ha permitido discutir el concepto en sí mismo, la forma de medición, sus determinantes y sus consecuencias. No existe una definición única, abarcadora y completamente aceptada de corrupción. Hasta el año 2012, la organización Transparencia Internacional la definió como “el abuso del poder público para obtener un beneficio personal/privado”. A partir de 2013, la concepción cambió y se definió como “el abuso del poder confiado para beneficio privado”.²¹

Los dos elementos asociados al fenómeno de la corrupción son la ilegalidad y la norma social, vistos como el aprovechamiento u obtención de beneficios indebidos.

Desafortunadamente y de acuerdo con los niveles percibidos de corrupción en el sector público en 180 países

¹⁹ Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción. Combate y control de la corrupción en el servicio público con enfoque presupuestal.

²⁰ RAE. La palabra *corrupción*. *Diccionario de la lengua española*. Disponible en <https://dle.rae.es/corrupti%C3%B3n>

²¹ Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, *Combate y control de la corrupción en el servicio público con enfoque presupuestal*, p. 5.

de todo el mundo en 2021, México fue evaluado con 31 puntos, que nos colocan a la par de países como Gabón, Nigeria y Papúa Nueva Guinea, seguidos por Azerbaiyán.²²

De acuerdo con Merino, la corrupción mexicana tiene largas raíces en la cultura política del país y, en consecuencia, en su aceptación como práctica cotidiana. Es decir, los actos de corrupción no sólo son tolerados por buena parte de la sociedad, sino que son reproducidos de manera sistemática. Entonces [...], no son episodios aislados ni excepcionales, sino que forman parte de las relaciones cotidianas.²³

En el ámbito nacional, la ENCUCI, presentada por el INEGI, señaló que 54.6% de las personas de 15 años y más reconoció a la corrupción como uno de los tres problemas más importantes que enfrentó el país en 2020; así también refiere que de 2013 a 2020 se observa un aumento sostenido de la prevalencia de corrupción que vivieron las personas y para el caso de las empresas víctimas de corrupción, el nivel se ha mantenido respecto a 2016. Las entidades consideradas con mayor probabilidad de corrupción son Durango, Ciudad de México, y Quintana Roo.

Es importante enfatizar los costos que, de acuerdo con este estudio en 2019, la población en México pagó por causa de la corrupción, 12 mil 769.7 millones de pesos, 64.1% más que en 2017; lo que en términos per cápita, cada persona víctima de corrupción erogó 3 mil 822 pesos en promedio (mil 372 pesos más por persona afectada respecto a lo estimado en 2017). Por el contrario, entre 2016 y 2020 se observó una

²² Transparency International the Global Coalition Against Corruption, Transparency International, p. 30. [en línea].

²³ Mauricio Merino Huerta. *México: la batalla contra la corrupción*. Wilson Center. México 2015. pp. 3 y 4; Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción. *Combate y control de la corrupción en el servicio público con enfoque presupuestal*.

disminución de casi 50% en el monto promedio que las empresas erogaron por actos de corrupción.²⁴

Por lo que esta problemática social se ha considerado como uno de los mayores desafíos que enfrenta México, pues, de acuerdo con el informe de 2017 del Foro Económico Mundial, el factor de mayor trascendencia para hacer negocios en México es la corrupción, seguida por el crimen y la delincuencia.²⁵

Ante ese escenario, para dar cumplimiento con la *Agenda 2030*, que se creó en 2015, se ofrece dar una oportunidad a que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino con el que mejorar la vida de todos, sin dejar a nadie atrás y, en relación con el tema que nos ocupa, el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) número 16, “La Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”, que establece como una de sus metas “reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas”,²⁶ por lo que se buscó generar un marco normativo que impulsará esfuerzos institucionales, a través de la transparencia y rendición de cuentas, como mecanismos para fortalecer la confianza de los ciudadanos en las instituciones en aras de la legalidad. Es decir, términos de la teoría rawlsiana se formularon en un conjunto de principios de justicia social, que proporcionan un modo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social.²⁷

²⁴ INEGI. “Estadísticas a propósito del Día Internacional contra la Corrupción”. Disponible en [chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_Corrupcion2021.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_Corrupcion2021.pdf)

²⁵ WEF, *The Global Competitiveness Report*, p. 30.

²⁶ ONU. “Objetivos de Desarrollo Sostenible”. Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

²⁷ John Rawls, *Teoría de la justicia*, p. 18.

Se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 27 de mayo de 2015, las reformas constitucionales a 14 artículos (22, 28, 41, 73, 74, 76, 79, 104, 108, 109, 113, 114, 116 y 122) en materia de anticorrupción; y el 18 de julio de 2016, se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación*, las leyes secundarias, que crean al Sistema Nacional Anticorrupción, resaltando la *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción*, que en su artículo 1º establece que

es de orden público, de observancia general en todo el territorio nacional y que tiene por objeto establecer las bases de coordinación entre la federación, las entidades federativas, los municipios y las alcaldías de la CDMX, para el funcionamiento del Sistema Nacional, previsto en el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que las autoridades competentes prevengan, investiguen y sancionen las faltas administrativas y los hechos de corrupción.²⁸

Lo anterior evidencia que el combate a la corrupción en México se convierta en una labor imprescindible, para afianzar la democracia en el desarrollo de las instituciones, el bienestar de la economía y, sobre todo, en la participación ciudadana que busca rehacer el Estado de Derecho, mediante la construcción de una sociedad pacífica.

Dentro de esta tópic, se pretende dar una mirada hacia el Poder Judicial del Estado de México, el cual, en el *Plan Estratégico 2020-2025*, asume con responsabilidad los compromisos y retos que habrán de cumplirse en los próximos años, con el firme propósito de garantizar el

²⁸ Cámara de Diputados, Congreso de la Unión. "Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción", en *Diario Oficial de la Federación*; 18 de mayo de 2016; última reforma 20 de mayo de 2021. p. 1. Disponible en <https://acortar.link/JNy7bQ>

derecho humano de acceso a la justicia; de conformidad con las atribuciones y obligaciones que confiere la ley, mediante un enfoque de humanismo, inclusión, transparencia, ética y perspectiva de género, aprovechando la enorme potencialidad del Sistema Judicial, reconociendo la calidad del servicio de la justicia y el uso de los medios digitales, cuyo propósito es colocar a la entidad como uno de los sistemas judiciales más innovadores, dinámicos y modernos del país, incluyendo como una de sus políticas “La de Antisoborno”, que compromete a la institución a desempeñar la función de administración e impartición de justicia con honestidad, integridad, responsabilidad y honradez.²⁹ Al respecto, el Poder Judicial del Estado de México mantiene firme su postura de combate a la corrupción, a cualquiera que atente indebidamente hacia los justiciables, y con ello dañe la imagen de la institución por acciones que vayan en contra de las normas y la ética.

En congruencia con lo anterior, por acuerdo del Pleno del Consejo de la Judicatura del Estado de México, se aprobó la Política de Integridad del Poder Judicial del Estado del México, así como diversos instrumentos, con el propósito de desarrollar y difundir el programa de sensibilización en materia de transparencia y rendición de cuentas e integridad; así como implementar políticas públicas que, en materia de prevención, control, sanción, disuasión y combate a la corrupción, establezca el Sistema Anticorrupción; que derivan de la estrategia de contar con una institución incluyente, íntegra y honesta, cuyo eje rector III es el de generar confianza en la justicia.

²⁹ Poder Judicial del Estado de México. *Plan Estratégico 2020-2025*. Disponible en <chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.pjedomex.gob.mx/archivos/archivo59.pdf>

En esa tesitura, se construye una política de integridad, con una visión de la ética pública, constituida de principios, valores y reglas de integridad, asequibles, observables y apropiables, en concordancia con la misión y la visión del Poder Judicial del Estado de México. “Impartir justicia como garante del Bienestar Social y del Estado de Derecho en la entidad”, así como “ser el Poder Judicial con mayor credibilidad, confianza y reconocimiento social a través de la excelencia en la impartición de justicia y la constante innovación, en un marco de humanismo y bienestar de sus colaboradores judiciales”.³⁰

De acuerdo con lo anterior, se aprecia que la mayor pretensión es que las y los servidores públicos judiciales participen y se apropien de manera voluntaria de estos principios, es decir, de los valores y reglas de integridad, con la firme intención de fortalecer la credibilidad, confianza y reconocimiento de la sociedad en sus autoridades.

Desde la óptica de las y los juristas mexiquenses (como embajadores de la cultura de la legalidad), resulta claro que desempeñan un papel fundamental en la formación de una sociedad cimentada en el respeto a la justicia, porque su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco de lo jurídico. En un Estado de Derecho, las y los profesionales del Derecho son indispensables para lograr el cumplimiento de la justicia.

³⁰ *Idem.*

Una sociedad justa y la suma de voluntades

Para Rawls, es posible

una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, quienes permanecen profundamente divididos por doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales, debido a que existe un procedimiento de naturaleza contractualista en el cual conviven una serie de individuos sobre los cuales ha caído un grueso velo de ignorancia situándolos en una posición original donde nadie sabe quién es [...].³¹

Pero logran mantener su capacidad de razonar respecto a su economía y condición social y mediante un contrato social hipotético; de modo que establecerán la estructura de la sociedad en que vivirán y como consecuencia los principios de justicia que regirán su vida social.

De tal manera que, en una sociedad bien ordenada en la que las relaciones “[...] se extienden tanto a las personas como a las formas sociales, y en la que no podemos elegir quién será el que ha de perder a causa de nuestras infracciones, hay sólidas bases para conservar el propio sentido de la justicia”.³²

En esta concatenación de elementos epistémicos, converge la cultura de la legalidad, que aprecia la suma de voluntades, de gobernantes y la ciudadanía, que está demandando reencauzar la dinámica social por las rutas de la legalidad, como una condición para restituir la certidumbre y la seguridad en un nuevo contexto de convivencia. De ahí que, para alcanzar la transición democrática, México necesita urgentemente que la población y sus autoridades se conciban como corresponsables y actúen en conjunto, como

³¹ José Francisco Caballero. “La teoría de la justicia de John Rawls”, p. 10.

³² John Rawls. *Teoría de la justicia*, p. 515.

refiere Rawls, otorgando cumplimiento a este contrato social hipotético, donde la participación en la vida de una sociedad bien ordenada es un gran bien.

La cultura de la legalidad no se agota con el conocimiento de la ley, sino que requiere de un proceso de conciencia, tanto personal como colectivo, tanto en valores, como en información, conocimientos, prácticas, actitudes y habilidades en relación con el cumplimiento de la ley.

Al respecto, la teoría que soporta esta reflexión considera necesario afirmar nuestro sentimiento de justicia, asumirlo como nuestro, para entonces profesarle lealtad, ya que lo que une “[...] los esfuerzos de una sociedad en una sola unión social es el colectivo reconocimiento y la aceptación de los principios de la justicia”.³³

Por ello, es comprensible que la ciudadanía exija respuestas y solicite apertura y sensibilidad de las instituciones del sistema de justicia, no solamente en cuanto a los avances tecnológicos; sino también respecto a la actitud y fortalecimiento de aptitudes y capacidades profesionales, humanas y esencialmente, de profundas convicciones ontológicas.

Depende de lo anterior modificar el sentimiento escéptico de la ciudadanía respecto de sus autoridades, que la gente crea y sienta la confianza, en las instituciones. Así, con base en la teoría de la justicia, es posible afirmar que, cuando alguien tiene verdaderas creencias y una correcta comprensión de la teoría de la justicia, estos dos deseos le impulsan en el mismo sentido.

Una parte importante de la población considera a la observancia efectiva de la ley como un imperativo funcional inaplazable y advierten como una necesidad impostergable

³³ John Rawls, *op. cit.*, p. 516.

propiciar esa confianza generalizada en sus gobiernos, como un elemento imprescindible para recomponer el tejido social y cerrarles el camino a los brotes de incivilidad cada vez más alarmantes; siendo una herramienta para lograrlo sin duda, la cultura de la paz, considerada como la deslegitimación de la violencia; porque la paz es un proceso que implica una forma de relación de los seres humanos entre sí y a través de las distintas formas de organización social que excluye la violencia en todas sus manifestaciones.

De igual forma “[...] consiste en una serie de valores, actitudes y comportamientos que rechazan la violencia y previenen los conflictos; tratando de atacar sus causas para solucionar los problemas mediante el diálogo y la negociación entre las personas y las naciones [...]”.³⁴

En términos rawlsianos la ciudadanía justa debe proteger la constitución y tienen la posibilidad de obligar a las y los intolerantes a respetar la libertad de las y los demás, “[...] ya que toda persona debe respetar los derechos establecidos por los principios que reconocerían en la posición original. Pero, cuando la constitución en sí misma es segura, no hay razón para negar la libertad a los intolerantes”.³⁵

En este sentido, para analizar la cultura de la paz, se necesitan fomentar valores empáticos en crear una cultura de la legalidad, para alcanzar, como consecuencia de ello una paz duradera, al reconocer reglas mínimas de convivencia para que una sociedad pueda funcionar, como lo diría Mack “[...] el reconocer que nuestra acción está supeditada por estas normas legales es un elemento indispensable para la consolidación de la cultura de paz; en ese sentido, cultura de

³⁴ Grupo Parlamentario de Morena. *Iniciativa que expide la Ley General para la Cultura de la Paz y Reconciliación*. Disponible en <https://acortar.link/WOy9NJ>

³⁵ John Rawls. *Teoría de la justicia*, p. 208.

paz y cultura de legalidad son dos componentes indispensables de consolidación”³⁶ en una sociedad en armonía.

Ahora bien, dichos valores se deben vivenciar con una convicción tal, que no se impongan como dogmas obligatorios que conllevaría a una imposición, pues la plena vigencia del Estado de Derecho no implica simplemente el cumplimiento de cualquier sistema de leyes; se trata más bien de asimilar, un aprendizaje emotivo, en el que la ciudadanía tenga apego a una vida digna, en el sentido del respeto hacia sí mismo y a los demás; sin dejar de reconocer el pluralismo propio de las sociedades contemporáneas.

De lo contrario, cuando el marco legal no puede darnos la seguridad en contra de los comportamientos oportunistas —rodeados de corrupción e la impunidad—, el resultado es una situación parecida a la descrita por Hobbes, es decir, tiende a imponer la “ley” del más fuerte.

Conclusiones

Para consolidar la paz, hay que rechazar sistemáticamente los métodos violentos, y trabajar para que el entorno institucional y el entramado de normas jurídicas del Estado de Derecho sea cada vez más perfecto; adecuado a la realidad y a las aspiraciones de la mayoría de la población. Además, se requiere trabajar permanentemente para fortalecer y modificar, en su caso, la acción de las instituciones, para que cumplan su función.

Ya lo expresó con gran convicción don Benito Juárez García, la base de la cultura de paz es el respeto al otro: *Entre*

³⁶ L. F. Mack. “Cultura de la legalidad y cultura de la paz: el círculo virtuoso de la democracia”, p. 11

los individuos, como entre las Naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz.

Es imprescindible comprender que la cultura de la legalidad es una responsabilidad de todos sin excepción y sin distinción de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o índole que atente contra la dignidad humana.

Dicha responsabilidad debe defenderse desde los tres órdenes de gobierno Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en todas las instancias y sectores de la sociedad como los siguientes:

- a) En el sector público. A través de los planes, programas y políticas públicas, particularmente la educativa, para que desde el primer inicio de formación los niños puedan ir abrevando el respeto a sus semejantes y, por ende, a la sociedad. Y dicha línea de educación permee en todos los niveles.

En ese sentido, es de resaltar labor del Poder Legislativo, que busca poner al alcance de la ciudadanía los ordenamientos jurídicos para su conocimiento gratuito e inmediato.

- b) En el sector privado. Quienes se desarrollan en éste igualmente están obligados igualmente a implementar programas de cultura de la legalidad.
- c) En el sector social. Hago referencia a la sociedad misma, acaso el más importante es el núcleo familiar, por ser la esencia de la formación de los niños

y jóvenes en el desarrollo de sus capacidades y valores.

En consecuencia, de todo lo ya mencionado, se requiere consciencia y voluntad de todos para cumplir lo que toca a cada uno, de acuerdo con las normas dadas por la propia ciudadanía a través de las legislaturas locales y el Congreso de la Unión.

Lo cierto es que, aunque parezca utopía, mientras no exista una coparticipación y consciencia plena del respeto que nos debemos entre congéneres, estará muy distante de alcanzar la vida en paz y armonía que anhelamos, y que cada día se siente más lejana e imposible.

La cultura de la legalidad y paz es cuestión de todas y todos los seres humanos que debe tener como premisa a un razonamiento profundo si queremos vivir y convivir en un entorno más seguro, más equilibrado, donde el respeto, el orden, la disciplina, la prudencia y la inteligencia sean los factores de supervivencia. Si no se hace pronto, dicho anhelo continuará siendo sólo un fantasioso propósito, mientras que el temor, el miedo y la violencia seguirán incrementándose en perjuicio de las vidas y la tranquilidad de nuestras familias.

Por último, es obligado sumar al escenario que se ha descrito la pandemia por Sars-Cov-2 y, ante ello, cabe repensar cómo tal epidemia fue el detonante de una crisis sistemática generalizada que ha impactado, como expresa Modesto Seara Vázquez:

[...] se ignoró el desmantelamiento evidente de las instituciones, la creciente incivilidad, la falta de respeto a las leyes por parte de quienes las violan y por quienes no cumplen con su obligación de imponer su cumplimiento, el surgimiento de oligopolios

tecnológicos que llevan a oligopolios económicos y acaban en oligopolios políticos, el agravamiento de la diferencia entre ricos y pobres, países y personas, tanto en la distribución de la riqueza como el ingreso, los movimientos migratorios masivos que no son un fenómeno transitorio al que hay que dar solución, sino una tendencia permanente que debe asimilarse, con todas sus consecuencias, el surgimiento o resurgimiento de fundamentalismos políticos y religiosos violentos, la extensión y consolidación de la delincuencia organizada por todo el planeta, la forma en que las sociedades se han ido acomodando a la violencia cotidiana.³⁷

Tal fenómeno ha provocado, como dijo Modesto Seara, la desestabilización de toda la vida social y lo frágil del tinglado institucional que a lo largo de muchos años se ha construido, rompiendo el paradigma de que las instituciones van a ser eternas; sin obtener la conclusión lógica a la que llevaría la experiencia de que las instituciones se han formado históricamente por el resultado de las fuerzas sociales, sin reflexión sobre su idoneidad; pero que son de carácter temporal y al cabo de un tiempo son sustituidas por otras.

En este momento, es clara la necesidad social de plantear el diseño de las instituciones que requiere la humanidad para afrontar estos desafíos, así como una transformación racional de la estructura y funcionamiento de la sociedad.

³⁷ Modesto Seara Vázquez. *Pandemia. La crisis catastrófica*, p. 15.

Fuentes de consulta

- Caballero, José Francisco. “La teoría de la justicia de John Rawls”, en *Voces y Contextos, Ibero Forum*, núm. 6. pp. 5-7, 2006. Disponible en chrome-extension://efaidnbnmnnnibpcajpcglcfindmkaj/https://ibero.mx/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf, [22 de septiembre de 2023].
- Cámara de Diputados, Congreso de la Unión. “Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción”, en *Diario Oficial de la Federación*; 18 de mayo de 2016; última reforma 20 de mayo de 2021. p. 1 Disponible en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA_200521.pdf, [22 de septiembre de 2023].
- Cortés, Guardado, Marco Antonio. “Cultura de la Legalidad en México: Creencias sobre la justicia, la ley y las instituciones”, en *Revista. Acta Republicana, Política y Sociedad*, 2006, p. 42. Disponible <http://148.202.18.157/sitios/publicacionesite/ppperiod/republicana/pdf/ActaRep05/4.pdf>, [22 de septiembre de 2023].
- Flores Dávila, Julia Isabel. *Cultura de la legalidad e instituciones en México: cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 4, Estudios políticos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2017. p. 164. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4321/14.pdf>, [23 de septiembre de 2022].
- Friedman, Lawrence. *Legal Culture and The Legal Profession*. Colorado, Estados Unidos de América, Westview Press, 1996.
- Grupo Parlamentario de Morena. *Iniciativa que expide la Ley General para la Cultura de Paz y Reconciliación*, 22 de septiembre de 2020. Disponible en http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/09/as_un_4073168_20200922_1600800291.pdf, [22 de septiembre de 2023].
- Hurtado Castrillón, Luisa Fernanda. “El concepto de justicia en Rawls: un análisis desde el contexto de la globalización de la sociedad posmoderna y la interpretación constitucional en Colombia”, en *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo VII*, vol. VII, núm. 14, julio-diciembre de 2015,

- pp. 54-71, s.f. Disponible en file:///Users/usuario/Downloads/Dialnet-El ConceptoDeJusticiaEnRawls-6731108.pdf, [23 de septiembre de 2022].
- INEGI-INE, Instituto Nacional de Estadística y Geografía-Instituto Nacional Electoral, "Presentan INEGI y el INE. Los resultados de la Encuesta Nacional de Cultura Cívica (Encuci), 2020. *Encuesta Nacional de Cultura Cívica 2020. Comunicado de Prensa 188/2021*. Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/ENCUCI20_Nal.pdf, [23 de septiembre de 2022].
- INEGI, Instituto Nacional de Estadística y Geografía. "Encuesta Nacional de Cultura Cívica (ENCUCI) 2020". Disponible en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encuci/2020/doc/ENCUCI_2020_Presentacion_Ejecutiva.pdf, [23 de septiembre de 2022].
- INEGI, Instituto Nacional de Estadística y Geografía. "Estadísticas a propósito del Día Internacional contra la Corrupción (9 de diciembre)". Disponible en <https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=6172>, [23 de septiembre de 2022].
- Konh Wachter, Carlos. "Los fundamentos de la democracia liberal según John Rawls", en *Bajo Palabra*, época II, núm. 27, p. 180, 2021. Disponible en https://revistas.uam.es/bajopalabra/article/view/bp2021_27_009, [23 de septiembre de 2022].
- Laveaga, Gerardo. *La cultura de la legalidad en México*. México, UNAM, p. 20, 2006.
- Mack, L. F. "Cultura de legalidad y cultura de paz: el círculo virtuoso de la democracia", en *Revista Política y Sociedad*, núm. 51. p. 11, 2014.
- Martínez, Navarro Emilio. *El pensamiento de John Rawls y la teoría de la justicia*. México, Centro de Formación Humana del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores del Oriente (ITESO), 2011.
- Merino Huerta, Mauricio. *México: la batalla contra la corrupción*. Wilson Center. México 2015. pp. 3 y 4
- ONU, Organización de Naciones Unidas. "Objetivos de Desarrollo Sostenible". Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>, [23 de septiembre de 2022].

- Poder Judicial del Estado de México. *Plan Estratégico 2020-2025*. Disponible en <https://www.pjedomex.gob.mx/archivos/archivo59.pdf>, [23 de septiembre de 2022].
- Rawls, Jonh. *Teoría de la justicia*. Cambridge, The Belknap Press of Harvard University. pp. 18, 134, 208, 515 y 516, 2006.
- Real Academia de la Lengua Española. (02 de diciembre de 2022). Obtenido de <https://www.rae.es/>
- Salazar Ugarte, Pedro. *Democracia y cultura de la legalidad*. p. 16. Disponible <https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2021/02/CDCD-25.pdf>, [23 de septiembre de 2022].
- Seara Vázquez, Modesto. *Pandemia. La crisis catastrófica*. México, Universidad del Mar Huatulco, p. 15, 2021.
- Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción. *Combate y control de la corrupción en el servicio público con enfoque preupuestral*. México, Sistema Nacional Anticorrupción. pp. 5-6, 2021.
- Transparency International the Global Coalition Against Corruption. *Transparency International*. Disponible en https://images.transparencycdn.org/images/CPI2021_Report_EN-web.pdf, [23 de septiembre de 2022].
- WEF, World Economic Forum. *The Global Competitiveness Report 2017–2018*. Disponible en <https://www3.weforum.org/docs/GCR20172018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017%E2%80%932018.pdf>, [23 de septiembre de 2022].
- Wences, Isabel y Rosa Conde y Adrián Bonilla (eds.). *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*, FLACSO. Disponible en <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/53745.pdf>, [23 de septiembre de 2022].

VI. Violencia digital y ciberacoso en el trabajo: un estudio desde la perspectiva del Derecho Español¹

Fernando de Vicente Pachés²

Cuestiones preliminares: breve aproximación a la violencia digital y ciberacoso en el trabajo

La violencia digital y ciberacoso en el trabajo debe conceptuarse como un riesgo laboral emergente de naturaleza psicosocial que se ha intensificado de forma significativa a raíz del impacto de la pandemia, el aumento del teletrabajo, el uso generalizado de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y sobre el que todavía existen numerosas incógnitas y confusión

¹ En materia de violencia digital y ciberacoso laboral en el Derecho Español, pueden consultarse, de este mismo autor, las siguientes publicaciones anteriores relacionadas con el contenido de este capítulo: *Cibercoso en el trabajo*, Atelier, Barcelona (2018); “El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (2020); “Ciberacoso: un nuevo fenómeno de violencia contra la mujer”, en *Actas X Seminario Estatal Isonomía contra la Violencia de Género Impactos tecnológicos: nuevas formas de violencias contra las mujeres y nuevas posibilidades de acción y prevención* (2016); “La protección jurídica y sancionadora frente al ciberacoso en el trabajo: situación actual y propuestas de mejora”, en *Anuario internacional sobre PRL y calidad de vida en el trabajo* (2019). La protección sancionadora frente al acoso moral en el trabajo. Nuevas perspectivas en un horizonte comparado (2019); “El ciberacoso a la mujer: una nueva realidad silenciada de violencia de género en el trabajo”, en *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías* (2021); “Ciberviolencia sexual de género en el trabajo y desconexión digital: medidas preventivas en la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual”, en *Límites a la conectividad permanente en el trabajo: salud y competitividad empresarial* (2023).

² Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.

en relación con la gestión y prevención de este tipo de riesgo en el ámbito de las relaciones laborales o de trabajo.

El *Informe de Riesgos Globales de 2020*, del Foro Económico Mundial, destaca la importante incidencia del ciberacoso en el trabajo como factor contribuyente a lesionar la privacidad de las personas trabajadoras, al que hay que añadir la problemática existente con la protección de datos y derechos digitales de éstos en el trabajo.

El objetivo de este capítulo es exponer en qué consiste la violencia digital y ciberacoso en el mundo del trabajo, fenómeno que en la actualidad recibe numerosas denominaciones: acoso digital o acoso virtual, acoso cibernético, acoso en red, acoso *on line*, acoso a través de TIC o dispositivos tecnológicos.

Tomaremos como referente normativo el *Convenio 190* de la Organización Mundial del Trabajo (OIT), norma internacional trascendental que reconoce expresamente el derecho de toda persona a un entorno de trabajo libre de violencia y acoso, quedando comprendidas las conductas de violencia y acoso realizadas por medio de las tecnologías de la información y comunicación.

El ciberacoso es un fenómeno que ha ampliado las formas de ejercer la violencia digital en las relaciones personales y profesionales. A ello, hay que sumar que el teletrabajo, en cuanto modalidad de trabajo a distancia, ha incrementado de forma considerable esta forma de acoso como consecuencia de la situación excepcional generada por la pandemia del COVID-19.

Los comportamientos violentos y agresivos, de forma lamentable, alcanzan todos los ámbitos sociales (hay violencia en la escuela, familia, política, religión, trabajo...) y, sin duda, esa violencia ha llegado también a la sociedad virtual o digital generado por las TIC, presentes de manera tan importante en

las relaciones personales pero cada vez más frecuentes en las relaciones de trabajo, donde el peso del trabajo telemático es cada vez mayor.

Asimismo, el fenómeno del ciberacoso en el trabajo se ha convertido, por desgracia, en una forma de ejercer la violencia sobre la mujer (de hecho, se ha acuñado el término de “ciberviolencia” laboral de género) —una violencia ejercida por las nuevas tecnologías— que está incrementándose de forma significativa y está obteniendo una tremenda repercusión mediática de este fenómeno, con frecuentes noticias aparecidas en los medios de comunicación —como el trágico suceso ocurrido en la empresa Iveco en España—, donde la divulgación de un video íntimo de contenido sexual de una trabajadora supuso su suicidio al no poder soportar las burlas y comentarios de sus compañeros de trabajo.

También hay casos recurrentes de la denominada venganza sentimental o “pornovenganza”, como es la difusión por parte de varones de videos íntimos de su expareja —compañera de trabajo— una vez terminada la relación afectiva entre ellos (*sexting*). Y otros numerosos casos, donde las féminas reciben, a través de la red insultos, burlas y humillaciones por el hecho de ser mujeres.

Esta nueva forma de violencia está invisibilizada o silenciada, parece como si este acoso en red o acoso digital fuera sólo un problema que afecta a menores y jóvenes, como si fuera un problema que sólo se produce en centros educativos, colegios, institutos o universidades; pero, poco o nada se habla y aborda el ciberacoso en el ámbito de las relaciones de trabajo, donde también existe, se produce y se sufre.

Se ha estudiado en profundidad o en mayor medida el ciberacoso a menores, pero el ciberacoso de adultos, y en el ámbito de las relaciones laborales es un mundo todavía

oculto, poco investigado y con ausencia de datos y de escasa información precisa al respecto.

Lo cierto es que el acoso, en sus múltiples formas, ha existido desde siempre, el maltrato, el hacer la vida imposible a alguien no es un tema nuevo, si bien ahora con la aparición y el uso masivo de Internet, las redes sociales y la telefonía móvil el acoso se introduce en una nueva dimensión, en un nuevo contexto, en un espacio virtual donde da la impresión que no existen límites, por la inmediatez de la difusión, por su universalidad en el sentido de la cantidad de personas a quien puede llegar, por la huella que se deja, por el aparente anonimato de la agresión.

Se ha producido como una mutación o evolución del acoso (laboral) a otro espacio, que no es otro que el espacio digital o virtual. Hemos pasado del acoso físico o presencial, al acoso en la red (*on line*), dos formas de acoso que no se excluyen y que, lamentablemente, conviven en la actualidad.

Las víctimas de ciberacoso son tanto hombres como mujeres, si bien en su mayoría lo padecen ellas en una proporción muy superior a la de los varones. Mientras que los varones principalmente son insultados o sufren amenazas en la red, las mujeres padecen agresiones de naturaleza sexual (ciberacoso sexual y ciberacoso por razón de sexo o sexista). Y existen más acosadores hombres que mujeres.

El acoso cibernético tiene lugar entre personas que tienen o han tenido alguna relación y se produce por motivos directa o indirectamente vinculados con la esfera afectiva. En alguna medida, el ciberacoso posee un importante componente emotivo como los celos, la envidia, el odio, la venganza, la incapacidad de aceptar un rechazo. La importancia del elemento emocional y afectivo en la definición del ciberacoso

permite establecer un vínculo entre la violencia de género y este tipo de prácticas o actos violentos de ciberacoso.³

Elementos constitutivos de la existencia de violencia y ciberacoso en el trabajo

La realidad es que todavía no hay una definición unánime o de consenso de ciberacoso o acoso cibernético en el trabajo, lo que induce a errores de regulación y gestión en el seno de las empresas; pero sí podemos describir los presupuestos o elementos que caracterizan al ciberacoso como tipo jurídico, para, de alguna manera, tratar de identificarlo o delimitarlo. No existe ninguna definición única de ciberacoso, o de acoso, que esté aceptada internacionalmente. En cambio, se sigue utilizando “ciberacoso” como término genérico para designar una serie de comportamientos agresivos que tienen lugar a través de las TIC.

Es importante partir de la idea de que la violencia digital supone diversas acciones intimidatorias a través de internet o en la red, si bien ello no significa que todos los casos de intimidación y agresión a través de las redes supongan necesariamente que estemos siempre ante un supuesto claro y evidente de ciberacoso en el trabajo, dado que se tendrán que dar los elementos o presupuestos que lo sustentan o

³ El *Convenio 190* de la OIT, que asume una importante perspectiva o dimensión de género, de especial atención hacia las cuestiones de género, consciente de esta norma que el colectivo femenino sufre en mayor medida estas formas de violencia y acoso, tiene en cuenta también los supuestos más numerosos de violencia y acoso que se producen a mujeres por medio de dispositivos tecnológicos o digitales. Así, recoge expresamente que la expresión “violencia y acoso por razón de género” designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado e incluye el acoso sexual.

delimitan. Por ello, debemos distinguir entre situaciones de violencia o intimidación digital y las típicas o propias de ciberacoso en el trabajo.

En una definición básica de ciberacoso, y de primera aproximación, quedarían comprendidos el conjunto de comportamientos mediante los cuales una o varias personas —o incluso una organización— usan las TIC para hostigar a una o más personas. Dichos comportamientos incluyen, aunque no de forma excluyente, conductas, amenazas y falsas acusaciones, suplantación de la identidad, usurpación de datos personales, daños al ordenador de la víctima, vigilancia en red y por dispositivos tecnológicos de las actividades de la víctima, uso de información privada e imágenes para chantajear o extorsionar a la víctima, etcétera.

Con carácter genérico, el término “ciberacoso” se ha utilizado para describir conductas agresivas llevadas a cabo a través de las tecnologías de la información y de la comunicación, y puede incluir imágenes, videos, correos electrónicos o sitios de redes sociales, entre otros. El ciberacoso en el mundo del trabajo es un fenómeno relativamente reciente e inexplorado, a pesar del uso generalizado de las TIC en los entornos y modalidades de trabajo actuales.

Siguiendo una evolución doctrinal, constitucional y normativa, se ha dado una definición de “violencia cibernética en el trabajo” tomando como base jurídica la normativa del *Convenio 190* de la OIT, entendiendo que se trata del conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables [conductas actuales], o las amenazas de ellos [intimidación con conductas futuras], se manifiesten de una sola vez [agresión ocasional] o repetida [acoso], susceptibles de causar un daño (personal o económico) cualquiera que sea su motivación, incluida la razón de sexo, mediante las comunicaciones por medio de

tecnología digital y relacionadas con el trabajo [art. 1 a) en relación al art. 3 d) *Convenio 190* de la OIT].

Por lo tanto, en esta definición extraída de la definición que se desprende del *Convenio 190* de la OIT, se introducen varios elementos —o presupuestos que caracterizan o configuran el acoso digital o ciberacoso en el mundo del trabajo— que deben ser tenidas en cuenta y debidamente clarificadas para comprender con claridad en qué consiste este fenómeno.

1.º Es una agresión/conducta violenta utilizando las TICs

Consiste en intimidar, atacar, humillar, difamar, vigilar, chantajear a la persona trabajadora. Es la violencia ejercida por medio de dispositivos digitales o tecnológicos tan comunes en nuestras vidas como el *Whatsapp*, el correo electrónico, la mensajería instantánea (SMS), las páginas *webs*, las *tablets*, los *blogs*, foros, las redes sociales —como Facebook, Instagram, Twitter y otros—, los chats internos de las empresas, You Tube, y tantos otros en una lista que sería casi interminable. Bien, a través de todos estos medios tecnológicos o digitales, la persona trabajadora podría ser acosada y sufrir diversas conductas de ciberviolencia.

Es intrascendente que los medios utilizados para la agresión sean de titularidad privada, de manera que es totalmente indiferente que los medios personales para cometer la conducta agresora sean de la persona trabajadora o sean medios de titularidad de la empresa, medios propios de la organización productiva.

Los avances tecnológicos, sin duda, han revolucionado al mundo y el mundo del trabajo no podía ser la excepción. En las organizaciones productivas, dentro y fuera de ellas, son

habituales espacios de trabajo donde se desarrollan actividades con un uso extendido de las redes sociales, de Internet, del correo electrónico, del uso de la mensajería instantánea o del *Whatsapp* o cualquier otro medio o dispositivo digital: *blogs*, foros, *chats*... desde los que se pueden perpetrar acciones de violencia y acoso.

2.º La agresión por medio de estos dispositivos digitales suele realizarse de forma repetida (acto reiterado), o puede tratarse de un solo acto, una única agresión

Esto es una agresión ocasional o puntual (como los casos de ciberacoso sexual y sexista), donde una sola vez puede ser suficiente para estimar la conducta antijurídica y de gran intensidad dañosa, como el caso de publicar fotos o un video íntimo o sexual que puede en un instante ser visto por numerosas personas y permanecer en el tiempo mientras no fuera eliminado o borrado de la red.

En ocasiones, al igual que el acoso laboral presencial, se trata de comportamientos repetidos de manera sistemática y continua. La frecuencia de los comportamientos lesivos —aunque también ha sido un presupuesto cuestionado— es una nota definitoria fundamental del acoso digital, esto es, la frecuencia de los ataques, en su repetición, la persistencia en el acto de acoso... Si bien, para ciertas formas de ciberacoso —como el ciberacoso sexual y el sexista— no es siempre estrictamente necesaria esta reiteración o repetición para estimarla y calificarla como conducta (ciber) acosadora, de manera que una única conducta ilícita sería suficiente para su consideración como conducta inaceptable y punible.

En el mismo *Convenio 190* de la OIT sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo, se insiste en esta idea y se

señala que la expresión “violencia y acoso” en el mundo del trabajo “designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez (agresión ocasional) o de manera repetida (acoso), que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico”.⁴

Algunas veces, se está ante una conducta que, además de repetirse o reiterarse, se mantiene durante un cierto tiempo. La frecuencia y prolongación en el tiempo evidencian —en determinadas conductas ciberacosadoras— que se está ante un comportamiento unificado, planeado y programado que persigue un único objetivo: vejar, humillar, acechar, chantajear..., sin importar la destrucción de la víctima. La duración de los ataques, la prolongación o persistencia en el tiempo —lo que viene a denominarse como “efecto acumulativo”— produce en la propia víctima la sensación de inseguridad, de indefensión y que su temor va en aumento.

También es necesario clarificar que cuando hacemos referencia a la reiteración en el tiempo de la agresión, este elemento debe ser matizado, dado que las conductas de ciberacoso normalmente y por su forma de ejecución (a través de la red) permanecen de por sí en el tiempo, esto es, tienen una mayor durabilidad temporal, sus efectos se prolongan en tanto no se borren o eliminen del espacio virtual o cibernético en el que “habitan” (si es que realmente desaparecen o se perpetúan en la red); además de que la acción de acoso digital cuenta con una amplia difusión pública al llegar a un número indefinido de personas y en breve tiempo, por la propia viralidad de su transmisión, lo que supone, asimismo,

⁴ Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Convenio 190*. Disponible en <https://acortar.link/PCbRsO>, p. 2.

una mayor potencia lesiva de esta forma de acoso que la diferencia del acoso físico o presencial.

3.º La agresión puede provenir de sujetos internos o externos al ámbito de trabajo

El ciberacoso laboral se caracteriza por ser realizado, generalmente, por uno o varios compañeros de trabajo —caso más habitual— o por superiores; si bien, aunque se produce, es menos común—, e incluso por terceras personas ajenas o externas al propio lugar de trabajo (caso de clientes, usuarios, proveedores); es decir, los ciberacosadores pueden provenir tanto del entorno laboral como del entorno extralaboral, esto es, extramuros de la organización productiva (empresa o administración). El *Convenio 190* de la OIT, hace referencia expresa en el art. 4 a estas terceras personas ajenas al entorno laboral, al señalar que todo Estado deberá adoptar un enfoque inclusivo para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y este enfoque debería tener en cuenta la violencia y el acoso que “impliquen a terceros”.

Algunos tipos de violencia digital tienden a producirse más a menudo en sectores específicos. Los sectores como educación (profesorado), personal médico-sanitario, las actividades de contacto directo con el público (sector servicios y ocio), los medios de información y comunicación (cine, radio, televisión), el periodismo (presentadores/as de televisión), el mundo del espectáculo, la política, deportistas de élite, teleoperadoras, telemarketing, etcétera, son algunos de los sectores entre cuyo personal se registran casos frecuentes de violencia externa.

4.º Es indiferente que la agresión se realice dentro como fuera de la jornada y del tiempo de trabajo

En supuestos de ciberacoso, en ocasiones, genera cierta dificultad diferenciar el ámbito profesional del personal, discernir si el ciberacoso está o no relacionado con el entorno del trabajo. Por ello, es suficiente constatar que la acción o conducta agresora tenga lugar “con ocasión de la prestación de trabajo”, en definitiva, que existe algún vínculo o punto de conexión relevante con el trabajo. La agresión por dispositivos móviles puede hacerse desde cualquier lugar y en todo momento. Por consiguiente, puede realizarse tanto dentro como fuera de la jornada y del tiempo de trabajo como establece expresamente el *Convenio 190* de la OIT, siendo suficiente constatar que la acción tenga lugar “durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del trabajo”.

Si algo caracteriza a esta forma de acoso son sus amplias posibilidades desde donde poder acometerlo o perpetrarlo, pues la acción o conducta agresora en red puede generarse en cualquier momento y desde cualquier lugar, carece de las limitaciones de espacio y tiempo; por lo que es indiferente si se realiza tanto dentro como fuera de la jornada y del tiempo de trabajo.

Por tanto, la noción de violencia y acoso en el “mundo del trabajo” abarca conductas relacionadas con el trabajo “en cualquier momento y lugar”, sin límites espaciales y temporales para combatir el ciberacoso, fenómeno que pone de manifiesto cómo la tecnología puede desdibujar las fronteras entre la vida personal y laboral y cómo se pueden producir conductas agresivas mucho más allá de los límites del “lugar de trabajo”. Para ello, hace falta entender de manera amplia

el término “mundo del trabajo” y las cuestiones relacionadas con lo laboral.

5.º Las conductas agresivas son susceptibles de causar un grave daño a la víctima en su salud, su integridad física y psíquica

Como indica el *Convenio 190* de la OIT: que “causen o sean susceptibles de causar un daño físico, psicológico, sexual, profesional o económico”. En consecuencia, el daño (personal o económico) puede o no haberse materializado, “causen o sean susceptibles de causar un daño”, no siendo, por tanto, necesario un resultado dañoso de la acción agresora. El ciberacoso produce daños físicos o psicológicos de gravedad. Se trata de un grave problema de salud laboral, reconocido como nuevo riesgo psicosocial emergente. Las consecuencias son graves dado que pueden generar en la persona cuadros de ansiedad, estrés postraumático, depresión, incapacidad para el trabajo e incluso el suicidio (caso Iveco).

Por consiguiente, al objetivizarse el concepto de violencia y acoso en el trabajo en el *Convenio 190* de la OIT, por una parte, pierde trascendencia el elemento de la intencionalidad en la acción acosadora, no siendo requisito determinante o necesario la intencionalidad del sujeto de causar un daño o de destruir a la víctima como elemento constitutivo o requisito esencial para la calificación de este tipo de conductas.

Por otra parte, debemos tener presente que se trata de una intromisión disruptiva, en el sentido de inapropiada o inaceptable y abrupta. Es decir, el acosador ejerce su poder sobre elementos que la víctima considera privados y personales (unas fotos o videos personales e íntimos, una información, su vida privada). Con esta irrupción, de forma

súbita, el ciberacosador trata de poner en evidencia aspectos de la vida personal de la víctima que ésta desearía mantener en el ámbito de lo más estrictamente privado. El riesgo de que aspectos de la vida íntima como fotos, videos o datos privados de todo tipo sean distribuidos entre un número indeterminado de usuarios de Internet, es una poderosa herramienta de dominación y sumisión a la que se enfrenta la víctima.

6.º Otro elemento clave en determinadas formas de acoso digital o ciberacoso laboral es que éste se produce tras la negativa de la víctima, en contra de su voluntad, esto es, sin su consentimiento

La persona acosadora persiste, así, en su comportamiento a pesar de que la víctima acosada (en numerosas ocasiones, la mujer) haya explicitado su negativa a continuar recibiendo mensajes, llamadas, comentarios o cualquier otra información procedente del ciberacosador.

Sin embargo, y a diferencia de la versión del acoso *offline* o presencial, en muchos casos, la víctima no conoce quién es el ciberacosador o agresor, si bien, como suele ser común; se trata en muchas ocasiones de una persona de su ámbito o entorno cercano en un sentido amplio, estando también entre los posibles sospechosos los compañeros de trabajo, amigos, excompañeros, mandos directivos y supervisores.

Las posibilidades que ofrece Internet para la ocultación de la identidad, así como la distancia física entre la persona agresora y la víctima implica la imposibilidad de manifestar dicha negativa. En muchos casos los SMS, los correos electrónicos, *whatsapps* enviados por el acosador se hacen desde un número oculto, los comentarios en las redes sociales del acosado o acosada se realizan desde una cuenta con

identidad falsa o no explícita, etcétera. Esto no sólo implica que la víctima no puede mostrar su rechazo, sino que no sabe a quién mostrarlo. Esta indefensión es una fuente de incertidumbre con efectos muy negativos y perversos sobre el equilibrio psicológico de la víctima.

Supuestos frecuentes de violencia digital y ciberacoso en el entorno laboral: un recorrido por los pronunciamientos judiciales

Debemos advertir que los supuestos existentes de violencia y ciberacoso son amplísimos y es difícil realizar un listado —cerrado y definitivo— de todas y cada una de las conductas o comportamientos de violencia digital y acoso cibernético que se producen y que afectan en mayor grado a la mujer trabajadora. Además, el propio desarrollo de las TIC, tan avanzado y tan rápido, implica necesariamente, que cada poco tiempo los ciberacosadores encuentren nuevas formas de intimidar y hostigar a través de la red.

Las conductas que vamos a exponer se producen en la actualidad a través de dispositivos tecnológicos que generan, sin duda, un clima o ambiente tóxico de trabajo con importantes repercusiones en la dignidad, intimidad y salud de las personas trabajadoras, afectando a las relaciones de trabajo, y también a la propia productividad de la empresa.

Existen conductas que, aunque tienen su trascendencia o dimensión laboral —en ocasiones, merecedoras de una sanción laboral como pudiera ser el despido—no siempre debemos identificarlas o considerarlas a todas como auténticas conductas o situaciones de violencia digital y ciberacoso laboral. Entre otras razones, porque en determinados casos

y circunstancias se exigiría cierta reiteración en la conducta (así como otros elementos o presupuestos definitorios de este tipo de conductas) y una gravedad para afectar a la salud, la integridad y dignidad de las personas víctimas que han sido hostigadas, ofendidas o injuriadas.

A menudo, detrás de muchos comportamientos en redes, se evidencia la existencia de entornos laborales enrarecidos y de excesiva conflictividad laboral que, sin poder ser calificados de auténticos supuestos de acoso digital o cibernético, sí estamos ante situaciones que indiscutiblemente deberán ser tenidas en cuenta desde una protección integral y una gestión eficaz de los entornos laborales.

Los supuestos que se exponen están extraídos de pronunciamientos judiciales —en su mayoría de tribunales laborales y penales—; también, hay otros casos que se han producido y no han llegado a los tribunales, entre otras razones, por ausencia o falta de denuncia, que indicábamos con anterioridad.

1. Difundir en Internet imágenes o datos delicados de la víctima

La conducta ilícita consiste en distribuir o difundir en Internet una imagen comprometida —que puede ser real o trucada— o datos susceptibles de perjudicar a la víctima. Se trata de subir en Internet una imagen comprometida, así como otros datos personales delicados que pueden perjudicar o avergonzar a la víctima y darlo a conocer en su entorno de relaciones personales y profesionales.

La manipulación de fotografías del acosado o acosada es otro medio o práctica bastante frecuente, el acosador puede retocar o modificar una imagen con el objetivo de subirla

a diferentes espacios de Internet con la finalidad de herir, asustar y menoscabar la dignidad de su víctima. Estamos ante un supuesto de extorsión cuando las fotografías o vídeos (que pueden ser de contenido íntimo-sexual o no), en manos de la persona inadecuada pueden constituir un elemento para extorsionar o chantajear a la persona protagonista de esas imágenes. El chantaje consiste en la utilización de tales imágenes para obtener algo de la víctima amenazando con su publicación y difusión.

A esta modalidad de extorsión en red también se le conoce como “pornovenganza” (*revenge porn*) o “venganza sentimental”, consistente en la publicación —a través de la telefonía móvil o cualquier otro dispositivo de mensajería instantánea— de fotografías o vídeos íntimos de la expareja una vez terminada la relación afectiva o sentimental.⁵ Son los supuestos denominados o considerados como de *sexting* o de *sextorsión*.

El supuesto de *sexting* más estremecedor ocurrido en nuestro país fue el de la trabajadora de la empresa Iveco que se suicidó en su casa, tras llevar más de un mes bajo presión por estar circulando entre sus compañeros de trabajo unos videos sexuales en los que ella aparecía con su expareja, con la que tuvo una relación sentimental cinco años atrás. Durante más de 10 días, la trabajadora tuvo que soportar por los pasillos de su puesto de trabajo cómo resonaban las burlas, risas y comentarios de compañeros del centro, se acercaban a su puesto de trabajo para cerciorarse de que era ella la que salía en las imágenes.

⁵ Un caso conocido de pornovenganza en el ámbito laboral fue el del subinspector de la Guardia Urbana de Barcelona, quien fue juzgado por haber difundido una foto de carácter sexual con su expareja, también agente de la Guardia Urbana, para vengarse de ella por haber puesto fin a su relación. La imagen fue enviada por el subinspector a todos los contactos de la agente compañera.

El video se viralizó de móvil a móvil a la velocidad de la luz, y cada vez entre un mayor número de compañeros. Dos días antes a quitarse voluntariamente la vida, la trabajadora en una reunión con la dirección de Recursos Humanos tuvo la oportunidad de contar lo que ocurría, el calvario de humillación y angustia por el que estaba pasando. La empresa respondió ante la situación denunciada por la trabajadora que se trataba de “una cuestión personal y no laboral”, considerando que era un tema “ajeno a la empresa”. Le propusieron únicamente un cambio de sección o una baja. Cuando, tras la intervención de la representación sindical, fueron a buscarla con la queja para presentarla ante la empresa, ella se había ido ya, se fue a su casa con un ataque de ansiedad y 24 horas después decidió no vivir más. Un supuesto de *sexting* con uno de los finales más dramáticos posibles que terminó con la vida de la trabajadora.⁶

2. Ridiculizar o estigmatizar a la víctima en espacios web

Otra práctica ilícita frecuente consiste en dar de alta a la víctima en un sitio o espacio *web* de Internet donde puede estigmatizarse y ridiculizar a la víctima como persona. Puede servir como ejemplo una *web* donde se escoge a determinadas

⁶ Tras cumplirse un año del suceso, el Juzgado de lo Penal número 5 de Alcalá de Henares ha sobreesido provisionalmente el caso por “falta de autor conocido” del delito de descubrimiento y revelación de secretos al no poderse identificar la primera persona responsable de divulgar el video y porque no había denuncia en el delito de trato degradante por el que investigaba la jueza. Por su parte, cc.oo. Industria de Madrid presentó una denuncia contra Iveco España al considerar que no aplicó el protocolo de acoso ni cumplió con la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)*, a pesar de tener conocimiento por la propia víctima de lo que estaba sucediendo. Ante esta denuncia, la Inspección de Trabajo no apreció infracción por parte de la empresa exonerándola de toda culpabilidad argumentando que la difusión del video no fue la causa que motivó el suicidio de la trabajadora.

cualidades de la persona (por su inteligencia, atractivo, aspecto físico, entre otros), presentando la posibilidad de cargarla del máximo número de “votos o puntos” por parte de los que visiten ese espacio web.

También recibe el nombre de “*web apaleador*”, esto es, *web* creada a propósito para agredir a la víctima, menospreciándola de manera pública y con el claro objetivo de ridiculizarla. De esta forma y desde este espacio en Internet, se anima a los participantes que acceden a que hostiguen e intimiden a la víctima.

3. Usurpar la identidad de la víctima y en su nombre realizar comentarios ofensivos

El comportamiento supone usurpar la identidad de la víctima y en su nombre y desde el anonimato, hacer comentarios ofensivos o participaciones inoportunas en *chats*, en redes u otras plataformas digitales, de tal modo que despierte reacciones adversas hacia quien en verdad es la víctima. La identidad de ésta en estos casos queda totalmente entredicho. La persona ciberacosadora emite opiniones o comentarios en red en nombre de la víctima con la finalidad de insultar o desprestigiar.

El procedimiento consiste en acceder de forma ilegal a la cuenta de correo electrónico, red social, *chat*, red de mensajería instantánea, suplantando la identidad de la víctima para los fines expuestos e incluso insultar a los contactos de la víctima misma.

4. Crear un perfil falso en nombre de la víctima con demandas sexuales

Se crea, igualmente, ese espacio con un perfil falso donde ésta comparte intimidades, realiza ofertas sexuales explícitas, etc. Serviría como ejemplo —el hecho de crear una página falsa de contactos—. El mecanismo consiste en crear un perfil en cualquier red social (Facebook, Instagram, Twitter, Tuenti) o poner anuncios en páginas web de contacto con fotografías y datos personales de la víctima (mundo anuncio, milanuncios) Estaríamos frente a claros supuestos de ciberacoso sexual o ciberacoso sexista.

5. Acceder a dispositivos tecnológicos y usurpar información personal de la víctima

Es una práctica común acceder al ordenador de la víctima (o cualquier otro dispositivo informático, tablet, móvil, disco duro) y asaltar todos sus mensajes y documentos. Estaríamos ante la figura más cercana del denominado *hacking*, en referencia a todos aquellos supuestos posibles de monitorización de los actos de la víctima, al objeto de robar datos y rastrear movimientos por la red o a través de programas espía para vigilar llamadas y, en general, para el control de todas y cada una de las actividades que realizan sus víctimas.

En ocasiones, la conducta consiste en entrar o asaltar el correo electrónico, el ordenador o cualquier otra herramienta o dispositivo tecnológico de la víctima e incluso de sus familiares accediendo a todos sus mensajes, archivos y demás datos personales y colgar en la red sus documentos, audios e imágenes (videos, fotos) de carácter privado.

Una modalidad reciente de ciberacoso es el denominado *doxing* que consiste en utilizar cierta información personal con el objetivo de dañar su reputación. Son colectivos que corren mayores riesgos por el tipo de trabajo que desempeñan los periodistas, activistas, abogados, agentes del orden; si bien, nadie está a salvo de ser víctima del *doxing*. Compartir información con el empleador de la víctima, publicar datos personales en medios de comunicación, revelar la identidad de blogueros anónimos o filtrar fotos y videos íntimos suelen ser las formas más habituales de ejercer este tipo de ciberacoso.

6. Realizar en redes sociales comentarios ofensivos, opiniones y declaraciones insultantes o amenazantes

Estamos ante una de las prácticas más comunes en la red y que ha supuesto numerosos pronunciamientos judiciales. Consiste en enviar mensajes ofensivos y hostigadores a través de *e-mails*, *SMS*, *X*, *Whatsapp*, o redes sociales o espacios de internet, en general, que utiliza de forma habitual la víctima y compañeros de trabajo e incluso terceras personas ajenas a la empresa u organización. Si hacemos un recorrido por los pronunciamientos de nuestros tribunales relacionados con el acoso digital, nos encontramos en la actualidad, entre otros, con los casos siguientes:

- El trabajador es despedido por comentarios graves e injuriosos en la red social Facebook. En ella se observa un caso típico de menosprecio y trato denigrante de la compañera de trabajo por su mera condición de mujer (la llama “sinvergüenza” y “zorra”); por lo que podríamos estar ante un supuesto desgraciadamente

bastante común en redes que tenga como destinatarias a mujeres, que podríamos calificar o catalogar de ciberacoso laboral sexista o de violencia sexista.

- En otro caso, se declara procedente el despido de un trabajador por colgar en el muro de Facebook varios comentarios críticos, con expresiones injuriosas y amenazantes, dirigidos a la empresa en general y a una compañera de trabajo, tales como “esta hija de puta ha jugado con la comida de mis hijos siendo mentira todo lo que ha hecho [...] es una ‘rastrera de mierda’”.
- En otra ocasión, el trabajador fue despedido por publicar comentarios ofensivos de claro contenido sexual y sexista respecto de otras compañeras en Facebook (“y el resto del día, lo he dedicado a ver a Amparo y Felicidad...y a pensar cositas guarras, hasta que me ha dicho el compañero que sudaba mucho y, claro, el mono cada vez más apretado [...]”) a sabiendas que eran esposas de empleados de la empresa e incitando a que entrasen a leerlo en esta red social.

Un supuesto de despido por comentarios tan denigrantes para la mujer en redes sociales lo produjo un jefe de sección, quien realizó un comentario y ofensas de contenido tan obsceno de una empleada en una foto del muro de Facebook que justifican el despido inmediato de éste: “joder [...] Ascensión que ganas de follarte bien y que chilles xq t estoy partiendo el coño en dos”. Las expresiones se consideran tan soeces y de tal envergadura que justifican la procedencia inmediata del despido y por crear un entorno claro y manifiestamente ofensivo para la trabajadora. Estamos, sin duda, frente a un supuesto claro y evidente de acoso sexual cibernético.

Un ejemplo de cómo un comentario en redes de naturaleza obscena, por una parte, es estimado como acoso sexual, lo encontramos en el Derecho irlandés, acoso digital que, por otra parte, se produjo fuera del trabajo y en tiempo de ocio del trabajador. Nos referimos al caso *Teggart vs. TeleTech UK Limited*, un trabajador de un *call center* que fue despedido después de emitir palabras ofensivas sobre una compañera en Facebook. Los comentarios sugerían que la empleada había sido sexualmente promiscua con otros compañeros. Tras una investigación formal y exhaustiva por parte de la empresa, el trabajador Teggart fue despedido por mala conducta, por perjudicar la reputación de la compañía (se calificó su conducta de un grave y culpable incumplimiento de la política de empresa) y por haber acosado maliciosamente en redes a su compañera de trabajo.

7. Acciones de presión para actuar conforme a las solicitudes del acosador digital

Se trata de acciones de presión permanente a través de TICs para actuar conforme a las solicitudes del agresor —compañero, jefe, cliente, tercera persona ajena a la organización productiva—. Sirva como ejemplo el hecho de “enviar más de 1000 *whatsapp*” pidiendo de manera insistente tener una relación o presiones para realizar actos de naturaleza sexual a cambio de obtener un determinado puesto de trabajo. Tal y como se recoge en la resolución judicial: “el demandado comenzó a coger más confianza con la demandante, a agarrarla, obligándola a agacharse para besarla, a darle palmadas en el culo, a contarle detalles de su relación íntima con su mujer, a decirle que se había enamorado de ella, a enviarle mensajes telefónicos con

propuestas sexuales, llegando a enviar a la actora unos 1 000 mensajes entre el 9 de enero y el 24 de febrero de 2013”.

Una de las acciones más comunes y dañinas consiste en las críticas continuadas y la revelación de intimidades de la pareja tras extinguirse la relación afectiva a modo de venganza o revancha como consecuencia de la ruptura de la pareja o relación entre compañeros o excompañeros de trabajo. Una práctica que, desgraciadamente, va en continuo aumento en el ámbito de las relaciones de trabajo. Cabe advertir, que este tipo de conductas de ciberacoso —además de en personas jóvenes— se producen cada vez más sobre mujeres de edad adulta o de mayor edad, las que se ven controladas, acosadas, humilladas, amenazadas y sometidas mediante el uso de las TIC por parte de quienes en algún momento mantuvieron o siguen manteniendo una relación de amistad o afectiva.

Es también una práctica frecuente acosar a través de llamadas telefónicas silenciosas, o con amenazas, insultos, con expresiones intimidatorias, colgando repetidamente la comunicación cuando contestan, llamar en horas inoportunas o intempestivas, como el caso de llamar a altas horas de la madrugada. Las amplias posibilidades que brinda la actual telefonía móvil, han sabido ser empleadas perversamente por los ciberacosadores. La más tradicional es la de las llamadas ocultas realizadas a horarios inoportunos. Pueden ir desde llamadas silenciosas a amenazas graves que incluyen insultos, gritos o mensajes intimidatorios.

En un supuesto de acoso cibernético o digital fuera del horario laboral o del lugar de trabajo, el tribunal avala el despido disciplinario de una empleada que, con ocasión de la celebración de la fiesta de fin de año, envió más de 60 mensajes de *whatsapp* a su compañero de trabajo a altas horas de la madrugada y en los días inmediatamente posteriores. El

motivo principal era el deseo de la trabajadora de mantener una relación sentimental o afectiva con su compañero de trabajo, quien la rechazaba por estar comprometido en una relación con otra mujer.

En otro significativo pronunciamiento judicial, se le aplica al trabajador la máxima sanción de suspensión de empleo y sueldo por una actuación de hostigamiento para con una compañera (motivada por una ruptura sentimental), donde se reconoce la autoría de mensajes, llamadas y whatsapps, a través de teléfono empresarial y a determinadas horas desconsideradas. E, incluso, tal conducta viene acompañada de un acoso presencial, al manifestar la trabajadora haber recibido regalos y cartas en su lugar de trabajo.

En otro caso, un alto mando militar, un teniente coronel destinado en el Estado Mayor de Defensa fue condenado a dos años y tres meses de prisión por acosar sexual y, profesionalmente, a una cabo primero a la que remitió por mensajería instantánea, vía Telegram, un video con proposiciones obscenas que ella rechazó (STS —Sala de lo Militar— de 1 de junio de 2021). La subordinada y cabo primero, tras haberse instalado por sugerencia del acusado la aplicación secreta de Telegram, recibió un mensaje de audio y video, con autodestrucción en un minuto, en el que se veía al teniente coronel frente al espejo de un baño, con una camiseta de la que se despojaba para quedarse desnudo; mientras decía “ha llegado el momento de que sepas que esto es tuyo si lo quieres”, a la vez que se tocaba los genitales y se masturbaba.

Como represalia, el mando despechado se dedicó a hostigar a la cabo primero en su trabajo, a la que dejó de hablar; dispuso una drástica reducción de las funciones que venía

ejerciendo y adoptó una serie de decisiones que afectaban de forma negativa a su entorno de trabajo.

El acosador virtual, en ocasiones, puede perseguir a su víctima fuera de la jornada y más allá del horario laboral. Si la persona acosada tiene *whatsapp* y el acosador tiene su número de móvil, algo normal y habitual, no existirá límite alguno para que invada su espacio y tiempo, como una “obsesión” o “fijación” del acosador con su víctima, en supuestos cercanos al denominado *cyberstalking* en el lugar de trabajo o persecución digital en el trabajo (*cyberstalking at work*, que pudiera traducirse como ciberacecho o ciberpersecución), como una comunicación hostigadora, repetida e insistente.

En la STSJ Cataluña 5206/2018, de 5 de octubre, el trabajador (jefe de cocina) enviaba a su compañera de trabajo (camarera) mensajes de *whatsapp* a última hora del día e incluso de madrugada, solicitándole le enviara una foto de ella o que le dijera lo que estaba haciendo en ese preciso momento y lo cuanto que la echaba de menos y la extrañaba esa noche. Ante la negativa por parte de la compañera de trabajo, el trabajador empezó a mantener una actitud más hostil de forma continuada, incluyendo comentarios sexistas.

Respuesta del Derecho Español frente a la violencia digital y ciberacoso: especial referencia a la normativa laboral

Si la tecnología ha avanzado a gran velocidad, los marcos jurídicos, las herramientas legales no lo han hecho a la misma velocidad. Por supuesto que contamos con normas jurídicas para combatir la violencia y el ciberacoso en el trabajo, pero, de forma lamentable, no siempre han sido lo suficientemente efectivas.

Existe una serie de cauces e instrumentos previstos en la normativa vigente —laboral, civil y penal— que nos sirve tanto para prevenir las situaciones de ciberacoso como para restituir los bienes constitucionalmente infringidos, sancionar al hostigador y resarcir los daños causados a las víctimas que pudieran haber sufrido acoso a través de TICs.

Cabe advertir que, en la actualidad, ni la legislación laboral, ni los convenios colectivos, ni los protocolos preventivos de acoso contemplan o recogen de forma expresa y masiva la figura del ciberacoso laboral, con independencia de su perfecto acomodo de muchas de sus conductas típicas en diversos preceptos tanto de la *Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS)* como del actual *Código Penal (CP)* español, particularmente, en los arts. 173 y 172, *ter* y 197 *CP*. A continuación, se describen algunas leyes:

1. La protección jurídica desde la normativa laboral

- La protección desde la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)*: La violencia digital y el ciberacoso laboral como riesgo psicosocial justifica la aplicación de la *LPRL*. La tutela preventiva debe ser el instrumento adecuado para evitar que el ciberacoso prolifere en los centros de trabajo. En consecuencia, se debe evaluar y valorar este riesgo psicosocial emergente y adoptar las medidas protectoras y preventivas procedentes para erradicarlo.

Los protocolos de prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo deben de contemplar de forma expresa el ciberacoso laboral (al igual que ya se recoge el acoso por orientación sexual y acoso por identidad

de género, entre otras formas de acoso), con especial incidencia a la dimensión de género. En consecuencia, los protocolos, así como los convenios colectivos y los acuerdos de empresa deben hacer referencia expresa al fenómeno del ciberacoso laboral.

Nos enfrentamos, en definitiva, ante un nuevo riesgo psicosocial emergente que, al igual que otros riesgos psicosociales asociados a este creciente entorno digital laboral, debe también ser incluido en el sistema de gestión preventiva de riesgos profesionales de la LPRL y, en consecuencia, el reconocimiento específico de este riesgo tanto por la normativa preventiva como por los protocolos de prevención y gestión del acoso de las empresas, que en la actualidad todavía no contemplan explícitamente esta modalidad de acoso cibernético en el trabajo.

- La protección desde la *Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS)*: La tutela sancionadora administrativa sirve para sancionar a los sujetos infractores y tiene una clara función disuasoria frente a estas conductas. Las prácticas de violencia digital y de ciberacoso en el entorno de trabajo encuentra perfecto acomodo en diversas infracciones tipificadas en el articulado de la LISOS.
- La protección desde el *Estatuto de los Trabajadores (ET)*: Las diversas actitudes de ciberacoso descritas podrían lesionar derechos laborales básicos del art. 4 *ET* (el derecho a su dignidad e intimidad, a no ser discriminado, a su integridad física y psíquica. Otro instrumento de protección desde el *ET* sería el ejercicio del poder

disciplinario como vía correctora de la conducta del ciberacosador o empleado agresor. También cabría, sólo como última ratio —no parece la mejor solución frente a la conducta agresora—, plantearse la rescisión indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, con fundamento en el art. 50 *ET*, esto es, al sufrir el trabajador un acoso consistente en modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en menoscabo de su dignidad [art. 50.1 a) *ET*]; o que el acoso tuviera su fundamento por un incumplimiento grave de determinadas obligaciones empresariales [art. 50.1 c) *ET*].

Curiosa y paradójicamente, la vía más utilizada y que prevalece en la práctica para afrontar la tutela del acoso moral laboral es la autoexclusión indemnizada, esto es, la extinción causal *ex art. 50 ET*, por mucho que se piense que debiera ser el procedimiento especial de tutela de derechos y libertades fundamentales que se contempla en la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)*. También es frecuente el ejercicio acumulado de la acción extintiva del art. 50 *ET* y la acción de despido (disciplinario u objetivo).

- La protección desde la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS)* y desde la *Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA)*: En cuanto lesión de derechos y libertades fundamentales, el trabajador podrá acudir al procedimiento preferente y sumario de los arts. 177 y ss. de la *LRJS* para reclamar el cese y la reparación de las conductas constitutivas de ciberacoso. Por lo que respecta a los funcionarios públicos, éstos pueden acudir al procedimiento contemplado en los arts. 114

y ss. de la *LJCA*, esto es, el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales. Si bien es cierto, un ínfimo índice de estimaciones de las demandas del personal funcionarios (o empleado público) en el orden contencioso-administrativo. Y ello obedece, más que a defectos de las leyes reguladoras del acoso en las administraciones públicas, a la continua rigidez con que son interpretadas por los tribunales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En cualquier caso, y a pesar de lo expuesto, en la práctica es el art. 50 *ET*, tramitado por procedimiento ordinario y acumulación de acción de indemnización, el más utilizado y el que, además, tiene más posibilidades de éxito. El porcentaje de estimaciones por esta vía procesal especial, que debiera ser “natural”, ha ido descendiendo notablemente en los últimos años, por lo que la ratio es preocupante, ya que las demandas de acoso por esta vía han ido creciendo y, sin embargo, las estimaciones son menores.

- La protección desde la *Ley General de la Seguridad Social (LGSS)*: Cuestión importante es la de la calificación jurídica, a efectos de la protección de la seguridad social, de las lesiones —psicológicas o psicosomáticas— que, en la mayoría de los casos derivan de la violencia digital y ciberacoso. Cuando se produce acoso en el trabajo, es frecuente que sus consecuencias psíquicas y físicas acaben conduciendo a la víctima a una situación de incapacidad temporal (IT). Las patologías derivadas del acoso digital (ansiedad, depresión, trastornos), siempre que tengan su origen exclusivo en factores laborales,

pueden —y deben— ser calificadas como accidente de trabajo.

- La protección a través de la *LO 3/2018*, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales: Como es sabido, esta norma (que a pesar de su amplia proyección laboral no es una norma de naturaleza laboral) aparece en nuestro país en desarrollo del *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. En su art. 88 (en conexión con art. 20 *bis ET* y 14 *LPRL*) se indica claramente que los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales, esto es, tener bien definidas, en las organizaciones productivas, “políticas de uso razonable de las NTIC”. En definitiva, se contempla una obligación de educación-capacitación de sus empleados en uso responsable en las NTIC.

En su art. 87 *LO 3/2018*, en relación con el ejercicio del derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, (en clara referencia a instrumentos digitales propiedad de la empresa de uso privado por los trabajadores) recoge expresamente que “los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales (aspecto este que ha sido criticado) y los derechos reconocidos constitucional y legalmente y que en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores” (art. 87.3).

Además, para reforzar el papel que desempeñan los representantes legales, incide en que “los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral” (art. 91).

- El *Convenio 190* de la OIT y la Recomendación 206 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: De este importante Convenio 190 OIT al que ya hemos hecho oportuna referencia por contemplar el acoso a través de TICs, hay que destacar, además, la especial trascendencia que asume el enfoque de género a lo largo de toda esta norma de naturaleza internacional. El *Convenio 190* de la OIT exige una protección especial a las mujeres (y niñas), que sufren ciertas formas de violencia y acoso en el trabajo de manera desproporcionada.

El *Convenio* establece medidas clave, entre ellas: la obligación de adoptar leyes nacionales que prohíban la violencia en el lugar de trabajo y tomar medidas preventivas; traspasa las fronteras de protección del centro de trabajo, de la jornada de trabajo y el ámbito de aplicación personal y espacial de este convenio, porque es auténticamente amplio, lo más inclusivo posible, ya que protege a trabajadores del sector público y privado e incluye a trabajadores sin importar su situación contractual, a extrabajadores y aspirantes a ser empleados y a grupos tan vulnerables como es el colectivo de mujeres y que, por todo lo expuesto, precisa de una mayor y mejor atención en el ámbito de las relaciones de trabajo.

2. *Normativa interna de las organizaciones*

- Instrucciones, guías, manuales, buenas prácticas, códigos éticos o de conducta, directrices de actuación y prevención de la violencia cibernética en el trabajo. Otro instrumento clave para prevenir y actuar frente al acoso por medios tecnológicos o digitales es la inclusión en la normativa interna de las organizaciones productivas, a modo de políticas internas de empresa, de normas éticas o códigos éticos o de conducta, esto es, de concretas obligaciones y compromisos, a modo de “buenas prácticas” o guías en relación con el proceder de la persona trabajadora en el momento de su utilización o en el concreto de emitir opiniones, comentarios o manifestaciones que se pudieran publicar en Internet y en las redes sociales (fuera o dentro de la empresa). Además, contar con buenos ejemplos y especificar directrices sobre cómo combatir la violencia cibernética en el lugar de trabajo puede generar un importante efecto en cadena. En definitiva, es tratar de llevar a la práctica lo que hemos señalado en cuanto a tener previstas en las empresas políticas de uso razonable de las NTIC.

Un tema controvertido, relacionado con esto, es el relativo al control empresarial de las actuaciones y comportamientos del trabajador en las redes sociales, considerándose ilegítimos los controles empresariales ilimitados de la actividad del trabajador en Internet por el hecho de haber incluido una cláusula en el convenio colectivo, acuerdo o código de conducta que sanciona la realización de comentarios que puedan vulnerar la imagen o reputación de la empresa.

Se ha llegado a estimar inadmisibles un control injustificado de las publicaciones de los trabajadores en la red, sin que se limite, claramente, su libertad de expresión. Por consiguiente, debe tenerse en cuenta que no puede existir una prohibición genérica de que se emitan declaraciones o comentarios por parte de los trabajadores en redes sociales ajenas a la empresa o sobre la realidad de sus condiciones de trabajo.

- *Guías del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE)*. También debemos hacer referencia a las *Guías del INCIBE dirigidas a los empresarios*. Éstas consisten en “guías de aproximación para el empresario”. En la guía que lleva por título *Ciberseguridad en la identidad digital y la reputación online* (2016), pone claramente de relieve que “otro aspecto relevante en la gestión de la reputación de las organizaciones depende de la fijación de reglas claras que deben seguir aquellas personas que, o bien representan a la organización, o bien mantienen una relación laboral con ésta. Si en las redes sociales la identidad *online* de una empresa no se gestiona adecuadamente pueden producirse daños importantes en su imagen corporativa, que derivarán en pérdidas de confianza de los clientes y provocará, en definitiva, pérdidas económicas”.⁷

En este sentido, la guía *Ciberseguridad en la identidad digital y la reputación online* (2016) del INCIBE, insiste en que “es necesario establecer unas obligaciones y recomendaciones para que el empleado con actividad en las redes sociales haga un uso adecuado de éstas sin

⁷ Disponible en https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_ciberseguridad_identidad_online_metad_0.pdf

poner en riesgo el funcionamiento, la reputación y la información de la empresa. Es recomendable apoyarse de asesoramiento legal para que la política se ajuste a la normativa legal. Además, deberemos acompañar esta política de una guía de buenas prácticas, que establezca las reglas, recomendaciones y acciones concretas del *community manager* y en general de todo empleado que use las redes sociales”.⁸

También insiste esta *Guía* del INCIBE que “es importante que los empleados conozcan la política, normativa, buenas prácticas y las reglas definidas, los usos permitidos de las redes sociales y las posibles sanciones de un uso indebido. Además, es recomendable que en ellas se diferencien claramente dos escenarios de uso de las redes sociales, una para el trabajo y otra para su uso extralaboral que pueda estar vinculado con su actividad laboral”.⁹

- Protocolo de actuación entre el Ministerio de Trabajo y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD): Contamos con un novedoso instrumento contra la violencia de género en el entorno laboral ejercido a través de las nuevas tecnologías y en concreto en relación con los datos que se hayan difundido de manera ilegal en dicho entorno, especialmente en caso de imágenes, videos o audios con datos sensibles. Dicho instrumento se concreta en un Protocolo General de Actuación que firmaron el Ministerio de Trabajo y la

⁸ Disponible en https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_ciberseguridad_identidad_online_metad_0.pdf

⁹ Disponible en https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_ciberseguridad_identidad_online_metad_0.pdf

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) para la atención de personas en estos casos.

Conclusiones

Para finalizar, se debe incidir en la idea que la prevención y gestión de este riesgo —la tutela preventiva— tiene que ser, por encima de todo, el mecanismo o instrumento necesario e idóneo para combatir la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo, para que no se extienda y se garantice, así, un ambiente de trabajo sano y seguro.

Por ello, por una parte, en los protocolos preventivos del acoso de las empresas debe realizarse un tratamiento específico de la prevención y actuación frente a este riesgo laboral que va en aumento, y cada vez más, como consecuencia del incremento del teletrabajo como modalidad de trabajo a distancia, de conformidad con la *Ley 10/2021*, de 9 de julio.

Por otra parte, los graves daños que genera el ciberacoso a la persona trabajadora, en su salud, así como en las organizaciones productivas (en su imagen, en su reputación, su productividad) tienen la suficiente entidad y gravedad como para exigir sin demora un tratamiento jurídico específico, claro y riguroso del ciberacoso en la normativa laboral.

Fuentes de consulta

- Molina Navarrete, Cristóbal. “Redes sociales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío”, en *Diario La Ley*, núm. 9452, sección Dossier, 2019.
- Molina Navarrete, Cristóbal. *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- OIT, Organización Internacional del Trabajo. “Actualización de las necesidades del sistema: mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC”. Disponible en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/workquality/WCMS_736237/lang-es/index.htm, [24 de septiembre de 2023].
- Pernas Bergoña, Martha Román, Josefina Olza, María Naredo. *La dignidad quebrada: las raíces del acoso sexual en el trabajo*, Madrid (Catarata), 2020.
- Royakkers, Lambert. “The Dutch Approach to Stalking Laws”. *California Criminal Law Review*, vol. 3, 2000. Disponible en [file:///Users/usuario/Downloads/fulltext%20\(1\).pdf](file:///Users/usuario/Downloads/fulltext%20(1).pdf), [24 de septiembre de 2023].
- Serrano García, Juana María. “El derecho a la libertad de expresión del trabajador a través de las nuevas tecnologías y el derecho a la reputación de la empresa”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 217, 2019.
- Vicente Pachés, Fernando de. “El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 448, 2020.
- Vicente Pachés, Fernando de. *Ciberacoso en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2018.

VII. La desinformación como desafío para las democracias: combatiendo las noticias falsas en el entorno digital¹

Cristina Pauner Chulvi²

Contextualización del fenómeno de la desinformación: el impacto de las noticias falsas en la democracia

El fenómeno de la desinformación alude a las noticias falsas, aquella información que se difunde a sabiendas de su falsedad y con la intención de engañar. En las campañas de desinformación se utilizan diversos recursos siendo el más importante las mencionadas noticias falsas o información engañosa, pero también la manipulación, las generalizaciones, la sobreinformación e, incluso, en situaciones como un contexto bélico³ se utilizan como arma de guerra política: se engaña a la población, se causa confusión, se crea miedo, entre otros aspectos. Por ello y más precisamente, podemos definir tal expresión como “[...] la difusión intencionada de información no rigurosa que busca minar la confianza pública, distorsionar los hechos, transmitir una determinada

¹ El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Convocatoria 2021 de Ayudas a “Proyectos de generación de conocimiento”, Referencia: PID2021-128309NB-I00.

² Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad Jaume I de Castellón. Correo electrónico: pauner@uji.es

³ Las propias denominaciones de los fenómenos pueden implicar, en sí, una información falsa. En la prensa rusa se ha denominado “operación militar especial” (*sic*) a la guerra contra Ucrania.

forma de percibir la realidad y explotar vulnerabilidades con el objetivo de desestabilizar".⁴

El campo de actuación de la desinformación es muy amplio porque, al no sustentarse en la veracidad, su terreno es más libre para impactar en quienes la reciben. Provocan novedad, sorpresa, indignación y se comparten de forma meteórica a través de las redes sociales. Esta última característica es la que se destaca del fenómeno actual, puesto que la desinformación generada a través de noticias falsas ha existido siempre; pero nunca había contado con unas plataformas de difusión masiva, global e instantánea como son las redes sociales⁵ que convierten esas noticias falsas en tendencias mayoritarias, incluso en contextos democráticos, ya que se ha demostrado que se comparten hasta con 70 % más de probabilidades que las informaciones verdaderas.

El alcance de las noticias falsas es abrumador, no sólo cuantitativa, sino cualitativamente porque la difusión masiva de bulos a través de las redes sociales (lo que se conoce como viralidad) crea efectos como el de la posverdad, los filtros burbuja y suponen una amenaza para la democracia.⁶ Estos tres elementos están íntimamente relacionados y acaban por socavar la convivencia democrática, crean una sociedad polarizada y desinformada y deterioran la capacidad para generar debate y reflexión tan necesaria para una democracia pluralista.

⁴ Julia Alicia Olmo y Romero. *Desinformación: concepto y perspectivas*. Real Instituto Elcano, ARI 41/2019.

⁵ María Milán. "Las fake news siempre han existido, pero hoy en día se han visto catapultadas por las redes sociales". Disponible en <https://www.ucm.es/otri/noticias-las-fake-news-siempre-han-existido-pero-hoy-en-dia-se-han-visto-catapultadas-por-las-redes-sociales>

⁶ Rafael Rubio. "Los efectos de la posverdad en la democracia", en *Revista de Derecho Político*, pp. 191-228.

La posverdad, en definición de la Real Academia Española de la Lengua, es un neologismo que se refiere a la distorsión deliberada de la realidad, manipulando creencias y emociones con el objetivo de influir en la opinión pública y en las actitudes sociales⁷. Esta mentira emotiva eclipsa los datos objetivos de forma que las personas conforman sus opiniones y se comportan sobre la base de argumentos emocionales. Si bien su origen es anterior⁸, la expresión se hizo popular a partir de su uso para describir la conducta política del ex presidente Donald Trump o el ejemplo paradigmático del referéndum del Brexit. Con estos ejemplos, se aprecia cómo se utiliza el discurso emotivo para conectar emocionalmente con los ciudadanos y condicionar sus decisiones políticas con independencia de que pueda demostrarse fácticamente su falsedad.

Es importante destacar que, frente al fenómeno de la posverdad, el Derecho no tiene margen de actuación porque la capacidad de generar confianza en los destinatarios apelando a las emociones y a las creencias personales escapa a las reglas jurídicas si bien, como veremos, la manipulación informativa y las noticias falsas sobre las que se consigue esa conexión sentimental pueden someterse a un marco jurídico.

Junto con la posverdad, debemos referirnos al filtro burbuja o las conocidas como cámaras de eco que son el fenómeno por el que las personas usuarias de Internet se mueven en un espacio virtual acotado en el que todo les resulta afín y alineado con su propia ideología. La construcción

⁷ Sobre el tema, véase Marc Amorós. *Fake news*. Plataforma, Barcelona; V. Camps. "Posverdad, la nueva sofística", en J. Ibáñez Fanés (ed.). *En la era de la posverdad*. Calambur, Barcelona; M. A. Maldonado. "Informe sobre ciegos: genealogía de la posverdad", en J. Ibáñez Fanés (ed.). *En la era de la posverdad*; L. McIntyre. *Posverdad*. Cátedra, Madrid; S. Pinker. *Racionalidad*. Paidós, Barcelona; C. Rendueles. "¿Posverdad o retorno de la política?", en J. Ibáñez Fanés (ed.), *En la era de la posverdad*.

⁸ La utilización primera del término apareció en un artículo del periódico *The Nation* firmado por el periodista Steve Tesich.

del filtro burbuja se realiza a partir de nuestra identidad digital en las redes sociales donde elegimos libremente nuestros contactos, los medios de comunicación que seguimos y las temáticas que nos interesan lo que ya implica una “criba” de información que nos llega a través de nuestros perfiles sociales.

Además, esta selección puede derivar en un mayor aislamiento acentuado por los algoritmos de las redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram, Spotify), que recomiendan contenidos personalizados sobre la base del comportamiento de la persona usuaria, sus preferencias y los gustos o acciones de sus contactos. La consecuencia es la polarización de las opiniones y el aislamiento intelectual de las personas.

La suma de las noticias falsas, el fenómeno de la posverdad y la creación de filtros burbuja suponen una amenaza para la democracia y sus instituciones porque dificultan el debate público. La ciudadanía no está compartiendo una misma realidad sino que se aísla en “burbujas” donde sólo comparte opiniones análogas a la suya, muchas de estas opiniones son falaces y no tienen ningún sustento sobre la realidad, además de haberse construido corrompiendo la integridad intelectual de las personas destinatarias. El resultado es una decadencia de los hechos objetivos y de la verdad racional, científica o académica y la inexistencia de puntos de acuerdo⁹ para el debate público de calidad. Porque, para un debate público de calidad, debemos poder estar seguros de la veracidad de la información que recibimos o, de lo contrario, no tendremos una verdadera discusión democrática.

Por los motivos expuestos, la lucha contra el fenómeno de la desinformación se ha convertido en una prioridad

⁹ Una democracia es un sistema de organización de la sociedad que no está especialmente interesado en que respaldanza la verdad, sino en beneficiarse de la libertad de opinar.

para los países y para la Unión Europea. En las páginas que siguen expondremos cuáles son los mecanismos que se han implementado en el ámbito europeo y nacional para librar el combate contra las noticias falsas y, avanzando en contenido, apreciaremos dos vías diferenciadas en las que se apuesta bien por el *soft law* que es la opción mayoritaria europea en la que se confía en la autorregulación, los códigos y protocolos y la vía del *hard law* o regulación legal específica que se ha adoptado en algunos países europeos y en la que, en los últimos años, parece apostar también la Unión Europea. En seguida, estudiaremos la respuesta dada en España para luchar contra la desinformación en la que, principalmente, se apuesta por la vía europea aunque se complementa con una actuación administrativa y la persecución penal de las noticias falsas cuando encajan en algún tipo delictivo.

Asimismo, analizaremos la actividad que las empresas tecnológicas, propietarias de las redes sociales, han desarrollado para limitar las noticias falsas y si esa actuación ha servido para frenar su proliferación.

La libertad de expresión en los sistemas democráticos

Las dificultades para controlar eficazmente la difusión de información falsa a través, sobre todo, del mundo digital se pueden resumir en dos aspectos básicos. En primer lugar, la especial protección jurídica de la que goza la libertad de expresión e información en democracia y la consecuente restricción de los límites a los que puede someterse. En segundo lugar, las limitaciones que cualquier regulación jurídica padece para enfrentarse a un fenómeno global que trasciende fronteras y protagonizado por empresas

tecnológicas que encarnan, *de facto*, un poder económico capaz de escapar al poder político e, incluso, someterlo.

Hemos definido la noticia falsa (o también falseada) como aquella información que se difunde a sabiendas de su falsedad y con la intención de engañar. La Comisión Europea, por su parte, la ha definido como “información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público”.¹⁰

Por su parte, las libertades de expresión e información están reconocidas en la *Constitución Española*, cuyo artículo 20.1 dispone lo siguiente:

Se reconocen y protegen los derechos: *a)* A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y *d)* A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

Con base en esta regulación, el Tribunal Constitucional Español subraya los requisitos para que una información tenga protección constitucional: que sea veraz, que tenga relevancia informativa o interés público y que su tono no exceda de lo constitucionalmente aceptable. El requisito de la veracidad no implica la verdad absoluta, sino una actividad previa de comprobación y diligencia en la obtención de los datos de forma que se admite, incluso, información publicada con

¹⁰ Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y Europeo y al Comité de las Regiones. La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo*, Bruselas, 26.4.2018 COM (2018) 236 final.

errores siempre que se cumpla con aquella profesionalidad en la verificación de la información.¹¹

En tanto que el requisito de la relevancia informativa o interés público puede referirse tanto al objeto de la información como al sujeto al que se refiere la noticia si bien en cualquier caso se descartan los rumores, insidias o cotilleos. Finalmente, el tono constitucionalmente aceptable incluye la crítica (incluso la que pueda molestar) o la sátira, pero no ampara el insulto.¹² En consecuencia, si se difunde una noticia y no cumple con estos requisitos porque es falsa intencionadamente, la noticia no tiene protección porque no estamos ejerciendo el derecho constitucional.

Esta protección constitucional otorgada a las libertades informativas se mantiene con independencia del canal de difusión de la información, puesto que éste no modifica la posición constitucional de la libertad ni el análisis jurídico de los intereses en conflicto. Lo complejo de la expresión en Internet y las redes sociales es que la información y la expresión se entremezclan y las ideas y opiniones tienen un margen de actuación mayor que el de la información con el único límite del insulto y la revelación de datos íntimos.¹³

Ambas, expresión e información, son libertades pilar en democracia. A consecuencia de la centralidad que ocupan la libertad de expresión e información en la construcción del edificio democrático se les ha otorgado una posición preferente siempre que se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, lo que se traduce en estas dos derivadas:

¹¹ Por todas, véase STC 121/2002, de 20 de mayo, f. 5.

¹² STC 216/2013, de 19 de diciembre, f. 5.

¹³ Así, por ejemplo, las SSTC 204/2001, de 15 de octubre; 185/2002, de 14 de octubre y 127/2003, de 30 de junio.

En primer lugar, la libertad de expresión, clave en una democracia, impide la imposición de cualquier tipo de censura en los medios de comunicación, aunque su contenido sea falso. Se permite, no obstante, la interposición tasada de límites a la desinformación, por motivos de seguridad u otros fundamentales siempre impuestos por ley y sometidos a las garantías judiciales pertinentes. Cualquier tipo de censura administrativa de contenido, fuera de esos parámetros, es ajena a los valores europeos y a nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, el marco europeo comparte este enfoque y el artículo 2 del *Tratado de la Unión Europea (TUE)* establece que la democracia constituye uno de los valores fundamentales de la Unión, y se basa en la existencia de medios de comunicación libres e independientes, cuyo funcionamiento requiere la plena vigencia de la libertad de expresión y de información. Esa libertad está garantizada, a su vez, por el artículo 11 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)* y el artículo 10 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)*, pero el texto de la disposición aclara:

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.¹⁴

¹⁴ Consejo de Europa. "Art. 10. Libertad de expresión", en *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Disponible en <https://acortar.link/TnCRx9>

En esta línea, la jurisprudencia europea, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha reiterado que toda limitación de la libertad de expresión debe ser interpretada restrictivamente y cualquier limitación debe ser impuesta por disposiciones normativas (STJUE de 16 de marzo de 2001, *Connolly c, Comisión Europea*, párr. 42).

De particular interés para nuestro trabajo resulta el hecho de que el TJUE haya advertido que las autoridades no pueden silenciar las opiniones, aunque sean contrarias a la visión oficial (STJUE de 16 de marzo de 2001, *Connolly c Comisión Europea*, párr. 43). Incluso para el TEDH, el artículo 10 del CEDH “[...] no prohíbe la discusión o difusión de la información recibida, incluso si se sospecha firmemente que esta información podría no ser veraz. Sugerir lo contrario privaría a las personas del derecho a expresar sus opiniones y puntos de vista sobre las declaraciones hechas en los medios de comunicación y, por lo tanto, impondría una restricción irrazonable a la libertad de expresión establecida en el artículo 10 de la Convención”.¹⁵

La importancia de estos requisitos tan estrictos está vinculada con la idea de que la democracia —en la que los que controlan a los controladores son los propios controlados— es el único sistema en el que los límites a la libertad de expresión no son censura; sino tolerancia hacia una comunicación civilizada, que no haga daño a nadie y sea beneficiosa para todos, como en la Unión Europea.

¹⁵ STEDH de 6 de septiembre de 2005, *Salov c, Ucrania*, párr. 103.

La lucha contra la desinformación en el ámbito europeo

Unión Europea

Como anunciábamos, no existe un mecanismo legal para luchar contra las noticias falsas como fenómeno global, aunque en el marco de la Unión Europea se ha planteado conscientemente una acción coordinada que garantice un elevado nivel de protección a todas las personas usuarias, con independencia del lugar donde residan en la UE. Si en sus comienzos la Unión Europea apostó por una vía colaborativa¹⁶ con implicación del sector empresarial, gobiernos y ciudadanía, con el paso del tiempo se ha ido decantando hacia una vía regulatoria que imponga obligaciones exigibles —cuyo incumplimiento es sancionable, en su caso— a las plataformas tecnológicas que son las grandes protagonistas en la difusión de noticias falsas. La última medida para combatir la desinformación ha sido la aprobación del *Reglamento de Servicios Digitales*,¹⁷ de 19 de octubre de 2022, que tiene el triple objetivo de poner freno al contenido ilícito en Internet, responsabilizar a las plataformas digitales de sus algoritmos y mejorar la moderación de los contenidos.

Con anterioridad, la lucha contra las noticias falsas se ha establecido en varios frentes. Así, la UE lleva trabajando

¹⁶ En concreto, se han instaurado algunas soluciones que pasan por establecer marcos jurídicos que intentan controlar las tecnologías y las empresas sobre las que se apoyan los nuevos modos de crear, producir y consumir información, implementando planes de alfabetización mediática para los usuarios y el establecimiento de filtros (Cristina Pauner Chulvi. “Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red”, en *Teoría y realidad constitucional*, pp. 297-318). Véase también Raúl Magallón Rosa. “La (no) regulación de la desinformación en la Unión Europea. Una perspectiva comparada”, en *Revista de Derecho Político*, pp. 319-347.

¹⁷ *Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (*Reglamento de Servicios Digitales*).

en el asunto desde 2015, especialmente desde 2018, en el que descarta la vía legislativa y apuesta por la implicación de las tecnológicas y el *fact-checking*. La UE reconoce que este fenómeno solo puede abordarse desde una óptica multidisciplinar; toda vez que afecta a multitud de aspectos, como las amenazas híbridas, el mercado único digital y la regulación de los medios de comunicación en la UE y en los Estados miembros. De esta forma, no cabe duda de que la regulación del fenómeno de la desinformación se asienta en un marco regulatorio comunitario amplio y complejo, por lo general previo a la explosión de este fenómeno en los últimos años.

El proyecto con el que se inició la lucha contra las campañas de desinformación se llama EU vs. Disinfo del grupo de trabajo East Stratcom, que pertenece al Servicio Europeo de Acción Exterior. Se creó en 2015 para predecir, abordar y responder mejor a las campañas de desinformación de Rusia que afectan a la Unión Europea (UE), sus Estados miembros y sus países vecinos. Con este proyecto, se trata de lograr una mayor concienciación por parte del público acerca de las operaciones de desinformación del Kremlin. Está centrado en combatir, en la actualidad, la manipulación de la información relacionada con el conflicto en Ucrania.¹⁸ Unas falsedades lanzadas por las autoridades rusas y los medios de comunicación de este país que tratan de denigrar a Ucrania y presentarla como una amenaza para la seguridad mundial.

A partir de la constitución de un grupo de expertos, se aprobó el *Plan de acción contra la desinformación de 2018*,¹⁹ que

¹⁸ EU vs. Disinfo, Ucrania: Objetivo de desinformación. Disponible en <https://euvsdisinfo.eu/es/ukraine-es/>

¹⁹ Action Plan against Disinformation. 5 de diciembre de 2018. Disponible en https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/action_plan_against_disinformation.pdf

promovía una acción unificada entre las instituciones de la Unión, los Estados miembros, la sociedad civil y el sector privado, en especial las plataformas en línea. Seguidamente, el *Mecanismo de Alerta rápida de la UE contra la desinformación* fue creado entre las instituciones de la UE y los Estados miembros para facilitar el intercambio de información sobre las campañas de desinformación y coordinar las respuestas a éstas. También en 2018, se consiguió la implicación voluntaria de las principales plataformas digitales que presentaron y suscribieron el *Código de buenas prácticas sobre desinformación* a nivel de la UE²⁰ que implica unas normas de autorregulación que deben ser aceptadas voluntariamente por los operadores privados para alcanzar los objetivos previstos por la Comisión, establecen una amplia gama de compromisos, desde la transparencia en la publicidad política hasta el cierre de cuentas falsas y la desmonetización de los proveedores de desinformación e implicándolas en el control del contenido *online* con resultados muy desiguales²¹ que quedan reflejados en informes periódicos de autoevaluación.

Con la llegada de la pandemia y las campañas de desinformación sobre salud —bautizadas como *infodemia* por la Organización Mundial de la Salud (OMS)— la UE ha continuado

²⁰ Declaración de la Comisión Europea. *Código de buenas prácticas contra la desinformación: la Comisión reconoce los esfuerzos de las plataformas de cara a las elecciones europeas* (Bruselas, 17 de mayo de 2019).

²¹ El último informe disponible del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) valora su esfuerzo para detectar y contrarrestar la información errónea y la desinformación, pero les pide mayor esfuerzo. Twitter han facilitado el acceso de los investigadores a decenas de millones de tuits públicos diarios sobre la pandemia. Facebook a cerrar ocho redes de desinformación (seis de ellas ubicadas en los Estados Unidos, Georgia, Birmania y Mauritania, además de las dos atribuidas a Rusia e Irán). YouTube y Facebook han eliminado las imágenes de un falso documental titulado *Plandemic* debido a su potencial daño para la salud, pero el video ha seguido circulando. No todas las plataformas responden o reaccionan al mismo ritmo en todos los idiomas. Así, los usuarios en español (70 %) e italiano (68 %) de Facebook reciben más contenidos sin alerta de desinformación frente al 29 % de los contenidos en inglés.

la lucha con las mismas medidas sin socavar las libertades informativas mediante actividades de concienciación sobre los peligros de la desinformación y la promoción el recurso a fuentes autorizadas, ya que el exceso de información sobre el virus y las medidas para enfrentarlo dificultaba a muchas personas encontrar fuentes fiables para orientarse.²²

La comunicación conjunta de la Comisión Europea y el Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad titulada *La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos*, para proponer medidas como la intensificación del apoyo de la UE a los verificadores de datos y a los investigadores, el refuerzo de las capacidades de comunicación estratégica de la UE y la mejora de la cooperación con los socios internacionales, garantizando al mismo tiempo la libertad de expresión y la pluralidad. En diciembre de 2020 se adoptó un *Plan de Acción para la Democracia Europea*, básicamente de refuerzo de las medidas adoptadas.

En conclusión, hasta el 2020, estamos ante la ausencia de actos jurídicos obligatorios para los Estados miembros, como directivas o reglamentos, focalizados sobre el problema. Sin duda, por un lado, esta falta de adopción de normas de *hard law* se debe a la sensibilidad de la materia, tan relacionada con la libertad de expresión y de información; por otro lado, cabe advertir que, en la medida en que las campañas de desinformación formen parte de un elemento de una amenaza híbrida proveniente del exterior, son una cuestión de competencia nacional.

Sin embargo, el enfoque actual europeo en la lucha contra las noticias falsas está virando y se confía en la regulación legal. La Unión Europea está prestando especial atención

²² R. Salaverría *et al.* "Desinformación en tiempos de pandemia: tipología de los bulos sobre la Covid-19", en *Profesional de la información*.

a los servicios digitales —dentro de los que se incluyen las plataformas en línea como las redes sociales— y ha aprobado un paquete de medidas legislativas para mejorar su regulación: el *Reglamento de Mercados Digitales*²³ y el *Reglamento de Servicios Digitales* que es el que interesa a nuestros efectos. En estas normas se reconoce que los servicios digitales han generado beneficios significativos para los consumidores, la innovación y el comercio transfronterizo, aunque estos beneficios han venido acompañados de algunos problemas como el derivado de los sistemas algorítmicos manipuladores para amplificar la propagación de la desinformación y para otros fines dañinos.

Anticipando un resumen de su contenido, el *Reglamento de Servicios Digitales* mejora los mecanismos de eliminación de contenidos ilícitos y de protección efectiva de los derechos fundamentales de los usuarios en línea, incluida la libertad de expresión. Además, el *Reglamento* introduce una mayor supervisión pública de las plataformas, en particular las que llegan a más del 10 % de los 450 millones de usuarios de la UE. Al análisis de su contenido dedicamos el apartado quinto.

Las soluciones regulatorias en algunos países europeos

En el derecho comparado europeo, encontramos algunos ejemplos de legislación contra la desinformación²⁴ con resultados muy desiguales tanto en su aplicación como en la valoración recibida.

²³ *Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (*Reglamento de Mercados Digitales*).

²⁴ Seguimos a Christoph Schmon y Haley Pedersen. “Platform Liability Trends Around The Globe: Taxonomy and Tools of Intermediary Liability”, en *Electronic Frontier Foundation*, 25 de mayo de 2022.

En el caso de Alemania, en octubre de 2017, entró en vigor la Network Enforcement Act —NetzDG—, cuyo objetivo es abordar el discurso del odio y el contenido ilegal en las redes sociales. Desde entonces, se ha modificado dos veces. La ley introduce una serie de obligaciones de diligencia debida para las plataformas de redes sociales con más de 2 millones de usuarios registrados. Dichas plataformas están obligadas a introducir un sistema de notificación y acción que ofrezca a los usuarios mecanismos “fáciles de usar” para señalar contenido potencialmente ilegal. Las plataformas también deben ofrecer opciones de compensación en los casos en que los usuarios creen que su contenido se eliminó de manera indebida, incluido un sistema voluntario de resolución de disputas extrajudiciales. Por último, la ley introdujo amplias obligaciones de informes de transparencia sobre la eliminación de contenido.

En particular, la NetzDG obliga a las plataformas a eliminar o deshabilitar el acceso a contenido ilegal de forma manifiesta, dentro de las 24 horas posteriores a la notificación del contenido. Cuando éste no sea manifiestamente ilegal, los proveedores de redes sociales deben eliminar la publicación en cuestión dentro de los siete días. El incumplimiento puede dar lugar a multas significativas.

La mayor parte de críticas que acompañaron al debate legislativo de esta norma se centraron en los estrictos plazos de respuesta para que las plataformas eliminen contenido que impiden un análisis legal equilibrado y, por lo tanto, pueden dar lugar a eliminaciones indebidas. Más allá de su impacto en la UE, la NetzDG ha inspirado leyes de “imitación” en jurisdicciones de todo el mundo. Un estudio reciente informa que al menos 13 países, incluidos Venezuela, Australia,

Rusia, India, Kenia y Malasia, propusieron leyes similares a la NetzDG desde que la ley entró en vigor.

Desde su adopción, la NetzDG se ha modificado dos veces. En junio de 2020, el parlamento alemán adoptó un paquete de medidas destinadas a abordar los “crímenes de odio” y la incitación a éste. De conformidad con la nueva legislación, las plataformas tendrán que reenviar contenido que podría ser ilegal según la legislación penal alemana a la Oficina Federal de Policía Criminal de Alemania, donde se establecerá una nueva oficina/base de datos.

En junio de 2020, Francia aprobó la polémica *Ley Avia* que obligaba a las redes sociales a eliminar el contenido obviamente ilegal en un plazo de 24 horas y el contenido relacionado con el terrorismo y el abuso infantil en el plazo de una hora. En caso de incumplimiento se preveía un año de prisión y 250 mil euros de multa. La *Ley* fue impugnada ante la Corte Constitucional Francesa, que declaró inconstitucionales²⁵ aquellas provisiones reconociendo que alentarían a las plataformas a eliminar el discurso perfectamente legal tanto por el corto periodo de decisión como por las sanciones previstas en caso de omisión.

En agosto de 2021, la Asamblea Nacional aprobó la *Ley sobre el respeto a los principios de la República*, donde se incorporan nuevas reglas con el objetivo de regular las plataformas y transponer por adelantado algunas disposiciones del *Reglamento de Servicios Digitales* de la UE. Se impone un nuevo régimen de moderación de contenidos ilegales, hasta finales de 2023, en las plataformas *online* (procedimientos de tramitación de solicitudes judiciales, información al público sobre el sistema de moderación, evaluación de riesgos, entre otros).

²⁵ Décision no. 2020-801, DC, 18 de junio de 2020. Recuperado de Conseil-constitutionnel.fr. Disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm>

El Consejo Superior del Audiovisual (CSA) deberá supervisar los procesos de moderación puestos en marcha por las redes sociales, plataformas de difusión de vídeos, buscadores, entre otros, y podrá pronunciar sanciones económicas (hasta 20 millones de euros o 6 % de la facturación mundial).

En la línea marcada por el Tribunal Constitucional Francés, estas iniciativas legislativas no son apoyadas por unanimidad porque se considera que existe el riesgo de limitar en exceso la libertad de expresión y por ser potencialmente desproporcionadas, ya que, para evitar las abultadas multas, se puede provocar una supresión de contenidos excesivos por parte de las plataformas, con una amplitud incluso mayor a lo que un juez hubiera considerado ilegal. Además, la responsabilidad de retirada de un contenido se traslada a una entidad privada.²⁶

En nuestro país la discusión parlamentaria en torno a las noticias falsas no ha tenido un largo recorrido y durante la actual legislatura (XIV), se presentó una *Proposición de Ley Orgánica* de regulación parcial de la verificación de noticias falsas en redes sociales, blogs, sitios web en general y medios de comunicación impresos, digitales y audiovisuales por el grupo parlamentario Vox. En las legislaturas anteriores no ha habido propuestas destacables sobre la materia al margen de diversas proposiciones no de ley presentadas por el grupo parlamentario socialista,²⁷ por el grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea²⁸ y por el Grupo Parlamentario Popular

²⁶ Por todos, Andrés Boix Palop. “La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales”, en *Revista de Estudios Políticos*, pp. 55-112.

²⁷ *Boletín Oficial de Cortes Generales (BOCG)*, Cortes Generales, núm. 155, de 12 de diciembre de 2017.

²⁸ *BOCG*, XII Legislatura, núm. 176, serie A, de 20 de febrero de 2018. Sobre el tratamiento de la desinformación desde el ámbito de la seguridad, véase Carlos Penedo Cobo. “Desinformación y seguridad”, en *Al revés y al derecho*, 23 de junio de 2020.

en la que se proponía impulsar la elaboración de métodos para determinar la veracidad de informaciones que circulan por la red, así como su “sellado” o “descalificación” como “potencial noticia falsa ante el ciudadano”.

Las herramientas para combatir la desinformación en España. Diversos enfoques y herramientas

Las campañas de desinformación como amenazas híbridas

Las campañas de desinformación se juzgan como un problema de seguridad porque estas operaciones de intoxicación se consideran “armas”²⁹ y han pasado a formar parte de las estrategias de seguridad interna en el ámbito internacional, europeo y nacional.

Las estrategias de seguridad se encargan de la protección contra los ataques de ciberseguridad dirigidos tanto contra instituciones públicas como privadas. De acuerdo con datos del Centro Criptológico Nacional del Ministerio de Defensa de España, nuestro país es objeto de tres ciberataques diarios de peligrosidad crítica o muy alta contra el sector público y empresas estratégicas. El origen y fines de esos ataques son diversos, pero es preocupante el hecho de que algunos de ellos procedan de Estados “que tienen entre sus propósitos debilitar y comprometer la capacidad económica, tecnológica

²⁹ Cristina Pauner Chulvi. “Las noticias falsas y las campañas de desinformación como nuevas amenazas para la seguridad”, en *Seguridad y derechos: análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*, pp. 393-432.

y política de España en un mundo cada vez más complejo, competitivo y globalizado”.³⁰

Junto a esos ciberataques de gran relevancia para los intereses nacionales, se producen frecuentes ataques a todo tipo de entidades o personas, de menor importancia para los intereses globales, pero por supuesto de gran trascendencia para la vida de esas personas o entidades. De forma paralela a esos ciberataques centrados en alterar los sistemas informáticos de los afectados se están produciendo, cada vez con más frecuencia, otros ataques, cuyo objetivo radica en alterar la opinión pública, y con ello dañar el funcionamiento democrático tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales.

Estas acciones constituyen campañas de desinformación que, en los casos más graves, suelen seguir una metodología muy pautada. En primer lugar, se procede al análisis y detección de vulnerabilidades sociales y políticas de la entidad víctima del ataque. En segundo lugar, se elaboran narrativas transmedia que se difundirán por diversos canales de comunicación. En tercer lugar, se lleva a cabo la puesta en pie de una red de medios propios y, finalmente, en cuarto lugar, se procede a la creación de canales de distribución automatizados.

El gobierno español adoptó una Orden, el 30 de octubre de 2020, para luchar contra la desinformación en cuyo anexo figura el *Procedimiento de actuación contra la desinformación*. Según su propio texto, la finalidad de la Orden no es otra que dar respuesta a los requerimientos de la UE “[...] implementar a nivel nacional las políticas y estrategias promulgadas en el ámbito de la lucha contra la desinformación [...]”³¹ y definir

³⁰ Centro Criptológico Nacional (CCN), “Desinformación en el ciberespacio”. Disponible en <https://acortar.link/whUahQ>

³¹ Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por el que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional.

los órganos, organismos y autoridades que forman el sistema, así como marcar el procedimiento de sus actuaciones.

En concreto, dentro del Sistema de Seguridad Nacional, se establece una estructura institucional para la lucha contra la desinformación conformado por diversos órganos: 1. El Consejo de Seguridad Nacional. 2. El Comité de Situación. 3. La Secretaría de Estado de Comunicación. 4. La Comisión Permanente contra la Desinformación. 5. Las autoridades públicas competentes. 6. El sector privado y la sociedad civil.

En el marco del procedimiento previsto, la orden establece una serie de niveles de actuación o activación del Sistema de Seguridad Nacional dirigido a la lucha contra la desinformación en atención a la peligrosidad de la amenaza. Destacaríamos que se prevé un nivel 4, en el que se llevará a cabo una coordinación “[...] de la respuesta a nivel político por parte del Consejo de Seguridad Nacional en caso de atribución pública de una campaña de desinformación a un tercer Estado”.³²

A este respecto, ha de señalarse que la Orden ha suscitado una polémica doctrinal³³, en primer lugar, por los peligros de dejar el control de materias relacionadas con la libertad de expresión en manos de las autoridades administrativas frente a la reserva jurisdiccional para autorizar la intervención en los derechos fundamentales.³⁴ En segundo lugar, si atendemos a la composición de la Comisión Permanente contra la desinformación, todos sus integrantes son dependientes del

³² Nivel 4 de la Orden PCM/1030/2020.

³³ Pueden verse los argumentos de Carlos Penedo Cobo. “Luz sobre la desinformación y estructura”, Infolibre. 7 de noviembre de 2020 y Víctor Vázquez Alonso. “La Comisión contra la desinformación y la imposible neutralidad del Gobierno”, *Agenda Pública*. 19 de noviembre de 2020.

³⁴ Miguel Ángel Cabellos Espiérrez. “Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 48.

Gobierno por lo que se han subrayado los riesgos de convertir este órgano en un Ministerio de la Verdad.

La referida Orden de 2020 para luchar contra la desinformación fue recurrida ante el Tribunal Supremo, por diversas instituciones y motivos,³⁵ pero en particular porque su implementación implicaría una especie de censura previa, susceptible de poner en peligro el derecho de libertad de expresión y el derecho a la información, sin las debidas garantías exigidas en la *Constitución Española* para la limitación de los derechos fundamentales, o por no respetar la estructura orgánica prevista en la *Ley 36/2015*, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. El Tribunal Supremo ha ido dictando decisiones sobre cuestiones incidentales o de legitimidad procesal de los demandantes³⁶, pero en una sentencia reciente³⁷, de 18 de octubre de 2021, ha entrado al fondo de la cuestión.

En ella, el Tribunal Supremo ha rechazado el fundamento del recurso contencioso administrativo presentado por Conflegal, que, en esencia, atacaba lo dispuesto en la Orden PCM/1030/2020 porque atribuía en materia del Procedimiento de Actuación contra la Desinformación el protagonismo al

³⁵ La editorial Conflegal impugnó el procedimiento al considerar que supone una “censura previa, grosera e inadmisibile, contraria al artículo 20 de la *Constitución Española*”. También Vox presentó un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo contra la Orden alegando que puede impedir el acceso de la ciudadanía a una información “libre y plural” en pleno estado de alarma, cuando el Ejecutivo podría concurrir en “abusos y actuaciones improcedentes”. Finalmente, el PP presentó ante la Audiencia un recurso contencioso contra el procedimiento que fue admitido a trámite a principios de diciembre. Y tras las críticas provocadas por el PP, el Gobierno aseguró que el plan no atajaría las noticias falsas, sino campañas de desinformación más sofisticadas mediante un procedimiento técnico del Consejo de Seguridad Nacional sin directrices políticas en su preparación.

³⁶ Se trata de los siguientes pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo: Auto 1/2021, de 4 de enero de 2021; Auto 2697/2021, de 3 de marzo de 2021; Auto 4236/2021, de 12 de abril de 2021, y Auto 6128/2021, de 13 de mayo de 2021.

³⁷ TS, Sala de lo Contencioso, Sentencia 3798/2021, de 18 de octubre de 2021.

Departamento de Seguridad Nacional, cuya actuación escapa al control judicial, privando de protagonismo al Centro Nacional de Inteligencia, “[...] que queda desapoderado de las funciones atribuidas por el artículo 4 de la *Ley 11/2002*, funciones que desempeña, y aquí estaría el meollo de su impugnación, bajo control judicial [...]” (fundamento sexto).³⁸ Sin embargo, para el Tribunal Supremo la Orden impugnada respeta plenamente la estructura orgánica y competencial prevista en la *Ley 36/2015 de Seguridad Nacional* y, por tanto, declaró a la Orden conforme a Derecho.

Asimismo, debe indicarse que el Plan para combatir las noticias falsas recibió el visto bueno de la Comisión Europea³⁹ que afirmó que no existen motivos para deducir que suponga un ataque a la libertad de expresión o la libertad de información. El Gobierno ya subrayó que la medida respondía a las exigencias del Plan de Acción contra la desinformación aprobado por la Unión Europea en diciembre de 2018.

La persecución penal indirecta de las noticias falsas

Al margen de la respuesta administrativa centrada en el aspecto de seguridad, la difusión de noticias falsas en España no constituye una conducta delictiva porque la criminalización de estas conductas iría en contra del derecho fundamental a la libertad de expresión que reconoce el mencionado artículo 20 de la *Constitución Española*.

³⁸ STS 3798/2021, de 18 de octubre, f. 4.

³⁹ Parlamento Europeo. Respuesta de la vicepresidenta Jourová en nombre de la Comisión Europea a la pregunta parlamentaria-E-006087/2020-ASW. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-006087-ASW_ES.html

Pero la persecución de las noticias falsas también se responde indirectamente en los tribunales cuando integran tipos penales en atención a su contenido y su intencionalidad.⁴⁰ Como observamos, este fenómeno tiene la particularidad de que pone el foco en bienes de titularidad colectiva (orden público, seguridad, salud, procesos electorales, entre otros); pero, desde el punto de vista de la libertad de expresión e información, se abre la posibilidad de persecución penal de la desinformación si se atiende a la lesión de bienes jurídicos de titularidad individual (honor, intimidad, privacidad).

Desde este último punto de vista, en abril de 2020, la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado publicó los criterios para el tratamiento penal de las noticias falsas, unas acciones que han originado diversas condenas en nuestro país. La más reciente es una condena por difundir bulos sobre los menores migrantes. Se trata de un caso que prosperó gracias al impulso de la Dirección General de la Infancia y la Adolescencia de la Generalitat de Cataluña, que lo elevó a la Fiscalía. En el relato de hechos se explica que el condenado publicó en su cuenta de Twitter el video de una brutal agresión a una mujer y lo atribuyó a menores no acompañados de un centro de Canet de Mar, localidad de Barcelona. Sin embargo, se trataba de una noticia falsa, puesto que la agresión se había producido, pero en China. La publicación iba acompañada de un mensaje de rechazo a los inmigrantes extranjeros de origen marroquí.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 8 de noviembre de 2022 declara que se ha producido un delito de odio e impone al condenado 15 meses de cárcel, el pago de

⁴⁰ Seguimos a Carlos Espaliú Berdud. "Persecución jurídico-penal de la desinformación en España en el contexto de la Unión Europea", en *Profesional de la información*, vol. 3, núm. 3, 2022.

una multa de mil 620 euros y la inhabilitación para dedicarse a oficios relacionados con menores. La pena de prisión ha quedado en suspenso con la condición de que el condenado no abra nuevos perfiles de contenido discriminatorio y que siga un curso de reinserción enfocado en la no discriminación.

Conviene destacar el enfoque del caso en el que no se ha juzgado la difusión de información falsa, sino porque con su publicación ha inducido odio y rechazo contra un colectivo concreto. Así el artículo 510 del *Código Penal* castiga lo siguiente: “[...] la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica [...]” susceptibles de generar un clima de odio, discriminación, hostilidad o violencia contra determinados colectivos.

Además del caso comentado, el Tribunal Supremo condenó en apelación a una persona por delito de odio al emitir expresiones generadoras de esa pasión contra el colectivo de mujeres a través de la red social Twitter en 2015 y 2016, aplicándose en concreto la agravante del artículo 510.3 del *Código Penal*, ya que el autor tenía dos cuentas en esa red social que contaban con una cantidad de seguidores en torno a los 2 mil.⁴¹ Si la desinformación va acompañada de revelación de datos personales (estos últimos, auténticos),

⁴¹ STS, Sala de lo Penal, 9 de febrero de 2018. En síntesis, el relato fáctico refiere que el acusado publicó a través de la red social Twitter las siguientes expresiones: “53 asesinadas por violencia de género machistas en lo que va del año, pocas aparecen con la de putas que hay sueltas”; y “2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos la cifra”; “ya tengo los explosivos preparados para esta noche en la plaza del Sol, feliz año, Alá es grande”; “ahora sólo falta un atentado en Madrid con unos cuantos españoles muertos y un 2015 de puta madre”; “ya no se ven atentados como los del 11 de ese, estos de la Yihad valen, si van a masacrar gente que lo haga con estilo, vuelve Ben Laden”; “Beatriz era feminista, y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad”. Por último, colocando la foto de una mujer, respecto a la que no consta si fue víctima del maltrato de violencia, añade el lema “ya la he maltratado, tú eres la siguiente”.

puede existir un concurso con el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3 CP).

En casos de muy extrema gravedad y siendo la víctima una persona individual, las falsas noticias podrían llegar a integrar el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP. A este respecto, en uno de los casos judiciales más polémicos contra la libertad de expresión se enjuiciaba la comisión del delito contra la integridad moral de la víctima de La Manada por la creación de un portal web bajo el nombre “tourlaManada.com”. La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra no tuvo en cuenta el argumento del acusado que alegaba que el sitio de internet lo había creado como crítica a las campañas de desinformación que aparecen en los medios de comunicación y su praxis de publicar noticias sensacionalistas y morbosas sin contrastar fuentes. Este enfoque jurisprudencial pone de manifiesto los riesgos del recurso al ámbito penal para enjuiciar las cuestiones relacionadas con la libertad de expresión, el derecho a la información o a la creación artística.⁴²

Sin embargo, a lo largo del procedimiento y en el acto del juicio oral, estima el recurrente, que ha quedado acreditado, en concordancia con lo sostenido por el Ministerio público, que “[...] el denominado ‘tour de La Manada’ no era real, sino un acto reivindicativo para llamar la atención

⁴² La Sentencia 155/2020, de 3 de junio, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra ratificó la sentencia de instancia 269/2019, de 9 de diciembre, del Juzgado de lo Penal de Pamplona. En los momentos de redactar estas líneas el caso se encuentra recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional, tras la inadmisión del recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo contra la sentencia de la Audiencia. Un comentario a las sentencias en María Luisa Cuerda Arnau. “El art. 173 como cláusula de cierre frente al discurso molesto. El caso del “tour de la manda como paradigma”, en *Una perspectiva global del derecho. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier Penal, pp. 481-491. “Una reflexión desde la perspectiva periodística del asunto”, en Juan Soto Ivars. *Nadie se va a reír*, Debate, 2022.

sobre la desinformación de los medios y su tendencia a recoger noticias escabrosas sin contrastar fuentes. Por ello, aunque de manera poco afortunada al recoger dentro de los Hechos Probados un término como ‘presuntamente’”, el Juzgador acepta la evidencia de que dicho tour no existía ni se pretendía comercializar ese dramático suceso plasmando el siguiente Hecho Probado: “en el presente caso, pretendía presuntamente con carácter principal criticar el eco que algunos medios se hacen en ocasiones de determinadas noticias sin averarla”. De tal manera que se declara probado que el ánimo de Arsenio no era ni atentar contra la integridad de la víctima, ni incitar a la gente a que conociera la ruta (de lo que ya se encargaron medios de comunicación como se puso de manifiesto en la propia página web el día 5 de diciembre de 2018 recogiendo parte de los artículos, donde se publicaron los planos detallados del trágico suceso), ni justificar y comerciar con la agresión ni la publicidad y distribución masiva de una ruta con venta de merchandising”.

Cabe aclarar que las campañas de desinformación o la difusión de noticias falsas comprendan elementos de los delitos de terrorismo. La Audiencia Nacional⁴³ ha condenado al autor de una campaña de desinformación como responsable de un delito de captación y adoctrinamiento terrorista (art. 577.1 y 2 CP). Ése fue el caso de un ciudadano que apoyaba a la organización terrorista Daesh mediante propaganda yihadista a través de redes sociales para captar y adoctrinar nuevos adeptos. Dentro de la labor propagandística, el procesado sigue todas las pautas de la organización que van desde la desinformación, el odio a occidente o la divulgación de una

⁴³ SAN, Sala de lo Penal, 6 de octubre de 2021.

imagen idílica del Califato y los soldados de éste, conocidos como “muyahidines”.

Ejemplo de la campaña de desinformación son las publicaciones de las siguientes fechas: 10 de junio de 2014 y 17 de junio de 2014 en el perfil de Facebook con reseñas “[...] después de la conquista de Mosul, civiles demostraron su apoyo a los Muyahidines también uniéndose con ellos para luchar [...]”; algo que se ha demostrado *a posteriori* era totalmente falso, pues las hordas de Daesh exigían de sus feudos el compromiso de lucha o muerte, cuando no el esclavismo sexual, mutilación o asesinato de los que no aceptaran sus condiciones. Estos canales de información no sólo se hacían eco de lo que ocurría en Siria o Irak; sino que también facilitaban datos de ataques perpetrados por muyahidines en otras zonas geográficas como Afganistán o Paquistán. El escaso rigor informativo, sumado al claro posicionamiento de su editor, tenía un único propósito: mostrar su apoyo a la Yihad violenta.

Las noticias falsas también pueden integrar los tipos penales del delito de injurias (acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación art. 209 CP) y el delito de calumnias (la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad art. 206 CP).

Asimismo, las noticias falsas pueden ser calificadas como actos que atentan contra el derecho al honor. Es el caso de la publicación a través de redes sociales de videos de una persona de relevancia pública que, presentados de modo sesgado y manipulado, se calificaron por el juez “como distorsión del contenido real del conjunto de la publicación original; incurriéndose así en manipulación de la opinión pública y,

por tanto, en una actuación calificada de desinformación y manipulación intencionada”.⁴⁴ Éste fue uno de los elementos que acarreó en el caso la condena del acusado por violación del derecho al honor del demandante.⁴⁵

Finalmente, puede llegarse a la persecución de noticias falsas por el ofrecimiento o comercialización de un producto que cause daño a la salud, por ejemplo “curanderos”. La Unidad de Criminalidad Informática de la FGE ha denunciado en ocasiones las noticias sobre métodos curativos sin contrastar médica o claramente ineficaces (arts. 359 y ss. CP). Si la anterior conducta va acompañada, como es lo habitual, de la existencia de un *negocio*, a partir de las noticias falsas sobre las propiedades curativas de una determinada sustancia, sin contrastar científicamente, estaríamos ante un delito de estafa de los arts. 248 y ss. CP. Ejemplos de lo anterior es el caso de quienes vendían *Ciripolen*, para curar la impotencia masculina, o la sustancia conocida como *Biobac*, para curar el cáncer.

El papel de las empresas tecnológicas como colaboradoras necesarias en la lucha contra las noticias falsas

Como señalamos con anterioridad, la irrupción de las redes sociales en el contexto de la comunicación está en el origen de la rápida difusión de las noticias falsas, puesto que son una herramienta que facilita la creación, reproducción y compartición de contenidos sin filtros de entrada y escasa

⁴⁴ Audiencia Provincial de Granada, 3 de junio de 2020.

⁴⁵ Carlos Espaliú Berdud. “Persecución jurídico-penal de la desinformación en España en el contexto de la Unión Europea”, en *Profesional de la información*, vol. 31, núm. 3, 2022. Disponible en <https://revista.profesionaldelainformacion.com/index.php/EPI/article/view/86844/63168>

acción de verificación. De hecho, una de las claves esenciales del éxito en la lucha por erradicar las noticias falsas debe ser la colaboración eficiente entre las partes interesadas —plataformas en línea, sector de la publicidad y anunciantes— y asegurar su compromiso para intensificar los esfuerzos por combatir la desinformación. Esta propuesta colaborativa está presente en todas las medidas adoptadas en la Unión Europea que desarrolló con especial detalle en el mencionado *Código de buenas prácticas sobre desinformación a nivel de la UE*.

Este *Código* recoge medidas en relación con cinco líneas de actuación complementarias: impedir que los actores que difundan información falsa puedan obtener ingresos publicitarios y garantizar la transparencia sobre los contenidos patrocinados, en particular la publicidad de carácter político; proporcionar una mayor claridad sobre el funcionamiento de los algoritmos y permitir la verificación por terceros; hacer que resulte más fácil para los usuarios encontrar y acceder a fuentes distintas de noticias que representen otros puntos de vista; introducir medidas para identificar y cerrar cuentas falsas; poner a disposición de los usuarios, investigadores y otros colectivos herramientas de denuncia en caso de hallar noticias falsas.

A pesar de que hasta la fecha la vía colaborativa no ha mostrado una eficacia adecuada para frenar la difusión de la información falsa, sí está demostrado que son estas plataformas las que deben introducir mecanismos de filtrado y, en su caso, responsabilizarse por su difusión. Ésta es la dirección en que se avanza en la Unión Europea, donde se han comenzado a regular las obligaciones de estos servicios digitales y en los últimos años se advierte una evolución⁴⁶ que, partiendo de

⁴⁶ Por no tratarse del objeto de la presente investigación, se citan sin carácter exhaustivo, algunos de los más recientes actos legislativos europeos que han ampliado el régimen

la consideración de meros intermediarios de las plataformas *online* por la difusión de contenidos, ha llevado hasta un enfoque más estricto que deja bajo su competencia el deber de detectar y controlar no sólo los contenidos ilegales, sino también los contenidos legales pero “dañinos o perjudiciales”.

El respeto a las libertades de expresión e información frente al riesgo de censura

Es evidente que las empresas tecnológicas que ofrecen estos servicios (proveedores de servicios de Internet, motores de búsqueda, plataformas de redes sociales) desempeñan un papel esencial a la hora de facilitar el acceso a la información y sus políticas impactan significativamente en los derechos fundamentales de las personas usuarias. Esta posición es la causa por la que los gobiernos tratan de intensificar sus responsabilidades.

Sin embargo, este enfoque suscita alguna preocupación porque, con carácter general, resulta especialmente complejo legislar en una materia donde el objetivo de frenar la expansión de bulos e informaciones manipuladas se entrecruza con la de proteger derechos fundamentales como las libertades informativas. Así, el principal reto que plantea la desinformación a los Estados democráticos es que no resulta posible restringir de manera efectiva los flujos de información obviando el riesgo de censura. En concreto, la libertad de expresión e información ocupa un lugar preeminente en la construcción del edificio

de obligaciones a las que están sometidas las plataformas en línea como el *Reglamento 2019/1150* sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea o la *Directiva 2019/790* sobre derechos de autor en el mercado único digital.

democrático y se le otorga una posición preferente siempre que se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general. También en el debate político, el discurso goza de la máxima protección que ofrece la libertad de expresión, de modo que cualquier restricción que pretenda imponérsele está sometida al más estricto escrutinio de constitucionalidad.

Como declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Orlovskaya Iskra c. Rusia*:

las elecciones libres y la libertad de expresión, especialmente la libertad de debate político, son los fundamentos de cualquier sistema democrático. Estos dos derechos están interrelacionados y se refuerzan mutuamente: por ejemplo, la libertad de expresión es una de las “condiciones” necesarias para “garantizar la libre expresión de la opinión de los ciudadanos en su elección de la legislatura”. Por este motivo, resulta especialmente importante que puedan circular libremente opiniones e información de todo tipo en el periodo previo a unas elecciones. En el contexto de los debates electorales, que los candidatos puedan ejercer su libertad de expresión sin obstáculos es una cuestión de especial importancia.⁴⁷

De ahí que, a pesar de que la circulación masiva de bulos contraviene el carácter funcional del derecho a la información como derecho directamente vinculado con la garantía de una opinión pública libre, en la lucha contra las noticias falsas en

⁴⁷ STEDH, caso *Orlovskaya Iskra c. Rusia*, de 27 de febrero de 2017, párr. 110. En EE. UU., la Corte Suprema de Washington analizó la compatibilidad con la ley de expresión de una ley estatal que sancionaba con pena de multa a quien patrocinara publicidad política que contuviera afirmaciones de hecho falsas. En los casos *State v. 119 Vote No! Committee* (1994) y *Rickert v. Public Disclosure Commission* (2007) consideró que, en una democracia, el Estado no tiene el “derecho a determinar la verdad y la falsedad en el debate político”, sino que este derecho corresponde al pueblo, ya que la Constitución no depositó en ningún gobierno la confianza para que separara lo verdadero de lo falso, Catalina Botero Marino. “La regulación estatal de las llamadas ‘noticias falsas’ desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”, en *Libertad de expresión: a 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas*, pp. 77-78.

las democracias se debe establecer los mecanismos para frenar la difusión de noticias falsificadas con escrupuloso respeto a las libertades de expresión e información y a la búsqueda del equilibrio para no caer en la censura.

Las plataformas y su responsabilidad como intermediarias de información. Nuevas reglas europeas contra la desinformación

La orientación de los gobiernos europeos así como de la Unión Europea en materia de regulación de los intermediarios en línea endurece progresivamente la responsabilidad legal de las plataformas. Desde la doctrina se ha advertido sobre los posibles efectos negativos de este enfoque porque “anima a las plataformas a supervisar de forma afirmativa el comportamiento de los usuarios; a filtrar y comprobar el contenido de los usuarios; y a eliminar o filtrar localmente todo lo que sea controvertido, censurable o potencialmente ilegal para evitar la responsabilidad legal”.⁴⁸ Se afirma que la presión por responder a un deber de moderación ampliamente configurado y el riesgo de enfrentarse a graves consecuencias legales y económicas si se equivocan o no cumplen, conllevará un exceso de censura por parte de las plataformas.

En general, la normativa sobre responsabilidad de los intermediarios se encarga de regular esa responsabilidad por los daños causados por contenidos creados o compartidos por terceros y usuarios, una necesidad que surgió en la década de 1990 a raíz de las crecientes demandas dirigidas contra las

⁴⁸ Christoph Schmon y Haley Pedersen. “Tendencias en la responsabilidad de las plataformas en todo el mundo: De Puertos Seguros a más responsabilidad”, en *Electronic Frontier Foundation*, 19 de mayo de 2022. Disponible en <https://www.eff.org/es/deeplinks/2022/05/platform-liability-trends-around-globe-safe-harbors-increased-responsibility>

plataformas de Internet por las actividades de las personas usuarias. Por ello, las legislaciones trataron de proteger a los intermediarios limitando su responsabilidad sobre la consideración del papel que desempeñan los proveedores de servicios como promotores de la actividad económica y la innovación, pero intentando, a su vez, su colaboración para hacer frente a los contenidos ilegales.

Sin embargo, en la actualidad se ha producido una concentración en manos de pocos actores globales dominantes en Internet, cuyo protagonismo en episodios negativos relacionados con la vulneración de derechos fundamentales como el derecho a una información veraz, el derecho a la protección de datos o el derecho a una participación política libre ha causado un cambio de percepción (caso Cambridge Analytica, campaña por el referéndum del Brexit, entre otros) y se estima que las empresas tecnológicas no han respondido adecuadamente a cuestiones problemáticas como la desinformación, el discurso del odio o el ciberacoso por lo que el discurso político y legislativo se ha orientado hacia la responsabilidad.⁴⁹

En un repaso necesariamente superficial de la regulación europea, se trata de una normativa que supedita la responsabilidad de los intermediarios a que tengan conocimiento del contenido ilegal difundido a través de sus plataformas para exigirles responsabilidad. La mayoría de las leyes sobre responsabilidad de los intermediarios no exigen explícitamente una supervisión proactiva del contenido ilícito, ya que se considera que los sistemas de filtrado automatizados o la vigilancia activa violenta la

⁴⁹ Giancarlo Frosio. "Why Keep a Dog and Bark Yourself? From Intermediary Liability to Responsibility", en *Oxford International Journal of Law and Information Technology*, pp. 1-33. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2976023

libertad de expresión de las personas usuarias.⁵⁰ Pero ya se han aprobado normativas que incentivan el uso de sistemas de filtro o que exigen que las plataformas implementen medidas sistemáticas para impedir la difusión de cierto contenido.

Al margen de este control, las plataformas también ejercen moderación para asegurar el cumplimiento de sus términos de servicio, deshabilitando el acceso al contenido que viola sus acuerdos de servicio. Éstos se elaboran teniendo en cuenta las preferencias de las personas usuarias de las plataformas por lo que se ha llegado a afirmar que así se permite el pluralismo y una diversidad de enfoques siempre que haya suficiente competencia en el mercado para los servicios en línea.⁵¹ Esto puede suponer que se elimine contenido legal, pero no alineado con los códigos de la empresa (es el caso de los desnudos de Facebook).

En esta línea de articular responsabilidades claras a las plataformas en línea se inscribe el *Reglamento de Servicios Digitales* que pretende regular los algoritmos de recomendación en Internet y la denuncia de contenidos dañinos o que promuevan la desinformación.

Esta norma, efectivamente, coloca a ésta en el centro del debate y explica que la manipulación informativa amenaza la democracia por lo que promueve tomar medidas ante la capacidad de “generar información deliberadamente incorrecta o engañosa” (Considerando 104) y se propone actuar contra “las cuentas falsas, el uso de bots y [...]”

⁵⁰ En esta línea se inscribe el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

⁵¹ Christoph Schmon y Haley Pedersen. “Platform Liability Trends Around The Globe: “Taxonomy and Tools of Intermediary Liability”, 2022.

comportamientos total o parcialmente automatizados, que pueden dar lugar a la difusión rápida y extendida de información que sea un contenido ilícito o incompatible con las condiciones generales de una plataforma en línea o un motor de búsqueda en línea y que contribuya a campañas de desinformación” (Considerando 84).⁵² Por ello, introduce mecanismos de eliminación de contenidos ilícitos y de protección de los derechos fundamentales de los usuarios en línea, incluida la libertad de expresión. Además, el *Reglamento* introduce una mayor supervisión pública de las plataformas, en particular las que llegan a más del 10 % de la población de la UE.

Asimismo, obliga a los prestadores de servicios a incluir información sobre la toma de decisiones mediante algoritmos y la supervisión humana (art. 14) que condiciona que unos contenidos aparezcan más arriba o abajo en las búsquedas o en los mensajes de las redes sociales, deber que se incluye también en la Propuesta de Reglamento (UE) de la Comisión Europea sobre el marco jurídico aplicable a los sistemas de Inteligencia Artificial,⁵³ que fue publicada el 21 de abril de 2022. En última instancia, se trata de que las plataformas europeas tengan en cuenta también el posible impacto negativo del contenido dañino, incluso cuando es legal.

Concretando más el contenido del *Reglamento de Servicios Digitales*, se implanta lo siguiente:

⁵² *Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (*Reglamento de Servicios Digitales*).

⁵³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (*Ley de inteligencia artificial*) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM (2021) 206 final, 2021. Disponible <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

- a) Medidas para luchar contra los bienes, servicios o contenidos ilícitos en línea, tales como un mecanismo para que los usuarios denuncien este tipo de contenidos⁵⁴ y para que las plataformas cooperen con “alertadores fiables”;
- b) Nuevas obligaciones sobre trazabilidad de las empresas usuarias en los mercados en línea, para ayudar a detectar a los vendedores de bienes ilícitos, o esfuerzos razonables por parte de los mercados en línea para comprobar aleatoriamente si los productos o servicios han sido identificados como ilegales en alguna base de datos oficial;
- c) Garantías eficaces para los usuarios, incluyendo
 - La posibilidad de impugnar las decisiones de los moderadores de contenidos de las plataformas y buscar reparación, ya sea a través de un mecanismo de disputa extrajudicial o reparación judicial;
 - Medidas de transparencia para las plataformas en línea, incluidos los algoritmos utilizados para recomendar contenido o productos a los usuarios;
 - Acceso de los investigadores a los datos clave de las plataformas y los motores de búsqueda de mayor tamaño a fin de comprender cómo evolucionan los riesgos en línea;

⁵⁴ El artículo 16.1 incluye la obligación de poner en marcha mecanismos de Notificación y Acción, que permitan a los usuarios notificar fácilmente al proveedor de servicios sobre la presencia de contenidos ilegales en su servicio. Según el art. 16.3 DSA, estos avisos pueden considerarse que da lugar a un “conocimiento real” de la ilegalidad del contenido, a los efectos del puerto seguro para los servicios de alojamiento (anteriormente incluido en el art. 14 de la Directiva de comercio electrónico).

d) Medidas para evaluar y mitigar los riesgos, tales como:

- Obligación para las plataformas en línea y los motores de búsqueda, ambos de gran tamaño, para evitar abusos de sus sistemas gracias a medidas basadas en la amenaza y auditorías independientes de su gestión de riesgos;
- Prohibición de determinado tipo de anuncios selectivos en las plataformas en línea (cuando están dirigidos a menores o cuando utilizan categorías especiales de datos personales, como la etnia, las opiniones políticas o la orientación sexual);
- Estructura de supervisión adecuada a la complejidad del ciberespacio: los países de la UE desempeñarán el papel principal, con el apoyo de una nueva Junta Europea de Servicios Digitales; en el caso de las plataformas de muy gran tamaño.

Se ha señalado⁵⁵ con acierto que esta tendencia a responsabilizar a las plataformas de la protección de los derechos fundamentales delega en las plataformas digitales algunas facultades estatales allí donde las instituciones públicas tienen dificultades para actuar o hacerlo eficazmente y, en atención a las responsabilidades que asumen y su obligación de colaboración, se ha calificado a las empresas tecnológicas como “agentes de seguridad interpuestos”.⁵⁶

Lo cierto es que la opción autorregulatoria basada en la voluntariedad de las empresas tecnológicas de acogerse

⁵⁵ Víctor J. Vázquez Alonso. “Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es: Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EE. UU.”, en *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, p. 29.

⁵⁶ Miriam Rodríguez Izquierdo Serrano. “Las empresas tecnológicas en Internet como agentes de seguridad interpuestos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 117, 2019, pp. 77-100.

a códigos de conducta no ha dado resultados satisfactorios y, en la actualidad, se les debe considerar como los nuevos mediadores de los procesos comunicativos. Ocupan una posición de monopolio u oligopolio y se ha comprobado que contribuyen a la percepción de lo que se considera la verdad en el espacio público como pone claramente de manifiesto el ejemplo de que “para muchos millones de estadounidenses, de un hecho que es tan objetivo e incontrovertible como el resultado de un proceso electoral regido por normas preestablecidas y con instrumentos fiables de control, se ha derivado un resultado muy diferente al de la realidad. Para ellos, el hecho es que Joe Biden no ha ganado las elecciones, sino que se las ha robado a Donald Trump.”⁵⁷

La trascendencia del caso narrado es suficiente para concluir que, con las cautelas apropiadas, el enfoque del *Reglamento de Servicios Digitales* es oportuno para proteger la esfera política y social de la acción de las plataformas que, mediante sus algoritmos, promueven una narrativa deformada que les proporciona mayores réditos económicos, pero que ponen en riesgo el debate público esencial en democracia al que nos referíamos al inicio de este capítulo.

En este sentido, consideramos positiva la introducción de los sistemas internos de reclamaciones que proporcionan al usuario una herramienta para impugnar las decisiones tomadas por las redes sociales y plataformas que les afecten negativamente (como eliminar contenidos cargados por ellos o, incluso, sus cuentas), por vía electrónica y gratuita. Igualmente positivo es el derecho reconocido a las personas usuarias de elegir un organismo de resolución extrajudicial de litigios o solicitar reparación ante los órganos jurisdiccionales.

⁵⁷ Francisco Balaguer Callejón, *La Constitución del algoritmo*, p. 73.

La transparencia sobre la publicidad que contienen estas plataformas aumentará con la obligación de que los anuncios que muestren estén debidamente identificados como publicidad y se indique la identidad del anunciante, así como a informar sobre los principales parámetros tenidos en cuenta para mostrar al usuario el anuncio de que se trate.

Finalmente, por lo que se refiere a las grandes tecnológicas, con una media de usuarios activos mensuales igual o superior a 45 millones, y sin ánimo exhaustivo, se trata de equilibrar su influencia y poder mediante la obligación de realizar evaluaciones anuales sobre los “riesgos sistémicos” derivados de sus servicios en la Unión. Dentro de esta amplia categoría, el artículo 34 enumera diferentes tipos de riesgos: el primer párrafo se refiere a riesgo de “difusión de contenidos ilegales a través de sus servicios”; segundo, “cualesquiera efectos negativos para el ejercicio de [...] derechos”; por último, “manipulación intencional de su servicio [...] con un efecto negativo real o previsible en la protección de menores, discurso cívico o efectos reales o previsibles relacionados a los procesos electorales y a la seguridad pública. Una vez identificado, el artículo 35 impone la obligación de aplicar medidas de mitigación de los riesgos identificados.

Conclusiones

La proliferación de noticias falsas y de campañas de desinformación se ha convertido en uno de los principales problemas por analizar en relación con el ejercicio de derechos fundamentales como las libertades informativas o el derecho de participación e incluso como peligro para la seguridad de los Estados. A pesar de que los bulos han

sido utilizados desde siempre con fines políticos o bélicos, en la actualidad, debido a la revolución tecnológica que se ha operado en todo el mundo, su peligrosidad y alcance se han multiplicado, constituyendo un grave riesgo global.

En todo el mundo se han articulado medidas para frenar la expansión de las noticias falsas, especialmente, en periodos electorales. Pero existen distintos motivos que dificultan la persecución jurídica de estos actos de desestabilización de los sistemas democráticos. En primer lugar, el alcance territorial de la normativa que se circunscribe a un ámbito de aplicación concreto mientras que nos enfrentamos a un fenómeno global. En segundo lugar, los avances tecnológicos que posibilitan una difusión masiva a través de redes sociales e, incluso, a través de herramientas de mensajería privada de muy difícil control. En tercer lugar, la afectación a principios fundamentales de los Estados democráticos como la libertad de expresión y opinión que se enfrentan a amenazas de censura o intervenciones lesivas de los gobiernos o las empresas a causa de las medidas que utilicen para contrarrestar la desinformación.

En cualquier caso, la gravedad de la amenaza que supone la propagación de estas campañas es consecuencia del cambio en el panorama informativo: hemos pasado de un contexto en que el derecho a informar quedaba en manos exclusivas de los medios de comunicación y el papel de informado pasivo del ciudadano a un escenario en que todos somos emisores y receptores de comunicación y los contenidos se comparten en línea con la participación destacada de las plataformas de redes sociales, donde la desinformación circula libremente porque no existen filtros de entrada; se comparte sucesivamente y es potenciada por los algoritmos de las propias redes que priorizan aquellos contenidos dañinos porque son los que mayores ingresos les proporcionan.

Por ello, aunque las vías seguidas para combatir las noticias falsas han sido hasta la actualidad divergentes, se han enfocado a someter el poder de las tecnológicas. Mientras algunos países europeos han optado por la vía regulatoria dura, aprobando normas que sancionaban a las plataformas por no filtrar adecuadamente los contenidos ilícitos o inadecuados, la Unión Europea emprendía una vía colaborativa suave en la que se marcaba como objetivo la sujeción de las plataformas a códigos voluntarios de autorregulación.

En ambos casos, los resultados no han sido del todo positivos: las soluciones legislativas han sido, en algún caso, declaradas inconstitucionales por representar riesgos para las libertades fundamentales, como la libertad de expresión, además de desproporcionadas. La solución colaborativa se ha demostrado ineficaz para frenar la expansión de las noticias falsas y los bulos. En el caso de España, la única norma para luchar contra la desinformación de modo directo y específico es la Orden PCM/1030/2020 donde se regula el *procedimiento de actuación contra la desinformación* que no prevé ningún régimen sancionador, sino que centraliza en una comisión gubernamental la coordinación entre los departamentos ministeriales competentes y, como función novedosa, la realización de campañas públicas de información cuando se haya detectado una operación previa de intoxicación informativa.

Si bien la Unión Europea no ha abandonado el enfoque colaborativo, la introducción de obligaciones legales y responsabilidades para las plataformas sobre el control de contenidos falsos se detecta en las más recientes disposiciones aprobadas por el Parlamento y la Comisión. En esta línea de articular responsabilidades claras a las plataformas en línea se inscribe el *Reglamento de Servicios Digitales* que pretende

regular los algoritmos de recomendación en Internet y la denuncia de contenidos dañinos o que promuevan la desinformación.

La importancia de este *Reglamento* reside, por tanto, en que modifica el marco regulatorio de las redes sociales y proporciona instrumentos a través de los cuales se impone la vigencia de principios de derecho público dentro de las grandes corporaciones digitales. Está por comprobar la eficacia de las obligaciones impuestas a estas plataformas en línea y la concreción del carácter ilícito de los contenidos que quedan en el ámbito del derecho nacional.

Fuentes de consulta

Amorós García, Marc. *Fake news. La verdad de las noticias falsas*. Plataforma Editorial, Barcelona, 2018.

Arias Maldonado, Manuel. "Informe sobre ciegos: genealogía de la posverdad", en Jordi Ibáñez Fanés (ed.), *En la era de la posverdad. 14 ensayos*, Calambur, Barcelona, 2017.

Balaguer Callejón, Francisco. *La constitución del algoritmo*. Fundación Giménez Abad Zaragoza, España, 2022.

Botero Marino, Catalina. "La regulación estatal de las llamadas 'noticias falsas' desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión", en *Libertad de Expresión: a 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas*, Trust for the Americas, Colombia, 2017, pp. 65-83. Disponible en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/OC5_ESP.PDF, [23 de mayo de 2023].

Cabellos Espírruez, Miguel Ángel. "Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo

- de las redes sociales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 45-86.
- Camps, Victoria. “Posverdad, la nueva sofisticada”, en Jordi Ibáñez Fanés (ed.), *En la era de la posverdad. 14 ensayos*, Calambur, Barcelona, 2017.
- Consejo de la Unión Europea. Reglamento de Servicios Digitales. Disponible en <https://acortar.link/l7UwhN>, [23 de mayo de 2023].
- Cuerda Arnau, M. L. “El art. 173 como cláusula de cierre frente al discurso molesto. El caso del “Tour de la manda como paradigma”, en *Una perspectiva global del derecho. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier Penal, Madrid, 2022, pp. 481-491.
- Espaliú Berdud, Carlos. “Persecución jurídico-penal de la desinformación en España en el contexto de la Unión Europea”, en *Profesional de la información*, vol. 3, núm. 3, 2022.
- Frosio, Giancarlo. “Why Keep a Dog and Bark Yourself? From Intermediary Liability to Responsibility”, en *Oxford International Journal of Law and Information Technology*, núm. 26(1), 2018, pp. 1-33. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2976023, [23 de mayo de 2023].
- Magallón Rosa, Raúl. “La (no) regulación de la desinformación en la Unión Europea. Una perspectiva comparada”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 106, 2019, pp. 319-347.
- McIntyre, Lee. *Posverdad*, trad. de Lucas Álvarez, Cátedra, Madrid, 2018.
- Milán, María. “Las fake news siempre han existido, pero hoy en día se han visto catapultadas por las redes sociales”. Disponible en <https://www.ucm.es/otri/noticias-las-fake-news-siempre-han-existido-pero-hoy-en-dia-se-han-visto-catapultadas-por-las-redes-sociales>, [23 de mayo de 2023].
- Olmo y Romero, Julia Alicia. *Desinformación: concepto y perspectivas*. Real Instituto Elcano, ARI 41/2019. Disponible en <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/desinformacion-concepto-y-perspectivas/>, [23 de mayo de 2023].
- Pauner Chulvi, Cristina. “Las noticias falsas y las campañas de desinformación como nuevas amenazas para la seguridad”, en *Seguridad y derechos:*

- análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*, J. L. González Cussac y F. Flores Giménez (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 393-432, 2018.
- Pauner Chulvi, Cristina. “Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red”. *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, pp. 297-318, 2018. Disponible en <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/22123>, [23 de mayo de 2023].
- Penedo Cobo, Carlos. “Desinformación y seguridad”, en *Blog Al revés y al derecho*. Disponible en https://www.infolibre.es/opinion/blogs/al-reves-al-derecho/desinformacion-seguridad-nacional_132_1247529.html, [23 de junio de 2020].
- Penedo Cobo, Carlos. “Luz sobre la desinformación; y estructura”, en *Infolibre*. Disponible en https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/luz-desinformacion-estructura_1_1189730.html, [7 de noviembre de 2020].
- Pinker, Steven. *Racionalidad. Qué es, por qué escasea y cómo promoverla*. Paidós, Barcelona, 2021.
- Rendueles, César. “¿Posverdad o retorno de la política?”, en Jordi Ibáñez Fanés, (ed.), *En la era de la posverdad*. Calambur, Barcelona, 2017.
- Rodríguez Izquierdo Serrano, M. “Las empresas tecnológicas en Internet como agentes de seguridad interpuestos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 117, pp. 77-100, 2019.
- Rubio Núñez, Rafael. “Los efectos de la posverdad en la democracia”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 103, pp. 191-228, 2019.
- Salaverría, Ramón *et al.*, “Desinformación en tiempos de pandemia: tipología de los bulos sobre la Covid-19”, en *Profesional de la información*, núm. 3, 2020.
- Schmon, Christoph y Haley Pedersen. “Platform Liability Trends Around The Globe: Taxonomy and Tools of Intermediary Liability”, en *Electronic Frontier Foundation*. Disponible en <https://www.eff.org/es/deeplinks/2022/05/platform-liability-trends-around-globe-taxonomy-and-tools-intermediary-liability>, [25 de mayo de 2022].

Schmon, Christoph y Haley Pedersen. "Tendencias en la responsabilidad de las plataformas en todo el mundo: De Puertos Seguros a más responsabilidad", en *Electronic Frontier Foundation*. Disponible en <https://www.eff.org/es/deeplinks/2022/05/platform-liability-trends-around-globe-safe-harbors-increased-responsibility>, [19 de mayo de 2022].

Soto Ivars, Juan. *Nadie se va a reír*. La increíble historia de un juicio a la ironía, Debate, Barcelona, 2022.

Vázquez Alonso, Víctor J. "Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es: Sobre Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EE. UU.". *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 68, núm. 1, pp. 475-508, 2020.

Vázquez Alonso, Víctor J. La comisión contra la desinformación y la imposible neutralidad del Gobierno. *Agenda Pública*. Disponible en <https://agendapublica.elpais.com/noticia/16711/comision-contra-desinformacion-imposible-neutralidad-gobierno>, [19 de noviembre de 2020].

Sentencias citadas

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH, caso *Salov c Ucrania*, de 6 de septiembre de 2005.

STEDH, caso *Orlovskaya Iskra c. Rusia*, de 27 de febrero de 2017.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 16 de marzo de 2001, *Connolly c Comisión Europea*.

Tribunal Constitucional

STC 121/2002, de 20 de mayo.

STC 216/2013, de 19 de diciembre.

STC 204/2001, de 15 de octubre.

STC 185/2002, de 14 de octubre.

STC 127/2003, de 30 de junio.

Tribunal Supremo

Auto 1/2021, Sala de lo Contencioso, de 4 de enero.

Auto 2697/2021, Sala de lo Contencioso, de 3 de marzo.

Auto 4236/2021, Sala de lo Contencioso, de 12 de abril.

Auto 6128/2021, Sala de lo Contencioso, de 13 de mayo.

Sentencia 3798/2021, Sala de lo Contencioso, de 18 de octubre.

Sentencia 72/2018, Sala de lo Penal, 9 de febrero.

VIII. El fomento público de la innovación en España y su reforma tras la crisis¹

José Luis Blasco Díaz²

Introducción

El entorno en que las empresas desarrollan su actividad se encuentra fuertemente condicionado por la globalización de la economía y la imparable apertura de los mercados internacionales, empujándolas a ser dinámicas y competitivas. Ello influye directamente en las economías nacionales, pues puede contribuir a un incremento de la productividad y del crecimiento económico, indicadores que les permitirán alcanzar o mantenerse en buenas posiciones.

Con el fin de favorecer que la economía se oriente en esa dirección, así como lograr un crecimiento económico sostenible, los poderes públicos plantean diversas estrategias, en las que un elemento clave es la innovación que se desarrolla por las empresas. De tal modo, la percepción generalizada de la ciencia y la innovación tecnológica como un imperativo para el desarrollo económico, se ha traducido en un posicionamiento elevado de la innovación en la lista de prioridades políticas; aunquela justificación de la intervención pública para apoyarla

¹ Trabajo realizado en desarrollo del proyecto de investigación Marco Jurídico del Fomento de la Innovación por el Sector Público. Bases, Sistemas e Instrumentos (RTI2018-099295-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

² Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Jaume I de Castellón. Correo electrónico: blasco@uji.es

ha evolucionado, también lo han hecho los instrumentos políticos utilizados.³

En ese sentido, a lo anterior se unen otros factores que también ayudan a que se consolide esa tendencia. Así ocurre con el desarrollo o la adquisición de innovaciones por el sector público, como vía para mejorar la prestación de sus servicios en diversos ámbitos, como el sanitario o el medioambiental. También con las demandas sociales o la voluntad de comprometerse con determinados valores, como la lucha contra el cambio climático o la apuesta por la transformación digital. Asimismo, nuevas situaciones han requerido una acción pública decidida y coordinada, como las aparecidas como consecuencia de la crisis económica de 2008 o de la provocada con la pandemia por el COVID-19.⁴ En ambos casos, se ha apreciado lo necesaria que es la innovación como una forma de proporcionar nuevas soluciones.

En consecuencia, las políticas públicas de estímulo y apoyo a la innovación vienen ocupando un lugar cada vez más importante en las acciones de gobierno, pasando a ser uno de

³ Evita Paraskevopoulou, "Non-technological regulatory effects: Implications for innovation and innovation Policy", en *Research Policy*, vol. 41, núm. 6, 2012, pp. 1058 ss, quien señala que los vínculos entre regulación e innovación se propusieron explícitamente como una línea de acción en el informe de la OCDE de 1997 sobre "Regulatory Reform and Innovation", una idea respaldada además en documentos de política europea que consideraban que las medidas regulatorias contribuían a la configuración de las actitudes europeas hacia la innovación y el espíritu empresarial.

⁴ Una muestra de lo relevante que ha sido la financiación pública para desarrollar los fármacos contra el coronavirus, como la vacuna de AstraZeneca, es que la industria farmacéutica soportó menos del 3% de los costos de investigación que la han hecho posible. De tal modo, la mayor parte de los 120 millones de euros invertidos llegaron desde el Gobierno del Reino Unido (45 millones) y la Comisión Europea (30 millones), mientras el resto procedía de entidades también financiadas con fondos públicos (centros de investigación) y fundaciones que apoyan la investigación científica. "Un estudio revela que el 97% de la inversión para desarrollar la vacuna de AstraZeneca fue pública, *El País*, 16 de abril 2021. Disponible en <https://elpais.com/sociedad/2021-04-16/un-estudio-revela-que-el-97-de-la-inversion-para-desarrollar-la-vacuna-de-astrazeneca-fue-publica.html>, consultado el 22 de septiembre de 2023.

sus ejes centrales. Con ellas, se intenta establecer un entorno institucional adecuado para que se desarrolle, eliminando además en lo posible los obstáculos que puedan condicionarla o frenarla. De este modo, actualmente van un paso más allá del tradicional fomento; es decir, de la acción de proteger o promover aquellas actividades de los particulares que satisfacen necesidades públicas o que se estiman de utilidad general.⁵

A este respecto, es recurrente señalar que España no aprovecha debidamente su capacidad en este ámbito.⁶ Aun así, el presupuesto estatal de I+D+I (Investigación, Desarrollo e Innovación) viene aumentando en los últimos años, al tiempo que la iniciativa pública para establecer nuevas líneas de estímulo a la innovación y herramientas que la hagan factible ha sido continua, incrementándose como consecuencia de las situaciones referidas; lo que ha culminado con una reciente reforma legislativa en 2022 del marco jurídico en que debe desarrollarse, alineada con las políticas europeas al respecto.

El contexto actual de la acción pública sobre innovación

El papel del sector público. Políticas públicas y sistemas de innovación

Si bien hay quien entiende que no existe una definición posible de innovación, sino que simplemente se reconoce cuando se ve,⁷ lo cierto es que se han multiplicado los esfuerzos por

⁵ De acuerdo con la tradicional definición de Luis Jordana de Pozas. "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", en *Revista de Estudios Políticos*, p. 46.

⁶ De tal modo, España se sitúa como un "innovador moderado" en el contexto de la Unión Europea, aunque ha ido mejorando su capacidad de innovación en los últimos años, según el último informe *European innovation scoreboard 2022*. Disponible en https://ec.europa.eu/growth/industry/policy/innovation/scoreboards_en, consultado el 22 de septiembre de 2023.

⁷ Así, Massimiliano Granieri y Andrea Renda, *Innovation Law and Policy in the European*

definirla,⁸ por la utilidad que ha de tener en una economía global. En este sentido, la Unión Europea (EU) determinó lo siguiente:

Significa la implementación de un bien, servicio o proceso nuevo o significativamente mejorado, incluidos, entre otros, los procesos de producción, construcción o edificación, un nuevo método de marketing o un nuevo método organizativo en las prácticas comerciales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones externas entre otras cosas, con el propósito de ayudar a resolver los desafíos sociales o apoyar la estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.⁹

Por su parte, la OCDE, en la edición de 2020 de su conocido Manual de Oslo, ha actualizado su concepto, estableciendo que “una innovación es un nuevo o mejorado producto o proceso (o una combinación de ambos) que difiere significativamente de los productos o procesos previos de la unidad institucional y que ha sido puesto a disposición de potenciales personas usuarias (producto) o implementado en la unidad institucional (proceso)”. Por consiguiente, la innovación se refiere a la novedad y a la mejora, aportando algo nuevo, que va más allá de lo existente.

La importancia del papel que puede desempeñar el sector público para su fomento ha sido resaltada en diversas

Union, Springer, Londres, 2012, pp. 3-4, para quienes este enfoque escéptico también llevaría a la imposibilidad de concebir una política de innovación eficaz.

⁸ Véase al respecto Alfredo Galán Galán, “Innovación y universidad”, en *Organización de la universidad y la ciencia*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2018, pp. 326 ss. y Anna Pallarès Serrano, “Estudio sobre la suficiencia de los mecanismos de coordinación existentes en el ámbito del fomento a la innovación en España”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.

⁹ Artículo 2.22 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 28 de marzo de 2014.

ocasiones por dichas instituciones. Dejando para más adelante lo relativo a la Unión Europea, puede señalarse que la OCDE en su estrategia de innovación de 2010 ya brindaba una serie de principios para fomentar la innovación en las empresas y los gobiernos, planteando políticas de largo alcance que la favorecieran.¹⁰ Posteriormente, en su reciente informe bianual *Science, Technology and Innovation Outlook 2021: Times of Crisis and Opportunity*,¹¹ analiza las políticas internacionales en estas áreas y realiza una serie de recomendaciones sobre los *cambios inmediatos y futuros a acometer en ciencia, tecnología e innovación* globales. En el sentido antes apuntado, señala que la pandemia de COVID-19 ha obligado a *buscar soluciones en tales ámbitos*;¹² pero, al mismo tiempo, plantea *importantes desafíos para estos campos*.¹³

De tal modo, entiende que esta pandemia podría *subrayar la importancia de la ciencia para prepararse y reaccionar ante las crisis* que se avecinan; lo que posiblemente se traduzca en un apoyo más fuerte y duradero para la investigación. En todo caso, concluye, no puede hablarse de un patrón común, pues

¹⁰ Plasmada en el documento *The OECD Innovation Strategy: Getting a Head Start on Tomorrow*, OECD, 2010, en la que plantea que la política pública necesita dejar atrás las políticas para la oferta que se centran en la I+D y en tecnologías específicas, en pos de un método más sistémico que tenga presente los muchos factores y participantes que influyen en el desempeño de la innovación.

¹¹ Disponible en <https://www.oecd.org/sti/oecd-science-technology-and-innovation-outlook-25186167.htm>, consultado el 22 de septiembre de 2023.

¹² Como apunta, la pandemia de COVID-19 ha desencadenado una movilización sin precedentes de la comunidad científica. El sistema de investigación ha respondido con firmeza y flexibilidad durante la pandemia. En un tiempo récord, las agencias y organizaciones públicas de investigación, las fundaciones privadas, así como la industria farmacéutica, han establecido una serie de iniciativas financiadas por valor de miles de millones de dólares.

¹³ En concreto, la OCDE habla de incertidumbre respecto a la financiación a largo plazo de la investigación una vez que pasada la emergencia inmediata, puesto que se han reasignado importantes recursos hacia campos de investigación que son relevantes para la crisis, pero en posible detrimento de otras áreas, por lo que atisba que el futuro de la financiación de la investigación después de la crisis es incierto.

“es probable que las *estrategias nacionales y los compromisos de financiación difieran ampliamente entre países*, lo que aumenta la incertidumbre futura para todos los actores en los ecosistemas de investigación, con importantes implicaciones para la fuerza laboral”.

Por su parte, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, impulsada por la Organización de las Naciones Unidas, tiene como objetivo fundamental “reforzar el compromiso internacional para hacer frente a los retos sociales, económicos y medioambientales de la globalización, poniendo en el centro de las políticas en el ámbito de la investigación, el desarrollo y la innovación”.¹⁴ La innovación está recogida en el Objetivo de Desarrollo Sostenible 9, sobre industria, innovación e infraestructuras, consistente en “construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación”; aunque se considera transversal a toda la Agenda 2030. En virtud de ello, los distintos países deben reforzar sus estructuras investigadoras y de innovación, mejorando la gobernanza de los sistemas de I+D+I y promoviendo la inversión creciente,¹⁵ tanto en los ámbitos público como en el privado, orientadas a la consecución de sus objetivos y para encontrar soluciones permanentes a los desafíos económicos y medioambientales.¹⁶

¹⁴ Ley 17/2022 del 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (*Boletín Oficial del Estado* del 6 de septiembre de 2022).

¹⁵ Como resulta de su informe de 2020 “Progress towards the Sustainable Development Goals”, a nivel mundial, la inversión en I+D, como porcentaje del PIB, aumentó de un 1.5 % en el 2000 a un 1.7 % en el 2015, y continuó casi en el mismo nivel en el 2017. Sin embargo, en las regiones en desarrollo fue inferior al 1 %. Por su parte, España invirtió en I+D+ I 1.5 % en 2018, por debajo de la media de los países de la Unión Europea (2%). Disponible en https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/26158Final_SG_SDG_Progress_Report_14052020.pdf, consultado el 23 de marzo de 2023.

¹⁶ De tal modo, su meta 9.5 es “aumentar la investigación científica y mejorar la capacidad tecnológica de los sectores industriales de todos los países, en particular los países en

En este contexto, los cambios que ha experimentado la sociedad y la economía en las últimas décadas han supuesto alteraciones importantes en el comportamiento del sector público, de manera que éste se ha convertido en uno de sus principales motores. En consecuencia, en paralelo a esas transformaciones, han evolucionado sus relaciones con el sector privado, abriéndose nuevos escenarios en las formas en las que la acción pública se manifiesta. En lo que respecta a su relación con la innovación, en particular, puede observarse tanto una creciente y más perfeccionada legislación que se refiere a ella como una búsqueda incesante de nuevas fórmulas para promoverla, plasmando las diversas estrategias y políticas públicas.

Una política de innovación, precisamente, puede describirse como una intervención pública para apoyar la generación, introducción en el mercado y difusión de la innovación.¹⁷ En este sentido, se considera la política de innovación como un conjunto de acciones destinadas a aumentar la cantidad y la eficiencia de las actividades innovadoras que se extienden a través de innumerables áreas temáticas, como acción pública que va más allá de la política de ciencia y tecnología; es concebida como la integral de todas las iniciativas estatales en materia de ciencia, educación, investigación, política tecnológica y modernización industrial,

desarrollo, entre otras cosas, fomentando la innovación y aumentando considerablemente, de aquí a 2030, el número de personas que trabajan en investigación y desarrollo por millón de habitantes y los gastos de los sectores público y privado en investigación y desarrollo". Por su parte, la meta 9.b consiste en "apoyar el desarrollo de tecnologías, la investigación y la innovación nacionales en los países en desarrollo, incluso garantizando un entorno normativo propicio a la diversificación industrial y la adición de valor a los productos básicos, entre otras cosas".

¹⁷ Jacob Edler, A. Gök, Pablo Cunningham y Philip Shapira, "Introduction: Making Sense of Innovation Policy", en *Handbook of Innovation Policy Impact*, p. 3.

superponiéndose también a las políticas industrial, ambiental, laboral y social.¹⁸

Persigue el establecimiento de un entorno institucional en el que empresas, organizaciones y gobiernos sean capaces de aprender, desarrollar y compartir nuevos conocimientos, productos y servicios.¹⁹ Por ello, esas políticas públicas de innovación pueden ser consideradas como la conexión entre las políticas de investigación y desarrollo tecnológico y las políticas industriales, buscando crear un marco propicio para llevar ideas al mercado, estimular la capacidad innovadora de las empresas y asegurar que la tecnología generada por los grupos de investigación sea transferida a éstas.²⁰ De tal modo, las políticas se refieren a objetivos, mientras que sus instrumentos —a los que luego nos referimos—, pueden definirse como las técnicas desarrolladas para alcanzarlos. Aunque en muchas ocasiones sus líneas convergen, las políticas de innovación pueden tener una diferente orientación, dependiendo de cada sistema de innovación, como apunta la OCDE. No en vano, lo que define un sistema de innovación es que está conformado por un conjunto de instituciones y agentes cuyas interacciones determinan el desarrollo y eficacia en innovación de un área determinada, ya sea un país o una región. De este modo, para lograr sus objetivos se estructura y funciona de una manera específica y en ocasiones diferenciada de otros sistemas. Varios factores determinan el mayor o menor desarrollo de los sistemas de innovación, como la presencia de industrias de alta tecnología, un mercado laboral especializado, la existencia de agencias

¹⁸ Véase sobre sus definiciones Evita Paraskevopoulou, *op.cit.*, p. 1058.

¹⁹ Jacob Edler y Jan Fargerberg, "Innovation policy: what, why, and how", *Oxford Review of Economic Policy*, pp. 5 ss.

²⁰ En este sentido, Juan Mulet Meliá y Adelaida Sacristán García, "Las bases de la intervención pública en la innovación", en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 72, 2013, p. 175.

y organizaciones de apoyo y, en especial, las relaciones establecidas entre las empresas y el sistema universitario, y la tradición en cooperación y emprendimiento.²¹

En los sistemas en los que se ha fomentado esta conexión, los gobiernos también han asumido los roles de orientar, promover y financiar el flujo de conocimiento desarrollado en universidades y centros de investigación hacia las empresas, para que éstas posteriormente puedan aplicarlo. Por consiguiente, donde una parte del tejido empresarial, como el conformado por las PYMES, ha mirado con desconfianza la investigación realizada en los centros públicos de investigación, el desarrollo de la innovación se ha resentido de un modo importante.

De tal modo, resulta determinante la orientación de las políticas públicas, ya que los requerimientos y niveles de innovación difieren entre áreas geográficas y, por ello, los objetivos explícitos a los que han de servir sus diversos instrumentos. En este sentido, por ejemplo, hay políticas regulatorias que incluyen explícitamente el proceso de innovación en sus objetivos (patentes, competencia, etcétera); mientras que en otras, si bien su objetivo principal no es la innovación, tienen repercusiones en ella (por ejemplo, las relativas al medio ambiente, la salud y la seguridad).²²

²¹ Annmaria Fiore, Maria Jennifer Grisorio y Francesco Prota, "Regional innovation systems: which role for public policies and innovation agencies? Some insights from the experience of an Italian region", en *European Planning Studies*, pp. 1400 ss.

²² Así, Evita Paraskevopoulou, *op.cit.*, p. 1059, quien señala que, hasta la década de 1990, la regulación sólo se apreciaba como parte de un entorno propicio para la innovación, pero más tarde, la categorización de medidas se volvió más detallada y utilizó la regulación de productos como impulsor de productos y servicios innovadores, regulación financiera para la facilitación de los mercados de capital de riesgo, y la legislación de propiedad intelectual para salvaguardar la iniciativa privada. Más recientemente, los instrumentos de esa política pueden orientar la demanda pública, definir y ampliar el espacio competitivo, enfocar la investigación hacia direcciones específicas y facilitar el desarrollo de industrias emergentes.

Véase un ejemplo de esas previsiones normativas favorecedoras en José Luis Blasco

A lo anterior debemos añadir otros factores recientes que también inciden sobre la configuración de la acción pública. Particularmente, junto a la progresiva adopción de instrumentos de la innovación abierta, que seguidamente tratamos, la apertura a la participación social tanto en los procesos de innovación como en el desarrollo de medidas para su impulso (por ejemplo, en el proceso de diseño y elaboración de los planes de innovación o en la elaboración de las normas técnicas que promueven asimismo la innovación y su utilización). En definitiva, a los gobiernos corresponde crear las condiciones que permitirán que prospere una economía innovadora, mediante las herramientas o instrumentos más adecuados a su sistema de innovación y sus condicionantes.

La creciente importancia del estímulo a la innovación abierta frente a los incentivos tradicionales

Si bien, hasta hace algunos años, el progreso tecnológico se explicaba a partir del modelo lineal o cerrado de innovación, en el que el papel público era claro, otros marcos teóricos, como el de triple hélice o el de innovación abierta, remiten a un modelo de innovación que da preeminencia a las relaciones de interacción entre agentes sociales y económicos, desempeñando también el sector público un rol primordial, aunque diferente.²³ Si bien la visión tradicional sobre el proceso

Díaz y Belén Andrés Segovia, "Innovación tecnológica y Derecho. Una aproximación al futuro régimen jurídico-administrativo de los buques autónomos", en *El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización*, pp. 511-528.

²³ El modelo de innovación de triple hélice se refiere a las interacciones entre las universidades, la industria y el sector público, según teorizaron Henry Etzkowitz y Loet Leydesdorff, "The triple helix-university-industry-government relations: a laboratory for knowledge based economic development", *EASST Review*, pp. 14-19. Desde una perspectiva jurídica, véase Julia Ortega Bernardo, "La transferencia de conocimiento

de innovación se basa en la internalización del conocimiento de la empresa sin traspasar los límites de la organización, en oposición a este modelo, el concepto de innovación abierta refleja cómo las empresas abren sus procesos de innovación e incorporan conocimiento externo, al tiempo que explotan externamente su conocimiento.²⁴

Esa apertura fue consecuencia de una serie de elementos ambientales o factores externos, como la globalización, la intensificación de la competencia y del progreso tecnológico, la necesidad de la investigación interdisciplinar o la movilidad creciente de investigadores. Estos factores generaron desafíos y oportunidades adicionales para las empresas, induciéndoles a adoptar un modelo de innovación significativamente diferente al que venían utilizando, caracterizado por gestionar de forma intencionada los flujos de información y conocimiento, y enfocado a la colaboración con agentes externos y a la combinación de conocimiento interno y externo para llevar a cabo actividades de innovación.²⁵

Así, la innovación abierta se refiere a la búsqueda externa, desarrollo e intercambio de ideas e innovaciones. Entre sus beneficios, se considera que puede reducir costos en los procesos de innovación, reducir el tiempo necesario para generar nuevos productos, o lograr la creatividad incorporando talento externo en la organización. También se ha considerado que, frente a la innovación cerrada, aumenta

en las universidades: razones y claves de su articulación jurídica”, en *Organización de la universidad y la ciencia*, pp. 384 ss.

²⁴ Acuñado por Chesbrough, *Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology*. Harvard Business School Press, Boston, 2003.

²⁵ Henry Chesbrough y Marcel Bogers, “Explicating Open Innovation: Clarifying an Emerging Paradigm for Understanding Innovation”, en *New Frontiers in Open Innovation*, pp. 10 ss.

la calidad, acelera la validación y reduce la duplicación de la innovación.

Si bien las decisiones para implementar prácticas de innovación abierta se plantean principalmente en las empresas, la rápida difusión que ha tenido y la relevancia de sus resultados ha provocado que los gobiernos hayan comenzado a apoyar sus esfuerzos a través de políticas públicas que buscan promover esa colaboración externa, que coexisten junto a aquellas otras que tienen sus raíces en la era de la innovación cerrada. Además, deben permitir, necesariamente, que se den las condiciones externas que motiven a las empresas a adoptar estos procesos.

En este contexto, la configuración del marco institucional y legal por parte de los gobiernos es fundamental, pues la disponibilidad de conocimiento externo es en gran medida el resultado de las medidas de política en relación con la ciencia, la tecnología, la propiedad intelectual, la competencia, el trabajo, el espíritu empresarial y la educación.²⁶ En este sentido, se considera que las políticas para mejorar las condiciones externas que favorecen la innovación abierta de las empresas deben apuntar a crear una base sólida de conocimiento público, un aumento de la movilidad de los trabajadores del conocimiento y una mejora en el acceso a las fuentes financieras.²⁷

²⁶ Jeroen de Jong, Tarmo Kalvet y Wim Vanhaverbeke, "Exploring a theoretical framework to structure the public policy implications of open innovation", en *Technology Analysis & Strategic Management*, p. 877.

²⁷ Jeroen de Jong, Tarmo Kalvet y Wim Vanhaverbeke, *op. cit.*, p. 878. Con ello se puede paliar el posible declive en la innovación que ha apreciado Richard E. Gold, "The fall of the innovation empire and its possible rise through open science", *Research Policy*, p. 2, quien considera como una de sus causas el creciente desequilibrio entre la ciencia abierta, en la que el conocimiento se difunde rápidamente con pocas limitaciones, y la ciencia patentada, que se basa en derechos exclusivos para mantener fuera a todos o a la mayoría de los demás.

Los procesos sobre los que se articula la innovación abierta son diversos, determinando una amplia variedad de prácticas, como la cooperación en I+D con otras empresas e instituciones (universidades, institutos de investigación, entre otros), la participación en redes estratégicas, comunidades de innovación, clústeres regionales de innovación e instalaciones compartidas, plataformas de datos abiertos de investigación, etcétera.²⁸ Por ejemplo, como resultado de la pandemia de COVID-19, los investigadores y las empresas adoptaron rápidamente prácticas de este tipo para acelerar la investigación y la innovación, tanto en la caracterización del virus, como en el desarrollo de diagnósticos y vacunas.²⁹ La reacción por parte de gobiernos, instituciones de investigación, universidades y empresas señala el camino a seguir para el intercambio internacional de datos de investigación, como un modo de innovación abierta.

La innovación como pilar de las políticas económicas de la Unión Europea

Existe un amplio consenso en el seno de la Unión Europea sobre la necesidad de incrementar la productividad y el crecimiento económico, con el fin de no alejarse de la posición en que se encuentran otras regiones industrializadas. En ese marco, la Comisión Europea situó en primer plano la innovación para fomentar la competitividad al publicar en 1995 su *Green Paper on Innovation*, en que se proponían

²⁸ Véase María Luisa Flor Peris, José Luis Blasco Díaz y María Lidón Lara Ortiz, "Innovation policy instruments through que lens of open innovation. An analysis in the Spanish context", *Journal of Evolutionary Studies in Business*, pp. 65 ss.

²⁹ Como ha señalado Richar E. Gold, *op. cit.*, p. 2.

diversas vías de acción, como una mejor orientación de la investigación hacia la innovación o la creación de una cultura de la innovación a través de la formación, dando lugar al *Primer Plan de Acción para la Innovación en Europa*. Poco después, el Consejo Europeo de Lisboa, en marzo de 2000, estableció la estrategia en materia de innovación y transferencia tecnológica, siendo su objetivo convertir a la Unión Europea en la economía del conocimiento más competitiva y dinámica, señalando que resultaba esencial estimular la innovación, teniendo en cuenta la relación directa entre la capacidad de innovación de un territorio y su competitividad.³⁰

A partir de las anteriores premisas, la Unión Europea ha venido construyendo sus políticas de fomento de la innovación con diversas iniciativas e inversiones, y con nuevos instrumentos, también como consecuencia de la crisis que ha afectado a gran parte de sus Estados miembros. De tal modo, los objetivos perseguidos en cada momento han diferido en función del contexto en que se formularon, pudiendo convenirse que el conjunto de herramientas de la política de innovación de la Unión Europea se ha ampliado a lo largo de los años.

En ese sentido, la “Unión por la innovación”, como iniciativa de la Estrategia Europa 2020, se dirigía a establecer un entorno favorable a la innovación que hiciera que fuera más fácil para las grandes ideas innovadoras convertirse en productos y servicios que generaran crecimiento y empleo. Esta iniciativa tenía tres objetivos concretos: convertir a Europa

³⁰ En la Comunicación de la Comisión Europea *Innovation in a Knowledge-Driven Economy*, del año 2000, se definían cinco prioridades destinadas a orientar las actuaciones nacionales y comunitarias de promoción de la innovación: garantizar la coherencia de las políticas de innovación; crear un marco reglamentario favorable a la innovación; fomentar la creación y el desarrollo de empresas innovadoras; mejorar las interfaces clave del sistema de innovación y evolucionar hacia una sociedad abierta a la innovación.

en una potencia científica mundial, eliminar los obstáculos a la innovación y cambiar radicalmente el modo en que los sectores público y privado trabajan juntos, en especial mediante la cooperación entre las instituciones europeas, las autoridades nacionales y regionales y las empresas. En ella se recurría a la intervención del sector público para estimular el sector privado y eliminar los obstáculos, que impidieran que las ideas llegaran al mercado y pudieran lastrar el desarrollo de una política eficaz y coherente en esta materia.

Posteriormente, en 2015, los tres principales objetivos políticos de la innovación y la investigación fijados por la Unión Europea fueron la innovación abierta, la ciencia abierta y la apertura al mundo. En la actualidad, de acuerdo con su “Estrategia de investigación e innovación 2020-2024”, se pretende que la innovación impulse las transformaciones verdes y digitales que están en marcha en la sociedad, y que la política de investigación e innovación juegue un papel clave para responder a los desafíos planteados por la pandemia mundial de COVID-19.

Asimismo, la reciente *Agenda Europea de Innovación* se ha diseñado con el objetivo de hacer que Europa tenga un papel destacado en la escena mundial de la innovación estableciendo numerosas acciones específicas en el marco de cinco iniciativas emblemáticas: financiación de las emergentes en expansión; facilitación de la innovación a través de espacios de experimentación y contratación pública; aceleración y el refuerzo de la innovación en los ecosistemas de innovación europeos de toda la UE; fomentar, atraer y retener el talento en el ámbito de la tecnología profunda; y mejorar las herramientas de elaboración de políticas.³¹

³¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones”, en *Nueva Agenda Europea de Innovación*,

El apoyo de la Unión Europea a la innovación se realiza a través de sus programas marco plurianuales de investigación e innovación. Con ellos, ofrece financiación para consolidar la innovación industrial, incluida la inversión en tecnologías fundamentales, mayores facilidades para acceder al capital y apoyo a las pequeñas empresas, así como para garantizar que los avances tecnológicos se traduzcan en productos viables con auténtico potencial comercial al asociar a los sectores público y privado. De tal modo, como instrumento financiero para facilitar la ejecución de la iniciativa “Unión por la Innovación”, en enero de 2014, puso en marcha su programa Horizonte 2020, que combinaba toda la financiación destinada a la investigación y la innovación en un programa integrado.

En el presente, Horizonte Europa es el programa marco de investigación e innovación (I+I) de la Unión Europea para el periodo 2021-2027. Como su predecesor, será el instrumento fundamental para llevar a cabo sus políticas de I+D+I. El objetivo general del programa es alcanzar un impacto científico, tecnológico, económico y social de las inversiones de la Unión Europea en I+I, fortaleciendo de esta manera sus bases científicas y tecnológicas y fomentando la competitividad de todos los Estados miembros. De los tres pilares con que cuenta el programa, uno de ellos, *Europa Innovadora*, está dedicado a la innovación como motor clave para que la Unión Europea ofrezca prosperidad a sus ciudadanos y supere los desafíos del futuro.

De tal modo, se apunta a que *Europa Innovadora* está diseñado para liderar una ola de innovación revolucionaria, abordando retos como el incremento de la financiación

de riesgo, el acceso a los resultados de investigación y su transferencia, acelerar la transformación de los negocios y abordar la fragmentación del ecosistema de innovación. Incluye el Consejo Europeo de Innovación, para promover principalmente tecnologías innovadoras y disruptivas con el foco en la innovación creadora de mercado, al tiempo que apoyar todo tipo de innovaciones, incluidas las incrementales, especialmente en las PYME y empresas emergentes o *start-up*.

Engloba, además, el apoyo a los Ecosistemas Europeos de Innovación y las actividades desarrolladas en el marco del Instituto Europeo de Innovación y Tecnología. En cuanto a los primeros, señala que para aprovechar plenamente el potencial de innovación de investigadores, emprendedores, industria y sociedad europeos se debe cuidar “el entorno en el que la innovación puede emerger a todos los niveles”. De manera que esta parte de Horizonte Europa “contribuye al desarrollo de un ecosistema de innovación eficaz a nivel de la Unión Europea” y fomenta la “cooperación, la creación de redes y el intercambio” de ideas y conocimientos, desarrollando los ecosistemas de innovación nacionales, regionales y locales.³²

³² “Europa Innovadora”, Horizonte Europa. Disponible en <https://www.horizonteeuropa.es/ecosistemas-europeos-de-innovacion>, consultado el 21 de septiembre de 2023.

Marco jurídico del fomento de la innovación en España

La regulación estatal y autonómica. La ley de ciencia, tecnología e innovación

La *Constitución Española* obliga a los poderes públicos a promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general (art. 44.2). No obstante, no determina a quién corresponde la competencia sobre innovación, aunque atribuye al Estado la exclusiva para el fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15), fomento en el que pueden participar las Comunidades Autónomas (art. 148.1.17). Debido al estrecho ligamen entre la investigación científica y técnica y la innovación, las anteriores competencias han dado lugar a una regulación tanto estatal como autonómica.

En ejercicio de las competencias estatales se dictó la *Ley 14/2011*, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (*LCTI*), que ha conocido algunas modificaciones posteriores. En ella se motiva que “la economía española debe avanzar hacia un modelo productivo en el que la innovación está llamada a incorporarse definitivamente como una actividad sistemática de todas las empresas, con independencia de su sector y tamaño”. Para lograr el objetivo de una economía más innovadora, necesaria para el crecimiento y competitividad de nuestro sistema productivo, señala que se precisa un enfoque más amplio, siendo uno de sus ejes el impulso de la transferencia de los resultados de la investigación técnica y el desarrollo tecnológico hacia el tejido productivo, la llamada valorización del conocimiento, junto a otras medidas que contempla. Por tanto, sigue motivando, “la promoción de la investigación, el desarrollo experimental y la innovación se identifican

como elementos sobre los que ha de asentarse el desarrollo económico sostenible y el bienestar social, constituyendo por ello el objeto fundamental de la Ley”.

Actualmente, en el contexto de crisis tras la pandemia provocada por la COVID-19, los gobiernos y organizaciones internacionales han reaccionado con diversas iniciativas y herramientas dirigidas a paliar en lo posible sus devastadores efectos, preparar el camino hacia la recuperación y establecer nuevas premisas a las que atenerse en el futuro. Una parte importante de tales iniciativas se basan en la provisión de fondos destinados a reparar los daños provocados por esa crisis.

La estrategia española para canalizar los fondos provenientes de la Unión Europea para ello se articula sobre el *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*.³³ Partiendo de que la crisis ha puesto a la ciencia y a la innovación en un lugar preeminente como palanca esencial en los planes de reconstrucción y en la capacidad de respuesta frente a futuras crisis, incorpora el “Pacto por la Ciencia y la Innovación,” que incluye la reforma institucional y fortalecimiento de las capacidades del sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación (componente 17), para su adecuación a los estándares internacionales y para la mejora de su eficacia, coordinación, gobernanza y transferencia del conocimiento.

Una de sus acciones ha sido la modificación de la *LCTI*, lo que se ha hecho recientemente con la *Ley 17/2022*, de 5 de septiembre. En ella se da cuenta de los retos globales a los que se enfrentan las sociedades contemporáneas, como dicha pandemia, la cual señala lo siguiente: “ha supuesto un ejemplo claro del papel imprescindible que tienen la ciencia y la innovación para dar respuesta a las necesidades

³³ Disponible en <https://planderecuperacion.gob.es>, consultado el 23 de febrero de 2023.

de la sociedad en el corto, medio y largo plazo”. Uno de los ejes sobre el que se asienta esa reforma es el relativo a la transferencia de conocimiento, “que se ha visto especialmente perjudicada por la composición de un tejido productivo en su inmensa mayoría constituido por empresas pequeñas, poco intensivas en competencias tecnológicas”.³⁴ Asimismo, un reto no resuelto, tanto en el ámbito europeo como nacional, es el “traslado de los resultados de la investigación científica a los mercados de forma rápida y con capacidad de generar crecimiento empresarial”. Igualmente, “la fragmentación de la investigación europea y española en un alto número de instituciones con distintas formas de participar en las nuevas empresas retrasa la entrada del capital privado y provoca dificultades para esas iniciativas”.

En consecuencia, respecto a la innovación, establece diversos objetivos generales (art. 2), como el impulso a la transferencia de conocimiento, “favoreciendo la interrelación de los agentes y propiciando una eficiente colaboración público-privada”. También el fomento de la innovación en todos los sectores y en la sociedad, “mediante la creación de entornos económicos e institucionales favorables a la innovación que estimulen la productividad y mejoren la competitividad en beneficio del bienestar social, la salud y las condiciones de vida de las personas”. E, igualmente, la promoción de la innovación pública, entendida como innovación protagonizada por el sector público y, en particular, “regular atendiendo al impacto normativo en innovación, desarrollar bancos de pruebas y desplegar una contratación

³⁴ Señala que, a escala internacional, España es uno de los países donde se aprecia una mayor disminución de la proporción de PYMES que desarrollan alguna innovación. Según la Encuesta de Innovación de las Empresas (INE), entre 2010 y 2018 el número de empresas españolas innovadoras disminuyó alrededor de un 29 %.

pública comprometida con la incorporación de soluciones innovadoras y de I+D".³⁵

La regulación autonómica y su coordinación

Las Comunidades Autónomas también han venido valorando la importancia de la innovación para el desarrollo de sus economías, atención que se ha concretado en algunas ocasiones en normas que tienen por objeto tanto la investigación científica como la innovación, estableciendo diversos instrumentos para su impulso y la organización necesaria para ello.³⁶ En todas estas normas, se hace hincapié en que la investigación, la generación de conocimiento y la innovación tecnológica se encuentran manifiestamente interrelacionados, y en que el papel que corresponde a las administraciones públicas en este esfuerzo resulta fundamental, como crucial será la fluidez en la transferencia de conocimientos al sector productivo y empresarial. Por ello, concretan que entre sus fines fundamentales se encuentra tanto fomentar la innovación tecnológica en general como potenciar la innovación en las empresas radicadas en la Comunidad Autónoma.

³⁵ Por otra parte, también es uno de sus principales objetivos fomentar la inversión privada en I+D para duplicar la suma de inversiones pública y privada en I+D+I, hasta alcanzar en 2027 el 2.12 % del PIB, partiendo de la baja participación del sector privado y la brecha existente entre la inversión pública y la inversión privada en I+D+I, según Eurostat. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/9/92/Gross_domestic_expenditure_on_R_%26_D_by_source_of_funds%2C_2016_%28%25_share_of_total%29.png. Consulta el 22/09/2023. Según datos de 2017 de Eurostat, en España las empresas son un limitado agente financiador de la I+D+I (47.8 % del gasto procede de las empresas) frente a la media de la UE (58 %), lo que refleja una baja intensidad de la colaboración público-privada en estas políticas.

³⁶ Véase José Luis Blasco Díaz, "La estructura pública de impulso a la innovación", en *Innovación y sector público: retos y contexto*, pp. 24 ss.

No obstante, aunque normalmente las leyes autonómicas persiguen los mismos fines, y coinciden en los instrumentos y técnicas que prevén, se evidencia la existencia de asimetrías en el entendimiento que el fomento de la innovación tiene en las diferentes Comunidades Autónomas. Asimismo, la coexistencia del sistema estatal de ciencia e innovación con otros 17 sistemas autonómicos, comporta ineludiblemente dificultades de coordinación, produciendo en ocasiones duplicidades entre las acciones autonómicas y la estatal.

De ahí que resulte necesaria una coordinación entre sus sistemas, que precisan de un marco de colaboración y coordinación en el ámbito institucional, con el fin de evitar fragmentaciones, redundancias y carencias en la definición de las prioridades. Igualmente, junto con esa necesidad, la complejidad asociada con las actuales políticas de innovación (distintas herramientas empleadas, sus relaciones con otras políticas que directa o indirectamente inciden en una mejora o impulso de la innovación o que incorporan la innovación como un objetivo propio a alcanzar, y una multiplicidad de actores) exige, también, una mayor coordinación entre agentes, destinada a evitar una excesiva compartimentación de la política de innovación.

Esta situación se ha puesto de manifiesto expresamente en diversas ocasiones, apelándose desde la Unión Europea a la necesidad de cambiar radicalmente el modo en que los sectores público y privado trabajan juntos, en especial mediante la cooperación entre las instituciones europeas, las autoridades nacionales y regionales y las empresas. En su ámbito, las Comunidades Autónomas también han expresado esas exigencias, resaltando con carácter general la necesidad de asegurar la coordinación de la política autonómica en materia de investigación científica e innovación tecnológica

con la desarrollada por la Unión Europea y el Estado, también con los programas de investigación e innovación llevados a cabo por las universidades y los centros de investigación.

De tal modo, como uno de los principales retos abordados por el mencionado Pacto por la Ciencia y la Innovación, figura la necesidad de una mayor coordinación entre los ámbitos estatal y autonómico en la elaboración, la ejecución y la evaluación de las políticas de I+D+I con el fin de evitar duplicidades y mejorar la eficacia y eficiencia de las políticas de I+D+I. En consecuencia, la referida reforma de 2022 así lo recoge, apelando además a los informes en ese sentido de la Comisión Europea y las recomendaciones a España. Por consiguiente, tanto en sede europea, como en el marco legal estatal y autonómico se concibe necesaria la coordinación de las políticas y acciones de fomento y apoyo a la innovación.

*El Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.
Objetivos, estrategia y planificación*

La *Ley Estatal* contiene los mecanismos y criterios de articulación con las políticas sectoriales del Gobierno, de las Comunidades Autónomas, de la Unión Europea y de los Organismos Internacionales, a el fin de lograr su eficiencia. Con esa finalidad, en el ámbito estatal se creó el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (SECTI). Se define como “el conjunto de agentes, públicos y privados, que desarrollan funciones de financiación, de ejecución, o de coordinación en el mismo, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que se implementan para promover, desarrollar y apoyar la política de investigación, el desarrollo

y la innovación en todos los campos de la economía y de la sociedad”.³⁷

En consecuencia, dicho sistema está integrado, en lo que al ámbito público se refiere, por “las políticas públicas desarrolladas por la Administración General de Estado y por las desarrolladas, en su propio ámbito, por las Comunidades Autónomas”. Como hemos visto, ello es, precisamente, lo que define un sistema de innovación, ya que está constituido por un conjunto de instituciones, cuyas interacciones determinan el rendimiento innovador de un determinado ámbito, sea un país o una región.

Con la última reforma de 2022, se pretende fortalecer las capacidades de este sistema, con el fin de mejorar su eficacia, coordinación, gobernanza y transferencia de conocimiento. De tal modo, en su aspecto coordinador tendrá que contar con los diversos sistemas que de un modo similar han establecido algunas Comunidades Autónomas, con parecidas pretensiones en su ámbito respectivo.

En el marco del SECTI se han desarrollado estrategias y planes para aumentar el nivel y el éxito de las actividades generadoras de innovación. Para implementarlo, se creó la Estrategia Española de Ciencia y Tecnología y de Innovación (EECTI), como instrumento del modelo de gobernanza en la que se definen una serie de objetivos y ejes prioritarios ligados al fomento y desarrollo de las actividades de I+D+I en España. Es el marco de actuación de la política de innovación del Gobierno para contribuir al cambio de modelo productivo, mediante la promoción y creación de estructuras que faciliten el mejor aprovechamiento del conocimiento científico y el desarrollo tecnológico. Tras la reforma, en la LCTI se define

³⁷ Artículo 3. *Ley 14/2011*, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

como “el instrumento para alcanzar los objetivos generales establecidos en la *Ley* en materia de investigación científica y técnica y de innovación” (art. 6.1).

De tal modo, en ella se definirán, para un periodo plurianual, entre otras, las prioridades “correspondientes a la política de innovación y los instrumentos de coordinación que determinarán el esfuerzo financiero de los agentes públicos de financiación del SECTI, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en relación con sus políticas públicas en investigación científica y técnica y de innovación” (art. 6.1.b). También “los objetivos de los planes de investigación científica y técnica y de innovación de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas” (art. 6.1.c), y los “mecanismos y criterios de articulación de la propia Estrategia con las políticas sectoriales del Gobierno, de las Comunidades Autónomas, de la Unión Europea y de los organismos internacionales, necesarios para lograr la eficiencia en el sistema y evitar redundancias y carencias, sin perjuicio del papel de las entidades locales dentro de su ámbito de actuación” (art. 6.1.d).

Igualmente, los ejes prioritarios en el ámbito de la innovación, que incluirán “la colaboración público-privada, la capacitación y movilidad de las personas y la participación de los actores sociales, además de la modernización del entorno financiero y productivo, el impulso de un sector público innovador, el desarrollo de mercados innovadores, la internacionalización de las actividades innovadoras, la sostenibilidad de los recursos, la cooperación territorial y la orientación a misiones con objetivos claros y definidos dentro de un marco temporal determinado” (art. 6.1.e).

La actual estrategia, vigente durante 2021-2027, está específicamente diseñada para facilitar la articulación de

la política española de I+D+I con las políticas de la Unión Europea, en especial con el programa marco Horizonte Europa, pero también para reforzar el apoyo a los actores responsables del SECTI, y “dar respuesta a los desafíos de los sectores estratégicos nacionales a través de la I+D+I, en beneficio del desarrollo social, económico, industrial y medioambiental”. Asimismo, con ella, el Gobierno de España pretende “situar a la ciencia, la tecnología y la innovación como ejes clave en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la *Agenda 2030*”.³⁸

Por tanto, en el contexto español, tanto un enfoque estructural como uno funcional se integran en un sistema complejo, caracterizado por la coexistencia de diferentes sistemas regionales de investigación e innovación, estando compuestos por las políticas públicas desarrolladas por la administración nacional, y por las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos. De ahí la importancia de una adecuada coordinación, que principalmente recae en la EECTI, pues le compete determinar los mecanismos y criterios de articulación con las políticas del Estado, de las Comunidades Autónomas, de la Unión Europea y de los organismos internacionales y disponer los ejes prioritarios de actuación.³⁹

Un instrumento esencial para el desarrollo de los sistemas de innovación y sus estrategias son los planes de investigación y de innovación, como se considera en la LCTI, ya que constituyen el marco de referencia plurianual para articular las actuaciones que prevén, estableciendo los objetivos a alcanzar y los ejes prioritarios de la actuación.

³⁸ Estrategia Española de Ciencia Tecnología e Innovación 2020-2027. Disponible en <https://www.ciencia.gob.es/InfoGeneralPortal/documento/e8183a4d-3164-4f30-ac5f-d75f1ad55059>. Consultado el 22 de septiembre de 2023.

³⁹ Véase Anna Pallarès Serrano, *op. cit.*, p. 10 y ss.

El *Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación* —como el vigente de 2021-2023— es el instrumento fundamental para el desarrollo de la estrategia, y constituye el marco de referencia plurianual para articular sus acciones. De tal modo, como se dice en la LCTI, el plan “financiará las actuaciones en materia de investigación científica y técnica y de innovación que se correspondan con las prioridades establecidas por la Administración General del Estado, con el objeto de transformar el conocimiento generado en valor social, para así abordar con mayor eficacia los desafíos sociales y globales planteados” (art. 42.1).

Además, con el fin de coordinar las diversas políticas de innovación, se prevé que pueda incluir planes complementarios “que desarrollen las medidas contempladas en sus distintos ejes prioritarios, así como aquellas otras que se consideren estratégicas en el ámbito de la política de I+D+I, pudiendo participar en la programación y ejecución de los mismos aquellas Comunidades Autónomas y agentes públicos del SECTI que contribuyan en su financiación” (art. 42.6).⁴⁰

Instrumentos para el fomento de la innovación. Compra pública y datos abiertos

Como antes hemos señalado, si bien las políticas se refieren a objetivos, sus instrumentos pueden definirse como técnicas

⁴⁰ Por su parte, las diversas normas autonómicas también han previstos sus propios planes, con igual finalidad que el *Plan Estatal*. Normalmente, contienen objetivos generales y particulares que se pretenden alcanzar con su desarrollo, sí como las previsiones, ordenadas por programas generales y sectoriales, de las actuaciones que se proyectan realizar por los poderes públicos de la Comunidad en materia de investigación científica e innovación tecnológica, durante su periodo de vigencia, al igual que los modos de coordinación tanto entre los agentes del sistema autonómico, como con otros programas nacionales e internacionales.

desarrolladas para alcanzar éstos. En este sentido, diversos son los que se prevén en la legislación estatal y autonómica. Para el fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, la LCTI establece, por ejemplo, el establecimiento de mecanismos para la colaboración público-privada en proyectos estables de investigación científica, desarrollo e innovación, o el fomento de la generación de nuevas empresas de base tecnológica y científica. Por su parte, para el apoyo a la investigación y la innovación, podemos encontrar el establecimiento de “programas necesarios de información y apoyo a la gestión para la participación en los programas de la Unión Europea u otros programas internacionales; la creación de infraestructuras y estructuras de apoyo a la investigación y a la innovación; el impulso de los centros tecnológicos, centros de apoyo a la innovación tecnológica, parques científicos y tecnológicos” (art. 33.1.g).

Los instrumentos que concretan las políticas de innovación pueden agruparse de diversos modos, según el criterio que se adopte, como si se trata de instrumentos financieros o no, el papel que desempeña la Administración o, como antes hemos dicho, el concreto objetivo perseguido. Así, una agrupación que se ha presentado es la que distingue entre instrumentos de financiación (que incluye, por ejemplo, el *Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación*), ayudas y reconocimientos de la innovación (que comprende las ayudas a empresas y otros agentes de I+D+I, o los Premios Nacionales de Innovación y de Diseño, o la distinción Ciudades de la Ciencia y la Innovación, entre otras acciones), actuaciones de fomento de la innovación (como la fiscalidad⁴¹ y bonificaciones

⁴¹ Entre los más importantes, por su trascendencia posibilitadora, se encuentran los incentivos fiscales a la innovación, pues son condición de una economía innovadora, sobre los que puede verse Modesto Jesús Fabra Valls, “Los incentivos fiscales para el fomento

por actividades de I+D+I o la compra pública innovadora, por ejemplo), transferencia de tecnología (con guías, indicadores y otros enlaces o registro de OTRIS), infraestructuras científico técnicas singulares (ICTS) e información sobre otros agentes de I+D+I (como centros tecnológicos o plataformas tecnológicas).

La reforma de 2022 no modifica de manera sustancial la relación que recogía la *Ley*. No obstante, señala que se diseñarán instrumentos que faciliten “el acceso de las empresas innovadoras a la financiación de sus actividades y proyectos, mediante la promoción de líneas específicas a estos efectos y fomentando la inversión privada en empresas innovadoras” (art. 42.1.b)⁴² y, además, sí que presta especial atención a dos de ellos, quizás por su importancia y novedad ante el contexto económico actual y el que se prevé en un futuro, alineándose con las previsiones al respecto de la Unión Europea.

Por un lado, “se impulsará la contratación pública de actividades innovadoras, con el fin de alinear la oferta tecnológica privada y la demanda pública, a través de actuaciones en cooperación con las Comunidades Autónomas y con las Entidades Locales” (art. 42.1.b). Ciertamente, es un instrumento que está llamado a tener un especial protagonismo, pues se presenta como una herramienta determinante en la consecución de una economía desarrollada, basada en el conocimiento y en la innovación, como ya señaló la Estrategia

de la innovación empresarial en España e Italia”, en *Quincena Fiscal*, núm. 9, 2015.

⁴² Por su parte, con anterioridad, desde los gobiernos autonómicos se pusieron en marcha diversos instrumentos financieros relacionados con la pandemia provocada por la Covid-19, como líneas de ayudas a proyectos de investigación con el objetivo de financiar investigaciones para analizar su impacto en la sociedad (Pandèmies 2020, de la Generalitat de Catalunya), o la concesión directa de subvenciones de carácter excepcional destinadas a entidades que disponen de proyectos de investigación de excelencia para la anticipación y adaptación a situaciones derivadas de la Covid-19. En este caso, la Generalitat Valenciana subvencionó proyectos de I+D de carácter estratégico dirigidos a permitir a las administraciones públicas disponer de los mejores instrumentos para la lucha contra el coronavirus.

Europa 2020 y quedó reflejado en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Con la aprobación de la *Ley 9/2017*, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se introdujo el fomento de la innovación a través de la compra pública, de modo que, de un lado, es la Administración la que debe fomentar, a través de las licitaciones, la innovación y, de otro, las empresas privadas que aportan innovación mediante la presentación de proposiciones. Como establece la LCTI, “la compra pública de innovación podrá tener por objeto la adquisición de bienes o servicios innovadores, que no existan actualmente en el mercado como producto o servicio final, o la investigación de soluciones a futuras necesidades públicas, debiendo las tecnologías resultantes encontrarse incardinadas en alguna de las líneas de la Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación o de los planes e instrumentos propios de la Administración autonómica correspondiente” (art. 36 *sexies*).

Se realiza a través de dos modalidades, como son la compra pública de tecnología innovadora que consiste en adquirir un bien o servicio que no existe en el momento de la compra, teniendo que ser desarrollado en un plazo determinado y que implica una nueva tecnología o una mejora sustancial de la ya existente y la compra pública precomercial, que supone la contratación de servicios de I+D que aporten soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado, sin que luego se puedan aplicar directamente en bienes o servicios municipales, pero compartiendo beneficios y riesgos tanto el comprador como la empresa.⁴³ En ello incide, por un lado, la reforma de 2022, que, según motiva,

⁴³ Véase Marta Oller Rubert, “¿Innovamos con la compra pública? Posibilidades y realidades”, en *Innovación y sector público: retos y contexto*, pp. 263 ss.

la regula también “con la finalidad de mejorar los servicios e infraestructuras públicas y la calidad de vida mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores, con ahorro de costos a corto, medio o largo plazo; desarrollar el conocimiento y fomentar la innovación empresarial y la capacitación tecnológica de las empresas e impulsar la transferencia de conocimiento y aplicación de los resultados de la investigación, la internacionalización de la innovación y el incremento de la competitividad internacional”.

Por otro lado, también se hace una especial referencia a la apertura de los datos de investigación, que es uno de los instrumentos propios de la innovación abierta y está adquiriendo una creciente importancia. España se encuentra entre los países de la Unión Europea que disponen de una normativa referente al acceso a los datos de investigación.⁴⁴ Así, además de la incorporación de la Directiva 2019/1024, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, en la *Ley 37/2007*, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público—incluyendo una previsión sobre los datos resultado de investigaciones realizadas o financiadas por entidades públicas—, esa materia se ha regulado en la LCTI, que destaca su compromiso con la difusión universal del conocimiento, mediante el posicionamiento a favor de las políticas de acceso abierto a la información científica.

Sus previsiones han sido recientemente actualizadas a través de la *Ley 17/2022*, detallándolas más. De tal modo, se establece entre los objetivos generales fomentar la ciencia

⁴⁴ Un primer ejemplo de ello es el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, que regula las enseñanzas oficiales de doctorado, que establece la obligación de que las universidades archiven en formato electrónico abierto en un repositorio institucional las tesis doctorales (art. 14.5).

abierta promoviendo “iniciativas orientadas a facilitar el libre acceso a los datos generados por la investigación, a desarrollar infraestructuras y plataformas abiertas, y a fomentar la participación abierta de la sociedad civil en los procesos científicos” (art. 2). Ese objetivo se concreta en su art. 37, dedicado a la Ciencia Abierta, estableciendo diversas medidas:

- Se impulsará que “los resultados de la investigación, incluidas las publicaciones científicas, datos, códigos y metodologías, estén disponibles en acceso abierto. El acceso gratuito y libre a los resultados se fomentará mediante el desarrollo de repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto, propios o compartidos”.
- “El personal de investigación del sector público o cuya actividad investigadora sea financiada mayoritariamente con fondos públicos y que opte por diseminar sus resultados de investigación en publicaciones científicas, deberá depositar una copia de la versión final aceptada para publicación y los datos asociados a éstas en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto, de forma simultánea a la fecha de publicación”.
- “Los beneficiarios de proyectos de investigación, desarrollo o innovación financiados mayoritariamente con fondos públicos deberán cumplir en todo momento con las obligaciones de acceso abierto dispuestas en las bases o los acuerdos de subvención de las convocatorias correspondientes. Los beneficiarios de ayudas y subvenciones públicas se asegurarán de que conservan los derechos de propiedad intelectual necesarios para dar cumplimiento a los requisitos de acceso abierto”.

- Los Ministerios de Ciencia e Innovación y de Universidades, así como las Comunidades Autónomas, promoverán también otras iniciativas orientadas a facilitar el libre acceso y gestión de los datos generados por la investigación, de acuerdo a los principios FAIR, a desarrollar infraestructuras y plataformas abiertas, y a fomentar la publicación de los resultados científicos en acceso abierto.

Conclusiones

A pesar de que es de formulación anterior, la actual EECTI establece el objetivo de aplicar el conocimiento científico al desarrollo de nuevas tecnologías que puedan ser utilizadas por las empresas e intensificar la capacidad de comunicación a nuestra sociedad y de influir en el sector público y privado. Por tanto, fomentará, en consonancia con las directrices de la Unión Europea, el acceso abierto a los resultados de investigación, de modo que la difusión en el ámbito científico, junto al esfuerzo llevado a cabo por los repositorios abiertos, facilitará la accesibilidad a los avances científicos y fomentará la divulgación y comunicación científica hacia la sociedad.

De tal forma, este enfoque se adopta en el vigente *Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2021-2023*, estableciendo entre sus objetivos promover el acceso abierto a los resultados y datos de investigación a través de acciones como la promoción de la adopción de los principios de acceso abierto a los datos de investigación por parte de las comunidades científicas e instituciones de investigación, y el reconocimiento de obras publicadas en acceso abierto en repositorios institucionales y temáticos,

como parte de la actividad investigadora y los resultados de la investigación financiados a través del *Plan Estatal* o la financiación de proyectos destinados a promover la implementación progresiva de un modelo de Ciencia Abierta.

En consecuencia, establece el acceso abierto a los resultados de la investigación de las actividades subvencionadas con recursos públicos; prevé ayudas destinadas a la cofinanciación de actividades con la finalidad de impulsar la implantación de un modelo de ciencia en abierto; y el personal de investigación, cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos públicos, hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas (art. 37.2).⁴⁵

⁴⁵ Concretando estas previsiones, las bases reguladoras de las ayudas públicas a los proyectos de investigación de los programas del *Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023* establecen que los resultados de la investigación de las actuaciones financiadas, incluyendo tanto los resultados difundidos a través de publicaciones científicas como los datos generados en la investigación, deberán estar disponibles en acceso abierto, con las excepciones que se señala. Las publicaciones se depositarán en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en un plazo que se determinará en las convocatorias en función del área de investigación, que será entre seis y 12 meses tras su publicación en las revistas académicas. Asimismo, las convocatorias podrán prever que los datos generados sean depositados en un repositorio de datos de investigación en acceso abierto, siguiendo un plan de gestión de datos.

Fuentes de consulta

- Blasco Díaz, José Luis y Belén Andrés Segovia. "Innovación tecnológica y Derecho. Una aproximación al futuro régimen jurídico-administrativo de los buques autónomos", en *El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización*, Colex, 2022, pp. 511-528.
- Blasco Díaz, José Luis. "La estructura pública de impulso a la innovación", en *Innovación y sector público: retos y contexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15-45.
- Chesbrough, Henry William y Marcel Bogers. "Explicating open innovation: Clarifying an emerging paradigm for understanding innovation", en *New Frontiers in Open Innovation*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 3-28.
- Chesbrough, Henry William. *Open innovation: The new imperative for creating and profiting from technology*. Harvard Business School Press, Boston, 2003.
- De Jong, J.P.Jeroen, Tarmo Kalvet y Wim Vanhaverbeke. "Exploring a theoretical framework to structure the public policy implications of open innovation", en *Technology Analysis & Strategic Management*, vol. 22, núm. 8, 2010, pp. 877-896.
- Economic and Social Council. "Progress towards the Sustainable Development Goals". Disponible en https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/26158Final_SG_SDG_Progress_Report_14052020.pdf.
- Edler, Jacob y Jan Fargerberg. "Innovation policy: what, why, and how", en *Oxford Review of Economic Policy*, núm. 33, núm.1, 2017, pp. 2-23.
- Edler, Jacob, Abdullah Gök, Paul Cunningham y Phillip Shapira. "Introduction: Making Sense of Innovation Policy", en *Handbook of Innovation Policy Impact*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 1-17,
- Etzkowitz, Henry y Loët Leydesdorff. "The Triple Helix-University-Industry-Government Relations: A Laboratory for Knowledge Based Economic Development", en *EASST Review*, vol. 14, núm. 1, 1995, pp. 14-19.

- European Union. “Europa innovadora”, en *Horizonte Europa*. Disponible <https://www.horizonteeuropa.es/ecosistemas-europeos-de-innovacion>, consultado el 23 de mayo de 2023.
- European Union. *European innovation scoreboard*. Disponible https://research-and-innovation.ec.europa.eu/statistics/performance-indicators/european-innovation-scoreboard_es, consultado el 23 de mayo de 2023.
- Fabra Valls, Modesto Jesús. “Los incentivos fiscales para el fomento de la innovación empresarial en España e Italia”, en *Quincena Fiscal*, núm. 9, 2015.
- Fiore, Anamaria, María Jennifer Grisorio y Fresco Prota. “Regional innovation systems: which role for public policies and innovation agencies? Some insights from the experience of an Italian region”, en *European Planning Studies*, vol. 19 (8), 2011, pp. 1399–1422.
- Flor Peris, María Luisa, L., José Luis Blasco Díaz y María Lidón Lara Ortiz. “Innovation policy instruments through que lens of open innovation. An analysis in the Spanish context”, en *Journal of Evolutionary Studies in Business*, vol. 5, núm. 1, 2020, pp. 52-80.
- Galán Galán, Alfredo. “Innovación y universidad”, en *Organización de la universidad y la ciencia*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2018, pp. 325-370.
- Gobierno de España. *Estrategia Española de Ciencia Tecnología e Innovación 2020-2027*. Disponible en <https://www.ciencia.gob.es/InfoGeneralPortal/documento/e8183a4d-3164-4f30-ac5f-d75f1ad55059>, consultado el 23 de noviembre de 2023.
- Gobierno de España. *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Disponible en <https://planderecuperacion.gob.es/>, consultado el 24 de noviembre de 2023.
- Gold, E. Richard. “The fall of the innovation empire and its possible rise through open science”, en *Research Policy*, vol. 5, 2021, pp. 1-13.

- Granieri, Massimiliano y Andrea Renda. *Innovation Law and Policy in the European Union*, Springer, Londres, 2012.
- Güell, Oriol. "Un estudio revela que el 97 % de la inversión para desarrollar la vacuna de AstraZeneca fue pública", en *El País*, 16 de abril 2021. Disponible en <https://elpais.com/sociedad/2021-04-16/un-estudio-revela-que-el-97-de-la-inversion-para-desarrollar-la-vacuna-de-astrazeneca-fue-publica.html>, consultado el 23 de mayo de 2023.
- Jordana de Pozas, Luis. "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, 1949, pp. 41-54
- Mulet Meliá Juan y Adelaida Sacristán García. "Las bases de la intervención pública en la innovación", en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 72, 2013, pp. 165-182.
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Manual de Oslo, 2020, 4ª ed. Disponible en chrome-extension://efaidnbmninnbpcajpcgkclefindmkaj/https://www.ovtt.org/wp-content/uploads/2020/05/Manual_Oslo_2018.pdf, consultado el 23 de noviembre de 2023.
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Science, Technology and Innovation Outlook 2021: Times of Crisis and Opportunity*. Disponible en <https://www.oecd.org/sti/oecd-science-technology-and-innovation-outlook-25186167.htm>, consultado el 23 de noviembre de 2023.
- Oller Rubert, Marta. "¿Innovamos con la compra pública? Posibilidades y realidades", en *Innovación y sector público: retos y contexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 263-292.
- Ortega Bernardo, Julia. "La transferencia de conocimiento en las universidades: razones y claves de su articulación jurídica", en *Organización de la universidad y la ciencia*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2018, pp. 37-412.

Pallarès Serrano, Anna. "Estudio sobre la suficiencia de los mecanismos de coordinación existentes en el ámbito del fomento a la innovación en España", en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.

Paraskevopoulou, Evita. "Non-technological regulatory effects: Implications for innovation and innovation Policy", en *Research Policy*, vol. 41, núm. 6, 2012, pp. 1058-1071.

IX. La tipificación de la puesta a disposición de materiales aptos para la comisión de conductas suicidas y autolesivas

Antonio Fernández Hernández¹

Introducción

1. Córtese con un cuchillo escribiendo “f57” en tu mano y luego envíale la foto al administrador.
2. Levántate a las 4:20 a.m. y ve los videos de terror y psicodélicos que el administrador te envía.
3. Córtese en los brazos con una hoja de afeitar a lo largo de las venas, pero no muy profundo. Hacer sólo tres cortes y enviarle (*sic*) la foto al administrador.
4. Dibuja una ballena en una hoja de papel y envíasela al administrador.
5. Si estás listo para “convertirte en ballena” escribe *SÍ* con un cuchillo en tu pierna. Si no estás listo, córtate a ti mismo varias veces (castígate).
6. Desafío enviado mediante un método cifrado.
7. Córtese con un cuchillo escribiendo “f40” en tu mano y luego envíale la foto al administrador.
8. Escribe “#i_am_whale” en tu estado de perfil.
9. Tienes que vencer tus miedos.
10. Levántate a las 4:20 a.m. y dirígete a un ático (mientras más alto mejor).
11. Córtese con un cuchillo una ballena en la mano y enviarle (*sic*) la foto al administrador.

¹ Profesor titular de Derecho Penal. Universidad Jaume I de Castellón.

12. Mira videos de terror y psicodélicos por todo un día.
13. Escucha la música que “ellos” (administradores) te envían.
14. Corta tu labio.
15. Pincha tu mano con un alfiler muchas veces.
16. Hazte algo doloroso a ti mismo, ponte enfermo.
17. Anda al ático más alto que puedas encontrar, párate en el borde durante un rato.
18. Dirígete a un puente y párate en el borde.
19. Escala una grúa o al menos intenta hacerlo.
20. El administrador hace alguna prueba para ver si eres una persona confiable.
21. Tener una conversación con “una ballena” (otro jugador o el mismo administrador) por Skype.
22. Ve a un ático, siéntate en el borde con las piernas colgando.
23. Otra prueba enviada cifrada.
24. Tarea secreta.
25. Reúnete con “una ballena”.
26. El administrador te dirá la fecha de tu muerte, la debes aceptar.
27. Levántate a las 4:20 y anda a las vías del tren (visita cualquier línea del tren que puedas encontrar).
28. No hables con nadie durante todo el día.
29. Alardea que “eres una ballena”.
- 30 a 49. Todos los días levántate a las 4:20 a.m., mira videos de terror, escucha música que “ellos” te envían, hazte un corte al día y habla con “una ballena”.
50. Salta desde un edificio alto. Quítate la vida.²

² LPES, “Qué es el juego de la ballena azul: las 50 pruebas del reto viral más macabro”, en Las Provincias, 13 de septiembre de 2019. Disponible en <https://www.lasprovincias.es/sociedad/mundo-viral/ballena-azul-pruebas-reto-viral-20190913200924-nt.html>

El supuesto³ *Momo Challenge* comienza con una petición de agregación de un número de teléfono proveniente de Japón a los contactos de WhatsApp. Al hacerlo, el contacto aparece con una imagen de la escultura *Mother Bird*, creada por Keisuke Aisawa, cuya descripción contiene el texto en japonés “me llaman L”. Una vez agendado, desde dicho contacto se procede a amenazar reiteradamente con hacer pública información personal o dañar a miembros de la familia (acompañadas de imágenes perturbadoras o que contienen violencia gráfica) a menos que se realicen las tareas que se encomiendan. Dichos comportamientos consisten en arriesgados juegos como, por ejemplo, colocarse cuchillos en (otras fuentes hablan de deslizárselos por) el cuello.⁴ Supuestamente (no hemos sido capaces de encontrarlos) también hay videos en YouTube con este contenido.

El desafío Jonathan Galindo (el Goofy humano) comienza con una solicitud de amistad en TikTok, Facebook o Instagram a niños y adolescentes. Cuando es aceptada se encargan misiones de valentía de naturaleza agresiva, que van aumentando gradualmente su peligrosidad. Como consecuencia de ello,

³ “El reto viral de Momo en WhatsApp o *Momo Challenge*, un bulo de muy mal gusto. El desafío que supuestamente induce a la infancia a suicidarse no es más que otro caso de *fake news*”, en pantallasamigas.net, 4 de marzo de 2019. Disponible en <https://www.pantallasamigas.net/reto-momo-whatsapp-momo-challenge-bulo/>

“¿Qué sabemos sobre el denominado Momo Challenge que supuestamente aparece en YouTube Kids?”, en maldita.es, 7 de marzo de 2019. Disponible en <https://maldita.es/malditobulo/que-sabemos-sobre-el-denominado-momo-challenge-que-supuestamente-aparece-en-youtube-kids>

En ambos sitios webs ponen en duda la veracidad de la existencia de dicho reto y lo califican de *fake news*. En la última, de hecho, hacen referencia a un comunicado oficial de YouTube en el que declara que “no han encontrado evidencia reciente de vídeos que promocionen el Momo Challenge”.

⁴ “Qué es *Momo Challenge*, el peligrosísimo reto viral de WhatsApp”, en lasprovincias.es, 28 de marzo de 2019. Disponible en <https://www.lasprovincias.es/sociedad/mundo-viral/que-es-momo-challenge-reto-viral-20190227164843-nt.html>

según narran los medios de comunicación, un menor se quitó la vida en Nápoles.⁵

Por su parte, el reto viral Juego de la Muerte “consiste en practicar una maniobra de ahorcamiento o estrangulamiento a otra persona hasta que llegue al estado de inconsciencia”.⁶ Conducta que es grabada y difundida a través de aplicaciones de mensajería o de redes sociales.

El *Blackout Challenge* (desafío del apagón), popularizado a través de la red social TikTok, consiste en grabarse mientras se aguanta la respiración todo lo posible hasta llegar al desmayo.⁷ Según algún medio de comunicación, como consecuencia de tales actuaciones han fallecido hasta 82 jóvenes.⁸

El *Vacuum Challenge* “consiste en meterse en una bolsa de basura gigante e introducir el tubo de la aspiradora por un pequeño hueco para que quien lo practique se quede envasado al vacío”.⁹ Parece ser que, aunque la cabeza debe dejarse fuera de la bolsa, hay quien no lo cumple. Con lo que ello implica.

En el reto de las Cajas de Leche se trata de “caminar sobre una pirámide de canastas de plástico colocadas formando una

⁵ Cabello de Alba, “Jothathan Galindo, el peligroso reto viral del que alerta la Guardia Civil”, en Cope, 10 de octubre de 2020. Disponible en <https://acortar.link/iyvIcP>. “¿Qué es el reto viral ‘Jonathan Galindo’ que ha causado el suicidio de un niño?”, en 20 minutos, de 1 de octubre de 2020. Disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/4401758/0/que-es-el-reto-viral-jonathan-galindo-que-ha-causado-el-suicidio-de-un-nino/>

⁶ “El Juego de la Muerte, un peligroso reto viral entre adolescentes”, en Las Provincias, 31 de mayo de 2019. Disponible en <https://acortar.link/emw3yc>

⁷ “¿En qué consiste el *Blackout Challenge*? El reto viral que ha dejado sin vida a Archie Battersbee”, en Marca.com, 2 de agosto de 2022. Disponible en <https://acortar.link/TohdNt>

“*Blackout Challenge*: el reto de TikTok que puede haber provocado la muerte de varios niños”, en elmundo.es, 7 de julio de 2022. Disponible en <https://acortar.link/TohdNt>

⁸ “*Blackout challenge*, el reto viral que ha causado la muerte cerebral de Archie Battersbee y otros niños”, en lavanguardia.com, 6 de agosto de 2022. Disponible en <https://acortar.link/TohdNt>

⁹ “Vacuum challenge, el peligroso reto viral que puede matar por asfixia a los niños”, en Lasexta.com, 9 de junio de 2019. Disponible en <https://acortar.link/TohdNt>

escalera muy elevada e inestable que asciende y desciende”,¹⁰ lo que suele provocar, en la mayoría de los casos, caídas que pueden derivar en graves consecuencias.

El Rompe Cráneos consiste en que tres personas deben contar hasta tres para saltar. “El objetivo es dejar que dos de los participantes esperen el momento perfecto para meterle una zancadilla al que está en medio, provocando que caiga totalmente de espaldas con el riesgo de golpearse bruscamente en la nuca”.¹¹ Como consecuencia de ello, una joven filipina de 16 años murió al golpearse la cabeza tras aceptar el desafío.

Por su parte, La Caza del Pijo tiene por objetivo en agredir a jóvenes considerados de alta capacidad adquisitiva, para después difundir las imágenes en las redes sociales.¹² El reto es conseguir el mayor número de agresiones posibles.

Parece ser que uno de los últimos retos virales que han surgido consiste en que los jóvenes desaparezcan durante 48 horas sin avisar a familiares ni conocidos, de manera sorpresiva y sin dejar rastro alguno, con el fin de crear la mayor alarma posible.¹³

En nuestra opinión, pese a que todos ellos son tratados como retos virales, presentan una estructura conductual que permite distinguirlos en diversos grupos. Ello resulta relevante porque posibilitará incorporar matices a la hora de determinar si constituyen supuestos a los que resulten aplicables los tipos penales que el legislador ha incorporado a

¹⁰ “El peligroso reto viral que TikTok ha prohibido por poner en riesgo la vida de sus usuarios”, en lavanguardia.com, de 27 de agosto de 2021. Disponible en <https://acortar.link/TohdNt>.

¹¹ “Rompe Cráneos, el nuevo reto viral entre adolescentes, cobró su primera víctima”, en Infobae, 28 de diciembre de 2022. Disponible en <https://acortar.link/TohdNt>

¹² “La Caza del Pijo el preocupante nuevo reto viral que consiste en acumular agresiones a pijos”, en A3noticias, 2 de junio de 2021. Disponible en <https://acortar.link/VwIEJu>

¹³ “El último y peligroso reto viral entre los jóvenes: desaparecer 48 horas y que te busque tu familia y la policía”, en 20minutos, de 3 de febrero de 2022. Disponible en <https://acortar.link/90896L>

nuestro texto punitivo a través de la *Ley Orgánica 8/2021*, del 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Así, y siempre que la información sobre la que nos basamos sea correcta, al menos podría proponerse la siguiente clasificación:

- Un primer grupo caracterizado por conductas directamente incitadoras a la comisión de conductas suicidas y autolesivas. Incitación directa que llega a ser equiparable a la inducción, en tanto consiste en la comunicación de indicaciones directamente encaminadas a conseguir la producción del suicidio o de la autolesión del sujeto pasivo. En este grupo encuadraríamos los retos de la Ballena Azul, el *Momo Challenge* y el Jonathan Galindo. En todos ellos existe, como puede observarse, una comunicación directa entre quien distribuye o difunde los contenidos y el sujeto receptor de éstos.
- Hay un segundo grupo de retos en los que su dinámica de funcionamiento consiste en la imitación. Así, alguien lleva a cabo una determinada conducta que puede resultar peligrosa para su vida o para su salud o integridad física, lo graba y lo difunde a través de redes sociales y, por distintos motivos, comienzan a proliferar videos de personas que le imitan, sometiéndose voluntariamente, por tanto, a dicho peligro. Riesgo que puede tornarse finalmente (o no) en efectivos resultados lesivos. Aquí podríamos, a su vez, distinguir dos clases de supuestos: uno en el que el sujeto que elabora el primer video incita directamente a la ejecución de la conducta que el mismo también

lleva a cabo (aunque sin dirigirse a nadie en concreto); un segundo en el que el sujeto se limita exclusivamente a realizar la conducta y la difunde, a consecuencia de lo cual comienzan a producirse las imitaciones. En todo caso, falta en ambos la interrelación directa entre quien difunde el reto y quienes deciden aceptarlo, por cuanto no es enviado a nadie en concreto, sino que es simplemente difundido en la red. En este grupo se englobarían los retos del *Blackout Challenge*, el *Vacuum Challenge*, el de las Cajas de Leche, el Rompe Cráneos o el Juego de la Muerte.

- Por último, hay un tercer grupo que, aunque en los videos no se contenga, debe haber una explicación previa de éstos (por cuanto del mero visionado de imágenes no alcanza a percibirse aquello que los caracteriza), como es el reto de la Caza del Pijo (en el que, además, la conducta que debe llevarse a cabo no es autoatentatoria) y en el que podría incluirse también el de la desaparición voluntaria. En éstos hay una incitación directa a la comisión de la conducta riesgosa, si bien no dirigida a ningún sujeto concreto, sino, de nuevo, a todo aquel que pueda acceder a ésta.

Contra éstas y otras conductas (sean reales o falsas) ha querido actuar nuestro legislador a través del Derecho Penal. Como veremos, no sin ciertos problemas, por cuanto, como puede apreciarse, bajo un mismo fenómeno se están englobando conductas que no son equiparables. Al análisis de estas respuestas punitivas se dedica el presente trabajo.

Política criminal en materia de riesgo

El engrosamiento del catálogo de conductas de expresión penalmente relevantes en el ordenamiento jurídico español es constante. Las nuevas incorporaciones han venido de la mano de la reforma operada por la *Ley Orgánica 8/2021*, del 4 de junio. Por medio de ésta, se han incorporado al *Código Penal* cuatro figuras típicas con un denominador común: la puesta a disposición de materiales aptos para la comisión de conductas atípicas¹⁴ por parte de menores de edad o personas discapacitadas necesitadas de especial protección.

Así, el art. 143 *bis CP* se encarga de las conductas referidas al suicidio,¹⁵ el 156 *ter CP* de las relativas a la autocausación de lesiones,¹⁶ y finalmente, el art. 361 *bis CP* hace lo propio respecto de conductas relacionadas con la alimentación susceptibles de generar riesgo para la salud.¹⁷

¹⁴ Con la salvedad que a continuación se dirá.

¹⁵ “Art. 143 *bis*. La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección será castigada con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero”. Disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-143-bis/>.

¹⁶ “Art. 156 *ter*. La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la autolesión de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección será castigada con la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el apartado anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero”. Disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-156-ter/>.

¹⁷ “Art. 361 *bis*. La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos

La única excepción a esta técnica legislativa es la relativa al art. 189 *bis* CP, en el que se sanciona la misma conducta de puesta a disposición de materiales aptos, pero para la comisión de delitos contra la libertad sexual.¹⁸ Ello lo asemeja a otros tipos penales que fueron incluidos con anterioridad en el texto punitivo, especialmente en materia de delitos de odio (art. 510.1.b. CP) y de terrorismo (art. 579 CP).¹⁹ Por ese motivo, su tratamiento no será objeto del presente capítulo.

Los tipos en cuestión están castigando la mera puesta a disposición (pues eso y no otra cosa implican las acciones de distribuir o difundir públicamente) de “contenidos específicamente destinados a promover, incitar o fomentar” la comisión de determinadas conductas por parte de categorías de sujetos muy concretas. El adelanto de la barrera punitiva de protección de bienes jurídicos se lleva así, en nuestra opinión, al momento más alejado que el principio de ofensividad

específicamente destinados a promover o facilitar, entre personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas será castigado con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero”. Disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-361-bis/>.

¹⁸ “Art. 189 *bis*. La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo y en los capítulos II y IV del presente título será castigada con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero”. Disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-189-bis/>.

¹⁹ Al respecto *vid.* Alonso Rimo, “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en *InDret*, 4/2017, pp. 1-79.

permite, al no ser necesaria para la perfección de los tipos en cuestión, no sólo la producción de resultado lesivo alguno, sino ni tan siquiera el comienzo de tales actuaciones por parte de los sujetos a los que van dirigidos los aludidos contenidos.

A mayor abundamiento, lo que a primera vista llama la atención de estos tres tipos penales (reiteramos: los contenidos en los arts. 143 *bis*, 156 *ter* y 361 *bis*) es que elevan a la categoría de delito de peligro abstracto, lo que técnicamente no constituyen, sino meros actos preparatorios (que hasta la entrada en vigor de estos preceptos eran impunes). En efecto, porque para que los tipos resulten aplicables no se requiere que el quitarse la vida, autolesionarse y el consumo voluntario de productos, preparados o sustancias o el uso de técnicas de ingestión o de eliminación de productos alimenticios que puedan poner en riesgo la salud (que no dejan de ser un modo de autolesionarse o, llevados al extremo, incluso de quitarse la vida) por parte de un menor o de una persona discapacitada necesitada de especial protección lleguen a producirse. Para la consumación de estos delitos basta con la mera distribución o difusión pública de contenidos aptos para, cuanto menos, facilitar la posterior conducta autolesiva de un menor o una persona discapacitada necesitada de especial protección, lo que no llega a ser constitutivo de los actos preparatorios punibles de los arts. 17 y 18 *CP*. Y aunque se estimara que las conductas descritas en los referidos preceptos pudieran considerarse uno de tales actos preparatorios punibles (postura que no compartimos), ha de tenerse en cuenta que la punición expresa de éstos tan sólo está prevista para las lesiones, no así para el suicidio ni para los delitos contra la salud pública.²⁰

²⁰ Para el caso de que se considerara que las conductas contenidas en los tres preceptos pudieran ser constitutivas de un acto preparatorio punible de delitos contra la vida y salud, al legislador le habría bastado con haber previsto expresamente la punición de

Pudiera ponerse en tela de juicio la corrección de la incorporación de tales conductas al texto punitivo, habida cuenta del avance de la barrera punitiva que comportan. Sin embargo, hay un elemento que permitiría argumentar a favor de su legitimidad, el cual supone, a nuestro parecer, el quid de la cuestión a tratar: el sujeto pasivo del delito. Pues con base en éste, puede producirse un recorte del ámbito de aplicación de estos tipos penales influyendo directamente en la interpretación que debe hacerse del resto de elementos del tipo. Porque, a nuestro entender, hay un aspecto (sobre el que volveremos) que no puede ser obviado: el uso general de las tecnologías de la información y la comunicación se caracteriza por la indeterminación de los sujetos destinatarios de los contenidos que se transmiten a su través. Pero no sólo la generalización del público es importante, lo es aún más la búsqueda de su universalización, es decir, de lograr el mayor número de receptores posibles. Ésa, de hecho, es su gran ventaja respecto de los medios de difusión tradicionales: la potencialidad de incremento exponencial de los receptores y, por tanto, de influencia del contenido emitido. Esto conlleva que mensajes que tienen un determinado público como objetivo puedan llegar (y, de hecho, lleguen) a otros perfiles de destinatarios, en los que tal vez no generen efecto alguno (porque sus integrantes no tengan el menor interés en éstos)

éstos. Podría también, y esa sería la vía por la que pareciera que hubiera optado (si se considerara que los comportamientos en cuestión son, en realidad, actos preparatorios punibles) tipificarlos expresamente como delitos autónomos con el fin de dotar a estas conductas de mayor visibilidad y una penalidad propia. Sin embargo, hay un aspecto que consideramos esencial y que nos permite sustentar que las conductas contenidas en los tres preceptos no son constitutivas de ninguno de los actos preparatorios punibles contenidos en los arts. 17 y 18: que la vida y la salud que pretenden afectarse es la del sujeto pasivo, a través de conductas desarrolladas por el propio sujeto pasivo; conductas todas ellas que, de llevarse a cabo, no le generan responsabilidad penal a quien las ejecuta.

o, por el contrario, influir incluso más que en aquellos a quienes en principio estaban dirigidos (por ejemplo: tratarse de sujetos vulnerables).

Esto es lo que creemos que ocurre con las conductas contenidas en los preceptos objeto del presente capítulo: las incitaciones a los suicidios y a las autolesiones no necesariamente tienen por qué ir dirigidas a personas menores o discapacitadas necesitadas de especial protección, pero parece fácil admitir que, si éstas acceden a aquellas, se genere un mayor riesgo de que puedan verse influenciadas para llevar a cabo tales conductas. De ahí se deriva que el mero contacto con dichos contenidos ya supone la promoción, fomento o incitación a su realización, exigidos por los tipos. Con lo que, en realidad (y avanzamos ya la conclusión), aunque con base al tenor literal de los tipos será suficiente con la publicación de contenidos que de alguna manera posibiliten la realización de conductas susceptibles de acabar con la propia vida o de naturaleza autolesiva (con independencia de quién pueda hacerlo y de que alguien termine haciéndolo o no) para que los respectivos delitos se cometan íntegramente, el resto de elementos típicos permite un entendimiento de los tipos que requieren algo más para ello. Así, la puesta a disposición de contenidos dirigidos al ciudadano medio, que podrían resultar absolutamente carentes de capacidad ofensiva adquiere; sin embargo, esto es relevante cuando el sujeto al que van dirigidos (o accede a éstos) carece de los recursos defensivos propios de aquél. La cuestión (cuya solución no es, en absoluto, sencilla) radica en cómo determinar cuándo un contenido se encuentra específicamente destinado a hacer nacer la voluntad de comisión de tales conductas autoatentatorias en menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección.

Bien jurídico protegido

La *Ley Orgánica 8/2021*, de 4 de junio, tiene por objeto la lucha contra la violencia en la infancia,²¹ dándose con ello cumplimiento a una de las obligaciones prioritarias de los poderes públicos: “la protección de las personas menores de edad”.²² Pese a ello, en las reformas que su disposición final sexta incorpora al texto punitivo se incluyen otros colectivos sociales que se consideran dignos y necesitados de protección (personas de edad avanzada, personas pobres y personas discapacitadas necesitadas de especial protección).²³ Estamos, pues, ante un ejemplo más de la actual tendencia del legislador a incluir en las nuevas disposiciones legislativas contenidos cuya integración en su objeto resulta, cuanto menos, dudosa. Sobre esta base, además de otras medidas, “se crean nuevos tipos delictivos para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores de edad, así como una gran alarma social”.^{24 25}

²¹ Según establece el apartado I de su Preámbulo.

²² *Ibidem*.

²³ Aunque éstas ya estaban expresamente contempladas en el *Código Penal*, los últimos de ellos se incluyen como sujetos pasivos en los tipos que son objeto de esta contribución. De ahí su mención en el texto.

²⁴ Cabe preguntarse, no obstante, cuál es esa gran alarma social a la que el legislador alude y cómo ha podido detectarla y medirla, ya que no ha habido, hasta donde se conoce, movilización popular alguna en relación con esta cuestión (como sí las ha habido respecto de otras cuestiones como, por ejemplo, el caso de La Manada). Cabe, por tanto, calificar dicha justificación de espuria, por su desajuste a la realidad social española.

²⁵ Apartado II del Preámbulo. Añade a ello lo siguiente: “Se castiga a quienes, a través de estos medios, promuevan el suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios entre personas menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estas. Además, se prevé expresamente que las autoridades judiciales retirarán estos contenidos de la red para evitar la persistencia delictiva”.

En todo caso, y aun admitiendo la existencia de esa gran alarma social a la que se refiere el legislador (lo que sólo se hace a efectos discursivos) cabe preguntarse si realmente existía (y existe) una necesidad efectiva de incriminación de tales conductas. Y la solución a tal interrogante pasa por plantearse dos cuestiones diferentes: en primer lugar, si dichas conductas recibían respuesta por parte del *Código Penal* antes de la inclusión de los tipos penales, objeto del presente comentario. Incógnita que ha de ser respondida en sentido negativo, en tanto que, en efecto, tales comportamientos eran (tal y como son tipificados en los preceptos de nuevo cuño), antes de la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 8/2021*, atípicos.

Admitido pues que, efectivamente, se trata de conductas para las que no existía una respuesta penal, la siguiente duda que surge es la de si en nuestra sociedad se ha dado un número significativo de casos que pongan de relieve que se está abordando una realidad evidente que requiere de una solución (además, penal). Ésta también debe ser contestada con un “no”. De hecho, si se analizan las noticias habidas al respecto, los resultados producidos (al menos los mortales) han ocurrido, todos, en el extranjero. Por tanto, si se tiene en cuenta que no hay constancia de la existencia de supuestos en los que el resultado lesivo que pretende evitarse se haya producido, y que además éstos tratan de impedirse a través del uso del Derecho Penal, con unos tipos penales muy problemáticos, que se focalizan en conductas de una exigua ofensividad, a las que se asocian unas penas (como se verá) en absoluto nimias, parece que, ciertamente, la opción legislativa adoptada resulta, cuanto menos, discutible. Con todo, es la opción del legislador, y al intérprete le compete, salvo la opinión que pueda tenerse al respecto, identificar los problemas interpretativos que ésta genere y aportar soluciones razonadas y razonables a éstos.

Así, pues, en primer lugar, hay que plantearse cuál es el bien jurídico protegido en estos tipos penales. En ellos se está salvaguardando la vida y la salud de los menores de edad y de las personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Mediante la atribución de relevancia penal a determinadas conductas con aptitud suficiente para generar el riesgo del nacimiento en tales sujetos del ánimo de llevar a cabo conductas atentatorias contra su propia vida o salud. Se pretende así, en última instancia, evitar la efectiva materialización de éstas mediante la prohibición de aquellas. Consecuentemente, como ya ha sido indicado, los tipos se configuran como delitos de peligro abstracto,²⁶ por cuanto, reiteramos, para su perfección no se requiere ni tan siquiera el inicio, por parte del sujeto pasivo, de conducta alguna de la que pudiera derivarse un resultado lesivo para tales bienes jurídicos y, mucho menos, la producción de este último. Es decir, no se precisa, ya se trate de un menor o una persona discapacitada y necesitada de especial protección que se suicide, se autolesione o adopte conductas alimenticias que puedan poner en riesgo su salud, ni siquiera que inicie tales comportamientos autoofensivos.

La principal disyuntiva que surge a la hora de determinar el bien jurídico que cada uno de estos preceptos está llamado a proteger versa sobre el carácter individual o colectivo de éste.²⁷ Así, cabe preguntarse si se protege la vida o la salud de una persona menor o discapacitada y necesitada de especial

²⁶ Al respecto véase Ángel Torío López, "Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, pp. 825 a 847; Mirentxu Corcoy Bidasolo. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999.

²⁷ Pueden encontrarse criterios para delimitar los bienes jurídicos colectivos en Roland Hefendehl, "¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto" (traducido por E. Salazar Ortuño), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 3 y 4.

protección concreta (la que efectivamente haya accedido a tales contenidos) o las de los integrantes (en número indeterminado) de los colectivos a los que aluden los tipos, sobre la base de la posibilidad de acceso a aquellos. O si, por el contrario, se está protegiendo la existencia de condiciones que garanticen un entorno digital seguro para estas categorías de grupos sociales.²⁸

Tal cuestión no puede ser resuelta con base en una interpretación sistemática. Así, los preceptos se encuentran diseminados por el Libro II del texto punitivo. Los dos primeros han sido incorporados en los títulos que protegen bienes jurídicos individuales, en tanto que el tercero se ubica en el capítulo que recoge los delitos contra la salud pública. En efecto, el art. 143 *bis* se ubica en el “Título I. Del homicidio y sus formas”, encontrándose el 156 *ter* en el “Título III. De las lesiones”. Como es sabido, el bien jurídico protegido en ambos es de carácter individual. Por el contrario, el art. 361 *bis* se ha integrado en el “Título XVII. De los delitos contra la seguridad colectiva”. Concretamente en su “Capítulo III. De los delitos contra la salud pública”, los cuales se caracterizan, precisamente, por proteger la salud pública, “bien jurídico colectivo de referente individual que puede ser definido [...] como el conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de la comunidad”.²⁹ Así pues, habrá que buscar otra vía que sirva para delimitar el objeto formal protegido en tres tipos penales que, como se ha visto, muestran la misma estructura conductual.

²⁸ Es partidario de entender la infancia como bien jurídico colectivo protegido en este tipo penal Marcos Chaves Carou, “Participación en las autolesiones. Análisis del nuevo artículo 156 *ter* del Código Penal”, en *Diario La Ley*, p. 7.

²⁹ Enrique Orts Berenguer, “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en José Luis González Cussac (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 629 y 630.

La *ratio legis* expresada en el Preámbulo de la LO 8/2021 refuerza nuestra postura, consistente en que el bien jurídico que ha de considerarse protegido en estos tipos es de carácter individual y va referido a la vida o salud de los sujetos expresados.³⁰ A nuestro entender, el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar la existencia de un entorno digital seguro para personas menores de edad y necesitadas de especial protección no tiene relevancia suficiente como para erigirse en un bien jurídico. Y carece de importancia por su carácter difuso, lo que lo hace difícilmente aprehensible, dificultando con ello la interpretación de los tipos penales en cuestión. Pero no sólo eso, porque ello implica tomar partido por una política criminal que tiene por objeto la protección de bienes colectivos que posibilitan mayores recortes de libertad, lo que aconseja, en supuestos como el que nos ocupa, optar por considerar como objeto de protección bienes jurídicos individuales. Ha de tenerse en cuenta que la preferencia por el referido bien jurídico de carácter colectivo obliga a atribuir a los tipos penales naturaleza de delitos de lesión y no de peligro, por ir referido a las condiciones que debe revestir un entorno digital seguro, las cuales no concurrirían en caso de que en el mismo pudiera accederse a tal clase de condiciones. La dificultad en ese caso estriba en determinar qué condiciones deben concurrir (y, en consecuencia, deben ser menoscabadas) para entender que el entorno digital (cuya delimitación no resulta sencilla) puede considerarse seguro (calificativo que tampoco es fácil de aprehender bajo el prisma de seguridad jurídica al que obliga el principio de legalidad en materia penal).

³⁰ Según su apartado II, "[...] se crean nuevos tipos delictivos para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores de edad".

Conducta típica

a) Distribución o difusión pública

Los tres preceptos exigen la “distribución o difusión pública”. Por “distribución” ha de entenderse, según la acepción segunda que da el *Diccionario de la lengua española*, el “reparto de un producto a los locales en que debe comercializarse”. La primera que ofrece es la de “acción y efecto de distribuir”. Por su parte, “distribuir” significa, en su tercera acepción, ‘entregar una mercancía a los vendedores o consumidores’. Se requiere, por tanto, para poder incurrir en esta modalidad de conducta típica, la existencia de un producto, que en este caso ha de ir referido a un documento (en cualquiera de sus modalidades: escrita, audiovisual o meramente sonora) en el que se aloje el contenido incitador (al que aludiremos posteriormente).

Por su parte, por “difusión” ha de interpretarse, conforme a la primera acepción del *Diccionario de la lengua española*, la “acción y efecto de difundir”. Dicha acción consiste en “propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbre, modas, etc.” (acepción tercera); es decir, “hacer que algo se extienda o llegue a sitios distintos de aquel en que se produce” o “extender el conocimiento de algo o la afición a ello” (acepciones segunda y cuarta del término “propagar”) o “publicar, extender, poner al alcance del público algo” (“divulgar”). En este caso entendemos que va referido exclusivamente al contenido, es decir, cuando éste se transmite directamente, sin incluirlo en ningún formato físico individualizable.

Con ello, el legislador ha tratado de dar cobertura en los tipos penales a todas las posibilidades de hacer llegar contenidos a terceros a través de las tecnologías de la información y la comunicación, configurándolos, así, como delitos de mera

actividad.³¹ Esto comporta que para que las conductas típicas se entiendan consumadas, no es necesario que los contenidos hayan sido efectivamente recibidos por ningún destinatario, siendo suficiente que el acceso a éstos se haga posible a través de su puesta a disposición. Debido a que con la mera distribución o difusión pública de los contenidos a los que se refieren los tipos ya se promueve, fomenta o incita a la comisión de los comportamientos pretendidos (tal y como requieren los preceptos).

La divulgación, por exigencia de los tipos, debe ser pública, lo que debería interpretarse como una difusión no dirigida a un sujeto determinado, sino a una pluralidad (en número indeterminado o no) de ellos. Compuesta por todos aquellos que potencialmente pudieran acceder a éste. Podría defenderse, en la lógica de incriminación de las conductas, que habría resultado más operativa la no exigencia de la publicidad y haber requerido tan sólo la distribución o difusión, habida cuenta de que ambos verbos, como hemos visto, implican ya una pluralidad de sujetos receptores, lo que haría innecesario el adjetivo calificativo. Pero lo cierto es que el legislador lo ha empleado, de ahí que pueda interpretarse como una manera de incidir en la necesidad de una pluralidad de sujetos potencialmente destinatarios. Los tipos abarcan, además, los supuestos de distribución o difusión pública tanto en canales abiertos como en aquellos con acceso restringido, siempre que, reiteramos, puedan acceder a ellos una pluralidad de sujetos, pues sólo así pueden considerarse satisfechos los verbos (y, en consecuencia, las conductas) que exigen los tipos.

³¹ De la misma opinión es Cecilia Cuervo Nieto, "La inducción al suicidio de menores de edad a través de las nuevas tecnologías. (Análisis del nuevo artículo 143 bis del Código Penal: contenido del tipo y problemas de aplicación)", en *La Ley Penal*, p. 5.

Quedarán, por tanto, fuera de los tipos los contenidos que sean entregados a un único sujeto, por cuanto que, en estos casos, en atención al uso común del lenguaje, no puede afirmarse que los contenidos se distribuyan o difundan, sino que más bien se entregan o se hacen llegar a alguien, lo que no es exactamente lo mismo. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que el art. 18 del *Código Penal* define la provocación como la incitación directa “por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas”. Se exige, pues, la publicidad; y se equipara a ésta la presencia de un número indeterminado de sujetos.

Resulta obligado, consecuentemente, que el contenido se divulgue a un número (bien previamente determinado por el autor, bien indeterminado) de sujetos, pero en todo caso plural. Divulgación que puede realizarse en un único acto (que será lo habitual) o en una pluralidad de ellos, cuando se envíen de manera individual a cada uno de los diversos destinatarios a los que se encuentran dirigidos.

Pero, en nuestra opinión, para entender subsumible en los tipos que nos ocupan este segundo supuesto se requiere que esa pluralidad de envíos individuales se realice en unidad de acción, porque sólo así puede afirmarse que se ha llevado a cabo una distribución o una difusión pública.

Sentada la regla general, cabe plantearse supuestos más problemáticos, tales como aquellos en los que los contenidos sean enviados a un único sujeto, o a una pluralidad de sujetos, pero no en unidad de acción, sino a través de conductas desconectadas entre sí (usualmente, distanciadas entre sí en el tiempo). ¿Serían tales comportamientos constitutivos de estos delitos? Aunque es cierto que podría entenderse que la distribución o difusión pública no tiene por qué ir dirigida

a una pluralidad de sujetos receptores, abarcando también los casos en que los contenidos se envíen a un único sujeto, siempre que se haga a través de canales públicos, a nuestro entender esta interpretación, por los motivos expresados, implica una aplicación extensiva en contra del reo que debería ser evitada.

b) Uso de Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación

El segundo elemento de los tipos consiste en la exigencia de que las conductas típicas se lleven a cabo “a través de Internet, el teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación”.³² Eso comporta, en consecuencia, su atipicidad cuando sean cometidas mediante cualquier otro mecanismo, en especial cuando se lleven a cabo a través de relaciones personales directas o por el uso de medios de difusión mecánicos. La exigencia, que supone un nuevo recorte del ámbito de actuación, no constituye, sino un ajuste del tipo a la realidad que pretende regularse, que no es otra que el uso que viene haciéndose de las tecnologías de la información y la comunicación en general y, en especial, de las redes sociales, como se vio al principio de este capítulo. Con la fórmula empleada, puede darse cobertura, incluso, a los supuestos en los que los contenidos a los que aluden los tipos se hagan llegar a los sujetos pasivos alojados en dispositivos *hardware* que sean remitidos al conjunto de sujetos pasivos. Además de ello, se posibilita que cualquier mecanismo de difusión que pueda emplearse, en la actualidad

³² Disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-183/>.

o en el futuro, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, quede abarcado por los tipos.

c) Objeto material

El objeto material de los tipos viene constituido por los “contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar” a las conductas fijadas en cada uno de ellos (recuérdese, atentar contra la propia vida o salud por parte de menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección). Y éste es, a nuestro entender, el elemento típico más relevante de los preceptos, por cuanto es el que justifica la intervención punitiva.

Que se trate de contenidos específicamente destinados comporta una exigencia respecto de su aptitud. Es decir, con independencia del ánimo con el que el autor los distribuya o difunda públicamente, los materiales que sean repartidos o diseminados entre terceros han de ser, por sí mismos, aptos para hacer nacer en quien los recibe la voluntad de suicidarse o autolesionarse.

Desde nuestro punto de vista, y por principio de intervención mínima, si los contenidos pueden considerarse ineficaces para el logro de este objetivo no debieran integrar ninguno de los tipos penales analizados. Esto comporta, como podrá imaginarse, que la cuestión central pasa a radicarse en la determinación del criterio con base al cual determinar dicha eficacia, dicha aptitud.

Y a la hora de fijar tal criterio no puede perderse de vista quiénes son los sujetos pasivos del delito: menores de edad y personas discapacitadas de especial protección. Es decir, sujetos vulnerables, con una menor capacidad de

autoprotección y una mayor facilidad de sugestión. Sin duda, esto termina influyendo en el tipo de contenidos que pretenden abarcarse en el tipo. La realidad pone de manifiesto que dichos contenidos constituyen incitaciones directas a la comisión de tales conductas. Con otras palabras, no se trata de mensajes disimulados o subliminales o que pudieran dar lugar, con determinadas interpretaciones, a la realización de tales conductas, sino que consisten, como decimos, en inducciones directas al resultado pretendido (por ejemplo: “quítate la vida”) o, simplemente, a la realización de conductas que son peligrosas en sí mismas.

Ha de tenerse en cuenta, obviamente, que el colectivo de menores se encuentra compuesto, al menos, por personas comprendidas entre los 17 años y 364 días hasta los recién nacidos, de la misma manera que también entre las personas discapacitadas necesitadas de especial protección pueden distinguirse distintos grados de discapacidad. Sin embargo, y a efectos de delimitar el ámbito de aplicación de los tipos, se parte de la premisa de que no todos los sujetos que formalmente pueden considerarse sujetos pasivos del delito lo serán materialmente. Hay un límite inferior y superior que impedirá a quienes se encuentren más allá de ellos, verse afectados por las conductas tipificadas. Así, en lo que respecta al límite inferior, los menores deben ostentar, cuanto menos, la capacidad de poder acceder a dichos contenidos (lo que implica poder hacer uso de los dispositivos que integran el concepto de tecnologías de información y la comunicación: teléfonos, tablets, ordenadores y demás aparatos que permitan la interconexión entre sujetos) y de comprender los contenidos a los que se puede tener acceso a través de ellos. Eso puede comportar que lo que podría ser apto para alguien de, por ejemplo, 10 años, no lo sea para alguien de tres. Por el mismo

motivo, habrá también un límite superior en el que el menor pueda contar con suficientes herramientas de autoconducción que hagan ineficaces los contenidos. Si bien ese límite el legislador lo fija en los 18 años (estableciendo, en consecuencia, una presunción *iuris et de iure*) lo cierto es que no resulta complicado imaginar que personas menores de 18 años sean capaces de discernir la peligrosidad de los contenidos y actuar en consecuencia.

De la misma manera, también hay que preguntarse por el grado mínimo y máximo de discapacidad más allá de los cuales no puede afirmarse la idoneidad de los contenidos para generar el peligro que el legislador trata de conjurar.

Pero habida cuenta de que los contenidos han de ser distribuidos o difundidos al público en general, habrá de concluirse que la exigencia mínima para entender el cometido del delito ha de ser que puedan hacer que los menores de edad, a más temprana edad posible y las personas con mayor grado de discapacidad posible, puedan llegar a cometer tales conductas, lo que, sin duda, redundará en una disminución de la exigencia de su eficacia respecto del resto de personas. En otras palabras, cuanto menor sea la capacidad de la persona susceptible de ser influida, menor habrá de ser la exigencia de aptitud del contenido, por cuanto lo que no sería capaz de mover al ciudadano medio a llevar tales conductas, sí puede hacerlo en sujetos que adolezcan de capacidades menores. Por ello, por la obviedad del mensaje, debería hacerlo inidóneo para los supuestos en los que los receptores sean menores de edades elevadas y personas discapacitadas necesitadas de especial protección con niveles bajos de discapacidad.

Ello nos lleva a afirmar que los tipos resultarán aplicables, en la práctica, a órdenes directas y no a contenidos que se hagan pasar por informaciones sustentadas en aparentes

estudios previos y que tratan de convencer a sujetos capaces de comprender las consecuencias derivadas de llevar a cabo tales conductas. Así como a imágenes en las que el sujeto realice la conducta, generando con ello el riesgo de imitación por parte de los terceros que lo visionen.

En realidad, a la hora de determinar la aptitud de los contenidos distribuidos o difundidos para promover, facilitar o incitar a la realización de las conductas pretendidas habría que emplearse una regla semejante a la que se utiliza para establecer la aptitud del engaño en el delito de estafa, esto es, distinguiendo la idoneidad objetiva del ardid empleado y las condiciones subjetivas del sujeto pasivo del delito, valorando ambas conjuntamente. Trasladando dicho criterio a los tipos penales que nos ocupan habría que diferenciar, en consecuencia, entre la idoneidad objetiva de los materiales y las condiciones psicobiológicas de los sujetos pasivos. Sin embargo, estos delitos tienen una dificultad añadida respecto de aquel: el delito de estafa va referido a sujetos concretos (con lo que el segundo elemento a valorar se establece respecto a uno o varios sujetos determinados, lo que implica la posibilidad de valoración de su incidencia en el caso en concreto) en tanto que estos tipos penales castigan la puesta a disposición de materiales, al menos en su supuesto paradigmático, a un número indeterminado de sujetos. Ello comporta que la idoneidad objetiva ha de serlo en abstracto (y no en concreto) con base a un criterio *ex ante*.³³ Las condiciones psicobiológicas, en cambio, no pueden ir referidas a sujetos concretos, sino que, por el contrario, han de ser las que caracterizan a los sujetos más vulnerables susceptibles de

³³ Sobre el criterio a barajar en los juicios de peligro y en los juicios de previsibilidad objetiva, véase José Cerezo Mir, "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 49.

poder constituirse en sujeto pasivo del delito, también con base, eso sí, a un criterio *ex ante*. La cuestión es, si en atención a ello la incitación ha de ser tan evidente que la haga inidónea para quienes no se encuentran en ese conjunto de sujetos más vulnerables dentro de los grupos de sujetos pasivos de los tipos. ¿Puede afirmarse la idoneidad de éstos? Lo que sí consideramos innegable es que la referencia a sujetos pasivos colectivos en los que puede encontrarse tanta diferencia de capacidad entre sus componentes dificulta sobremanera la respuesta a esta cuestión.

d) El castigo de las incitaciones indirectas: “promover, fomentar o incitar”

Es cierto que los tipos exigen que los contenidos estén específicamente destinados a “promover, fomentar o incitar”,³⁴ y que a la interpretación que se ha hecho hasta el momento podría oponérsele que tan sólo abarca aquellos contenidos dirigidos a incitar (en el sentido de hacer nacer la voluntad en otro) a la comisión de determinadas conductas, en tanto que los preceptos también abarcan la promoción y el fomento, estas conductas son más amplias que la mera incitación.

De nuevo tenemos ante nosotros lo que se han venido considerado incitaciones indirectas que, sin duda, amplían el ámbito de aplicación de los tipos penales. Sin embargo, en estos casos, a diferencia de otros preceptos en los que el legislador ha hecho uso de esta fórmula, aquí los sujetos pasivos a los que van dirigidas las conductas restan, en nuestra

³⁴ Con excepción de los del art. 361 *bis CP*, el cual únicamente exige, no se entiende bien con base a qué motivo, que estén destinados a “promover o facilitar”.

opinión, operatividad a dichas incitaciones indirectas, por cuanto muy probablemente éstas no resulten aptas para lograr el inicio de las conductas lesivas pretendidas. Con todo, muy probablemente pueda afirmarse que la inclusión de las dos primeras fórmulas persigue permitir la subsunción en estos preceptos de aquellas modalidades de retos que consisten en la mera realización de conductas riesgosas que se difunden en la red (sin invitación alguna a su realización) y que terminan siendo imitadas por otros.

A la hora de definir el ámbito de aplicación de los tipos que nos ocupan debe tenerse en cuenta, no obstante, que la situación sistemática en la que se encuentran los tres es diferente. Así, el art. 143 *bis* acompaña al art. 143 *CP*, en el que se castiga la inducción, la cooperación y la cooperación ejecutiva al suicidio, y al que, a nuestro entender, sirve de complemento. Sin embargo, tal cosa no ocurre con relación a los arts. 156 *ter* y 361 *bis*, los cuales no acompañan a ningún precepto similar al 143.

Así, en materia de lesiones únicamente podemos recurrir a la punición expresa de los actos preparatorios punibles, a tenor del art. 151 *CP*. En el ámbito de la salud pública ni siquiera se cuenta con ello, por cuanto, en atención al art. 373 *CP*, únicamente pueden castigarse los actos preparatorios punibles en los delitos de tráfico de drogas. Siendo esto así, lo cierto es que los tres preceptos que nos ocupan resultarán aplicables, en su límite inferior, a cualquier conducta que posibilite la realización por parte de los sujetos pasivos de los comportamientos pretendidos a los que cada uno de ellos va referido. En el límite superior, pese a que en los arts. 143 *bis* y 156 *ter CP* se incluye la incitación y en el 361 *bis CP* se habla tan sólo de facilitación, vendrá constituido en todos ellos por las incitaciones directas a la comisión de las conductas

de referencia, entendiendo por tales aquellas que suponen invitaciones dirigidas expresamente a su realización, pero guiadas a una pluralidad de personas, por cuanto si se castiga lo menos se puede castigar lo más.

e) Sujetos

Ningún problema interpretativo genera el elemento típico del sujeto activo. Estos tipos son configurados como delitos comunes,³⁵ en tanto no se exige cualidad alguna para poder cometerlos. Pudiendo ser llevados a cabo, en consecuencia, incluso por menores de edad, quienes, como es sabido, son susceptibles de responsabilidad penal, a tenor del art. 19 CP, a partir de los 14 años.

El sujeto pasivo del delito es, si se nos permite la expresión, harina de otro costal. En efecto, el tipo habla de “personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”. Se trata, por tanto, de dos colectivos claramente diferenciados.

El primero de ellos, el de “personas menores de edad”, obliga a remitirnos a la legislación civil y entender que quedan comprendidos dentro del mismo todos aquellos que tengan menos de 18 años (ex art. 240 CC).³⁶

El concepto normativo de *personas discapacitadas necesitadas de especial protección* se encuentra contenido en el art. 25 CP,³⁷

³⁵ En ese sentido, véase Cecilia Cuervo Nieto, “La inducción al suicidio...”, *op. cit.*, p. 4.

³⁶ Repárese, pues, en la incongruencia que supone incluir a los mayores de 14 años y menores de 18 en el colectivo de sujetos pasivos (lo que implica afirmar una mayor vulnerabilidad) y reconocerles, al mismo tiempo, capacidad para ser responsables penales, aunque sea con base a una ley específica. Y lo mismo habría de afirmarse respecto de las personas discapacitadas necesitadas de especial protección respecto de las cuales no resulte aplicable una causa completa de inimputabilidad.

³⁷ Art. 25 CP: “A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación

lo que fuerza a entender (como, por otro lado, no podía ser de otra manera) que engloba sólo a aquellas personas que presenten deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente que les reduzca la capacidad crítica y de análisis como para poder apreciar la lesividad que los contenidos a los que se refiere el tipo pueden desplegar.

Cuestión distinta es que, a la hora de entender que el delito pueda ser cometido, se exija que los integrantes de ambos colectivos cuenten con capacidad suficiente como para poder captar el sentido del mensaje del contenido al que se haya accedido, esto es, para que quepa la posibilidad de comisión de las conductas riesgosas pretendidas.

Y es que precisamente eso es lo que trata de lograr el legislador a través de estos tipos: proteger a aquellos miembros de la sociedad que carecen de las facultades necesarias (bien por madurez, bien por circunstancias personales) para poder valorar los contenidos debidamente, es decir, siendo conscientes de lo que pueden implicar, pero con la facultad suficiente como para ser capaces de llevar a cabo las conductas a las que pueden dar lugar los contenidos a los que hubieran accedido.

en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo, a los efectos de este *Código*, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente". Disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-25/>.

f) Elementos específicos de cada uno de los tipos

Hasta aquí los elementos comunes. Ha llegado el momento de hacer referencia a las conductas que se pretende sean llevadas a cabo por aquellos a quienes se dirigen los contenidos: el suicidio (en el art. 143 *bis*), la autolesión (en el art. 156 *ter*) y, finalmente, “el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas” (art. 361 *bis*). Como se ve, todas ellas conductas cuya relevancia penal, para quien las lleva a cabo, pueden ser puestas en tela de juicio.³⁸

De las referidas conductas, sin duda, la última, nuevamente, resulta la más distorsionante. Y lo es porque, a diferencia del suicidio y la autolesión, que ya implican un menoscabo efectivo del bien jurídico protegido (la vida y la salud), el consumo o el uso de las técnicas a las que alude el precepto únicamente deben suponer, para integrar el tipo, la posibilidad de generación de un riesgo para el último de esos bienes jurídicos, con lo que la línea de intervención se adelanta todavía más, castigándose el hecho de hacer llegar a terceros indeterminados, contenidos que les hagan llevar a cabo una conducta que pueda (sea idónea para) poner en riesgo su salud, en caso de que efectivamente llegaran a ser desarrolladas. Dicho de otra manera, en este último caso, no solo se está castigando un riesgo abstracto,³⁹ sino uno anterior a él, porque no sólo no se precisa que nadie comience a cometer tales

³⁸ En efecto, por cuanto es claro que el suicidio no comporta responsabilidad alguna para quien atenta contra su propia vida, al igual que tampoco lo hace el autolesionarse.

³⁹ De la misma opinión es María Martha González Tascón, “Observaciones a las novedades introducidas por la *Ley Orgánica* de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal”, en *Diario La Ley*, p. 15; Marcos Chaves Carou, “Análisis del nuevo artículo 156 *ter* [...]”, *op. cit.*, p. 5.

conductas, sino que para el caso de que tal supuesto llegara a producirse tampoco, se requiere, por un lado, un efectivo menoscabo en la salud de la que es titular el sujeto inducido, siendo suficiente con que la conducta desarrollada (recordemos, consumo de determinados productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios, es decir, de generar lo que se conocen como trastornos alimenticios) pueda llegar a amenazar (sea susceptible de hacerlo) aquel bien jurídico. Aptitud para poner en riesgo que, por otro lado, habrá de ser demostrada por la acusación, con base, se entiende, a estudios médicos que acrediten dicha potencial lesividad. Por tanto, en atención al art. 361 *bis*, ¿han de entenderse típicas las dietas milagrosas anunciadas por diversos creadores de contenido multimedia? Con base al tenor literal del tipo penal, siempre que se pueda demostrar que dichas dietas no son saludables y que el sujeto que las distribuye o difunde públicamente es consciente de ello, la respuesta habrá de ser afirmativa. Claro que este criterio habría de ser matizado en aquellos supuestos de dietas médicas o similares, especialmente cuando se advierta que habrían de ser desarrolladas bajo supervisión facultativa, por cuanto que en éstas, dicha supervisión supone prevención suficiente para situar los posibles riesgos para la salud que pudieran implicar en niveles adecuados.

Instancias de imputación

El tipo exige que los contenidos que sean distribuidos o difundidos públicamente a través de las tecnologías de la información y la comunicación estén “específicamente destinados a promover, fomentar o incitar” a la comisión

del acto atentatorio contra la propia vida o salud por parte de una persona menor de edad o discapacitada necesitada de especial protección. En consecuencia, el dolo exigible al autor no deberá ir referido tan sólo a la comisión de la conducta (distribuir o difundir públicamente) sino también a la idoneidad de los contenidos distribuidos o difundidos públicamente para generar el riesgo de que terceros menores de edad o personas discapacitadas necesitadas de especial protección puedan terminar realizando los actos lesivos pretendidos.

La fórmula típica empleada por el legislador, sin embargo, obliga a distinguir dos aspectos que resulta fácil confundir: la acción de distribución o difusión pública de los contenidos y la voluntad de que todos o algunos de los sujetos pasivos a los que van dirigidos tales contenidos lleguen a realizar, efectivamente, las conductas de suicidio o autolesivas (habida cuenta de que los tipos exigen que los contenidos han de estar específicamente destinados a fomentar, promover o incitar aquellas).

Así, los tipos exigen que el autor actúe con dolo directo de primer grado respecto, tanto de la propia conducta de distribución o difusión pública, como de la idoneidad de los materiales para la provocación de las conductas riesgosas por parte de terceros.

Cuestión distinta es la instancia de imputación que debe concurrir respecto de la voluntad de la efectiva comisión de las conductas autolesivas por parte de los sujetos pasivos. Para el caso de éstas llegaran a producirse habría que resolver el grado de participación del autor de las conductas de distribución o difusión pública en su causación. Participación que podría ser admitida incluso a título de dolo eventual, por cuanto si se es consciente de la idoneidad de los contenidos para provocar tales comportamientos

y, pese a ello, efectivamente se difunden o se distribuyen públicamente, se está aceptando la posibilidad (aunque no se persiga como finalidad directa de la conducta de puesta a disposición de tales materiales) de que éstos tengan lugar, lo cual da lugar a esta clase de dolo. No obstante, y dado que los tipos persiguen castigar la mera generación de peligros abstractos para los bienes jurídicos individuales protegidos, aceptar esta última opción posibilitará una aplicación desmesurada de los preceptos.

Lo que sí estimamos que no resulta posible es imputar los resultados lesivos que pudieran producirse como consecuencia de las conductas tipificadas en los preceptos que nos ocupan a su autor a título de imprudencia, por impedirlo la exigencia de que los contenidos se encuentren específicamente destinados a posibilitarlos.⁴⁰

Sentado lo anterior, el siguiente problema al que hay que hacer frente es cómo se prueba dicha intencionalidad. En efecto, por mucho que el legislador exija un elemento tendencial en el ánimo del autor al actuar, lo cierto es que cuando se emiten contenidos a través de Internet mediante el uso de dispositivos o tecnologías de la información y la comunicación, salvo que se haga por medio de canales cerrados a los que sólo puedan acceder un determinado (o determinados) sujeto (o sujetos), no hay ninguna manera de controlar el perfil de los receptores.

Eso es, precisamente, lo que caracteriza estas tecnologías, la posibilidad de llegar a cualquiera que disponga de un dispositivo que le permita acceder a éstas. En consecuencia, a pesar de que

⁴⁰ Obvio es que ninguno de los tipos que nos ocupan pueden cometerse de manera imprudente por cuanto ello es incompatible con la exigencia de que los contenidos estén "específicamente destinados" a las finalidades establecidas en los tipos. De ahí que, con buen criterio, el legislador no hay previsto expresamente la punición de su comisión imprudente.

el legislador exija que se trate de contenidos específicamente destinados a personas menores o discapacitadas, mucho nos tememos que nos encontraremos con dos escenarios claramente diferenciados:

- Uno primero, tal vez más ajustado al tenor literal del tipo, en el que para poder apreciar la conducta típica habrá de tratarse de contenido directamente diseñado y elaborado para un público infantil o adolescente (el cual resultará más fácilmente reconocible) joven o discapacitado con necesidad de especial protección (cuyos contornos definitorios son mucho más difusos y, por tanto, más complicado de distinguir del contenido destinado a otros colectivos sociales);
- Uno segundo, que será, me temo, el usual, dirigido a un público indeterminado, a consecuencia del cual es posible que una persona menor o discapacitada necesitada de especial protección pueda llegar a llevar a cabo las conductas normativamente exigidas. En este segundo caso habría que aceptar que el autor actúa, no con el dolo directo de primer grado al que aludíamos con anterioridad sino, en realidad, con un dolo eventual.

Así pues, concluyendo, aunque el tipo parece exigir un dolo directo de primer grado, es muy probable que, en la práctica, se aplicará en supuestos en los que el autor actúe con un mero dolo eventual respecto a la posibilidad de materialización del riesgo que tales contenidos generan.

Iter criminis

Como se ha visto, los tipos castigan la distribución o difusión pública, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, de los contenidos referidos. Se configuran, pues, como delitos de mera actividad. Y, aunque la tentativa es conceptualmente posible, lo cierto es que se antoja en la práctica difícil de perseguir, pues el uso de los instrumentos tecnológicos que atribuye relevancia penal a la conducta hace que una vez enviado el contenido la conducta se encuentre ya consumada.

Tan sólo en aquellos casos en los que los contenidos son introducidos en el dispositivo o plataforma a través de los cuales pretende distribuirse o difundirse públicamente, pero descubiertos (e interceptados) antes de ser mandados a terceros, o en aquellos casos en los que sean enviados y por motivos técnicos no puedan ser recibidos por terceros, podrán apreciarse formas imperfectas de ejecución. A igual conclusión habrá que llegar en aquellos casos en los que los contenidos son puestos a disposición a través de la distribución de dispositivos de *hardware* donde se encuentren alojados. Si bien resulta dudoso que la distribución o difusión pública puedan resultar punibles, habida cuenta de su escasa capacidad de ofensividad, que es de por sí bastante exigua en la conducta consumada.⁴¹ En especial, como ha sido señalado, en el art. 361 *bis*.

⁴¹ No admite la posibilidad de las formas imperfectas de ejecución respecto del art. 143 bis, Cecilia Curvo Nieto, "La inducción al suicidio...", *op. cit.*, p. 7

Autoría y participación

El hecho de que la conducta deba llevarse a cabo “a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la comunicación” permite plantearse la problemática propia de los delitos que son cometidos “a través de los medios o soportes de difusión mecánicos”, cuyo régimen de responsabilidad viene determinado en el art. 30 *CP*. La aplicación de dicho precepto comportaría, en primer lugar, que, pese a lo que a primera vista pudiera parecer, los cómplices y quienes los “hubieran favorecido personal o realmente” no están sujetos a responsabilidad penal. Es decir, tan sólo responderán los autores materiales de la conducta típica.

Aunque en relación con esto hay que precisar. El art. 30 está pensado para supuestos en los que, a través de los medios de difusión tradicionales (cuyo exponente máximo es la prensa escrita), se difunde un texto cuyo contenido es por sí mismo constitutivo de delito (por ejemplo, contra el honor) considerándose autor del delito (de injurias o calumnias) al autor material de dicho texto, es decir, a quien lo escribió. Como es sabido, el art. 30 *CP* establece, para el caso en que no pueda ser descubierto (por ser anónimo) un orden prelativo de sujetos a los que se les considerará responsables subsidiarios de lo hecho por aquél cuya identidad se desconoce.

Sin embargo, en los delitos que nos ocupan la conducta no consiste en elaborar determinados contenidos,⁴² sino en distribuirlos o difundirlos públicamente, con independencia de si quien los creó es el mismo que los hace accesibles

⁴² Contenidos que no tienen por qué ser en sí mismos considerados, ser constitutivos de delito.

al público. Es decir, en estos casos no se está castigando necesariamente y en todo caso (puede coincidir, y eso será lo usual, pero no tiene por qué darse siempre) a quien sea el creador del contenido y, por tanto, su autor, sino a quienes son, en realidad, partícipes de dicha conducta, es decir, quienes difunden un texto en sí mismo delictivo.

Con otras palabras. En estos tipos penales se está castigando, precisamente, la difusión de determinados contenidos siendo, por tanto, autor, quien en los delitos a los que se aplica el sistema fijado en el art. 30 no son sino partícipes de la conducta principal. De ahí que, en realidad, el régimen aplicable a estos casos será el fijado en la *Ley 34/2002*, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico,⁴³ en cuya sección segunda, del capítulo II (Obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicio de la sociedad de la información) del título II (Prestación de servicio de la sociedad de la información) se regula el “Régimen de responsabilidad” generada como consecuencia de las actuaciones desarrolladas en este ámbito. Con todo, esta ley sirve para determinar la responsabilidad extrapenal a la que habrían de hacer frente los proveedores de servicios. Cuestión distinta es la determinación de la responsabilidad de quienes colaboren o, en términos más amplios, intervengan en la ejecución de la conducta típica, a los cuales les serán aplicables las reglas generales de autoría y participación, en tanto los tipos revisten, como ya se señaló *supra*, naturaleza de delitos comunes.

⁴³ En ese sentido, consúltese Cecilia Cuervo Nieto, “La inducción al suicidio...”, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

Concursos

Que los tipos penales castiguen conductas de distribución o difusión pública comporta, como se ha mencionado con anterioridad, que la conducta será única con independencia del número de sus receptores. A este respecto, podrá considerarse un criterio adecuado, a la hora de determinar la pena a imponer, junto con otros, tales como el grado de aptitud del contenido, el número efectivo y potencial (si resultan acreditables) de receptores o si se hace en una única o en varias plataformas de redes sociales.

El uso del plural por parte del legislador genera mayores dudas acerca de si la distribución o difusión pública de diversos contenidos es constitutiva de un único delito o si, por el contrario, puede dar lugar al delito continuado o a un concurso real de delitos.

Así, podría hacerse una interpretación con base a la cual, al ser el objeto material plural, puede afirmarse que el delito será único con independencia del número de contenidos comunicados, siempre que se hagan en unidad de acción. Y ello porque al hablarse de distribución o difusión pública de contenidos cada acto de distribución o difusión pública que resulte constitutivo de ésta dará lugar a la comisión de un hecho delictivo, con independencia de que dicho acto tenga por objeto la emisión de uno o varios contenidos.

Además, en atención al principio de prohibición de exceso y a la escasa potencialidad lesiva de la conducta, creemos más conveniente considerar que habrá de apreciarse que el plural empleado por el legislador permite considerar como un único delito la distribución o difusión pública de los contenidos en cuestión, con independencia del número de éstos y de si ello se hace en uno o en una pluralidad de

actos. A fin de cuentas, no puede obviarse el hecho de que el tipo se perfecciona, como hemos señalado, sin la necesidad de que las incitaciones indirectas resulten exitosas.

No obstante, siempre que puedan individualizarse los comportamientos y separarlos temporalmente de otros (rompiendo la unidad de acción) darán lugar a un concurso real de delitos (no así a un delito continuado, aunque concurren las circunstancias exigidas por el art. 74 *CP*, por tratarse de delitos que protegen bienes jurídicos personalísimos). Cuestión distinta es la respuesta que debe darse para el caso de que alguno de los receptores de los contenidos lleve a cabo la conducta pretendida por el autor.

En efecto, los supuestos problemáticos resultan en los que finalmente uno o varios sujetos pasivos llevan a cabo el suicidio o la conducta autolesiva o alimentaria que pueda llegar a serlo. Y lo son, no sólo en cuanto a su calificación jurídica, sino también en lo referente a la propia posibilidad de atribución de responsabilidad.

Comenzando por lo último, la principal dificultad de estos tipos radica en la demostración, más allá de toda duda razonable, de la relación de causalidad entre la conducta de distribución o difusión pública de los contenidos y el efectivo resultado lesivo producido, especialmente en aquellos supuestos en los que no se cuente con una interacción directa entre el sujeto activo y el pasivo (esto es, en aquellos en que la conducta del autor se limita a la mera difusión de contenidos a través de redes sociales). ¿Cómo acreditar que la mera visualización de un video ha sido determinante para que el menor o la persona discapacitada necesitada de especial protección lleve a cabo un suicidio o una conducta autolesiva? Y es más ¿qué video? Porque si de retos virales se trata, no puede obviarse que se tildan de virales, precisamente, por el

elevado número de videos semejantes que circulan por la red. En consecuencia ¿cuál de todos ellos (si es que lo es alguno) puede ser considerado causa de la comisión de la conducta por parte del menor o la persona discapacitada necesitada de especial protección: el primero, todos, todos aquellos a los que haya accedido el sujeto pasivo concreto que ha dado el paso a la actuación (suponiendo que pueda determinarse cuáles han sido), el último? En fin, creemos que se coincidirá con nosotros en que, nuevamente, no es cuestión a la que pueda darse una fácil solución.

Ello implica que, en realidad, tan sólo podrá atribuirse responsabilidad a los autores de las conductas castigadas en los tipos que nos ocupan cuando pueda demostrarse que ha habido un contacto directo con el sujeto pasivo y que a consecuencia del mismo, éste ha decidido actuar contra sí mismo. Dicho de otra manera, resulta muy complicado poder imputar al autor de un delito tipificado en cualquiera de los tres preceptos que nos ocupan, más allá de toda duda razonable, responsabilidad por los resultados lesivos que pudieran terminar produciéndose.

Pero aun en estos casos, es decir, aun pudiendo imputarse un resultado lesivo, surge un segundo problema: ¿cómo se le atribuye responsabilidad por dicho resultado lesivo? Para comenzar, ha de tenerse en cuenta que no hay ningún precepto en el *Código Penal* que castigue como delito el suicidio, la ejecución de conductas autolesivas ni la realización de conductas alimentarias que puedan poner en riesgo la propia salud. En tales supuestos, quien lleva a cabo conductas que atentan contra su propia vida, salud o integridad física no está sujeto a responsabilidad penal. Son, pues, para tales sujetos, conductas atípicas. Si ello es así, resulta difícil afirmar la posibilidad de castigar a quienes de cualquier manera

colaboren con ellos en la ejecución de tales conductas, salvo que dicha colaboración esté expresamente tipificada en el texto punitivo (como ocurre, precisamente, con el suicidio en el art. 143 *CP*), lo cual no sucede ni en las lesiones, ni en los delitos contra la salud pública. Por tanto, en principio, están participando en conductas que, al no estar previstas en el *Código Penal*, carecen de relevancia penal.

A ello debe añadirse la dificultad de que en estos casos el sujeto que se suicida, se autolesiona o pone en riesgo su propia salud a través de determinadas conductas alimentarias lo hace voluntariamente, lo que obliga a determinar la relevancia que el consentimiento del sujeto pasivo puede revestir a la hora de fijar la responsabilidad penal derivada de la causación de tales conductas atentatorias contra bienes jurídicos de titularidad propia.

En los delitos contra la vida, el consentimiento del suicida supone una rebaja de la pena a imponer a quien colabora con él en la comisión del atentado contra su propia vida (no en vano las penas previstas en el art. 143 son menores que las contenidas en el art. 138 *CP*, donde se tipifica el delito de homicidio). El mismo efecto de rebaja de pena tiene el consentimiento del sujeto pasivo en el ámbito de las lesiones, a tenor de lo establecido en el art. 155 *CP*, el cual determina que la pena a imponer en estos casos será la inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito cometido. En materia de salud pública, sin embargo, teniendo cuenta de que el bien jurídico protegido es colectivo y no individual, el consentimiento prestado por cualquiera carece de relevancia alguna, por cuanto los bienes colectivos no son disponibles para nadie.

Llegados a este punto, sin embargo, procede plantearse si el hecho de que los sujetos pasivos sean menores de edad

o personas discapacitadas necesitadas de especial protección incide en la relevancia del consentimiento prestado. Y en efecto lo hace, al menos en las lesiones, respecto de las cuales el propio art. 155 *CP* establece lo siguiente: “no será válido el consentimiento prestado por un menor o una persona discapacitada necesitada de especial protección”. Previsión que no existe, por cierto, respecto del suicidio.

Con todos estos parámetros, podemos resolver ya la cuestión planteada. En conductas en las que a consecuencia del comportamiento tipificado en el art. 143 *bis* algún menor o persona discapacitada necesitada de especial protección se quite la vida, aquél habrá de responder por el artículo 143.1 o 2 *CP* (inducción o cooperación al suicidio) dependiendo del grado de influencia que haya desarrollado. Dado que la conducta constitutiva del art. 143 *bis* ha de ir referida, como hemos visto con anterioridad, a una pluralidad de sujetos, en aquellos casos en los que alguno de tales sujetos dé el paso a la acción y se quite la vida, surge entre el art. 143 *bis* y el 143 un concurso ideal de delitos, por cuanto el concurso de normas que surge entre ambos (y que debería resolverse por consunción a favor del art. 143, al tratarse de un supuesto de progresión criminosa) no agota el total desvalor de la conducta, al no abarcar el riesgo generado para el resto de sujetos a cuya disposición se han puesto los contenidos susceptibles de generar el peligro que el tipo trata de conjurar.

Las lesiones resultan más complicadas de resolver, teniendo en cuenta de la inexistencia de la tipificación expresa de la participación en las autolesiones. Si a ello le añadimos, además, que el consentimiento de menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección carece de relevancia, sólo se nos antojan dos posibles soluciones:

- Considerar que, aunque ha sido el sujeto pasivo el que materialmente ha ejecutado la conducta autolesiva, dado que el art. 147 *CP* (que tipifica el tipo básico de lesiones) castiga como autor de éstas al que “por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental”, entender que ese medio o procedimiento consiste en estos casos en el empleo del sujeto pasivo y atribuirle a título de autor la lesión que el menor o la persona discapacitada necesitada de especial protección se autocausa.
- En aquellos excepcionales casos en los que el menor o la persona discapacitada necesitada de especial protección no llega a ser consciente de lo que hace al seguir las instrucciones dadas o imitar lo visto por redes sociales y se autolesiona (actuando así como un verdadero instrumento ciego), cabría atribuir el delito en que se hubiera incurrido en función del resultado lesivo producido en autoría mediata al autor del delito tipificado en el art. 156 *ter*.

Por lo que respecta a la relación concursal que surge entre el art. 156 *ter* y el concreto delito de resultado que se hubiera producido, habría de llegarse a la misma conclusión que se ha expuesto al hablar del art. 143 *bis*.

Finalmente, en el caso del 361 *bis*, la cuestión es todavía más problemática, porque el resultado que pretende evitarse no es la autocausación de lesiones, sino la comisión de conductas de carácter alimenticio que podrían llegar a poner en riesgo la salud del menor o de la persona discapacitada necesitada de especial protección. Conducta para la que no hay tampoco previsión típica alguna. En consecuencia, el problema de atribución de responsabilidad al autor de dicho

delito únicamente se producirá cuando, a consecuencia de ésta termine lesionándose de manera efectiva la salud del sujeto pasivo. Este supuesto implicará la existencia de un delito de lesiones que habrá de ser resuelto conforme acaba de exponerse. De igual remisión ha de hacerse respecto de la relación concursal surgida entre el art. 361 bis y el concreto delito de lesiones en que se hubiera incurrido como consecuencia de las que efectivamente se hubieran ocasionado.

A partir de aquí, dado que los bienes jurídicos finalmente afectados son personalísimos habría que concluir que aquellos casos en los que con una distribución o difusión pública se lograra la causación de varios suicidios, o de una pluralidad de conductas autolesivas, o de consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas por varios sujetos, habría que apreciar, además del concurso ideal al que nos hemos referido (entre la conducta de distribución o difusión pública de contenidos y el resultado más grave de los ocasionados), un concurso real con el resto de resultados lesivos producidos, sin que, a tenor del art. 74.3 CP, sea apreciable el delito continuado, al estar protegiéndose bienes personalísimos.

Penalidad

Pese al adelantamiento de la barrera de intervención punitiva y a que los tipos son de peligro abstracto (o incluso más) las consecuencias penales previstas son considerables, configurándose como delitos menos graves: prisión de uno a cuatro años, en el caso del art. 143 bis, es decir, la misma que

está señalada para los delitos de homicidio cometidos por imprudencia grave.⁴⁴ Prisión de seis meses a tres años, según el art. 156 *ter*, lo que implica una pena mayor (al menos en el límite inferior) que las lesiones cometidas por imprudencia grave. Y multa de seis a 12 meses o pena de prisión de uno a tres años, en el caso del art. 361 *bis*, es decir, a excepción de la multa, prácticamente las mismas penas que el 156 *ter*. ¿Respetan estas penas el principio de prohibición de exceso? A nuestro parecer no.

En el caso del suicidio, se está castigando con la misma pena que causar la muerte de alguien por imprudencia grave (es decir, habiéndose producido el resultado que se trata de evitar), que llevando a cabo una conducta que no deja de ser la creación de un riesgo para el que el *Código Penal* no tenía prevista respuesta alguna, precisamente por su menor ofensividad.

Otro tanto cabe decir respecto del art. 156 *ter*, en el que el resultado esperado es el de la comisión de autolesiones. Aquí habrá que tener en cuenta que corresponderá a los órganos jurisdiccionales ajustar la pena impuesta a la gravedad de la autolesión que se trate de inducir. A diferencia de lo que ocurre con los delitos de lesiones, tanto dolosos como imprudentes, en los que sí se hace depender la pena de la gravedad de la lesión causada, en éste se prevé una pena única con independencia de la gravedad de la lesión que se pretende que los menores o las personas discapacitadas necesitadas de especial protección se causen a sí mismas.

Pero la afectación al referido principio limitador del *ius puniendi* llega a su extremo máximo cuando examinamos el art. 361 *bis*, por cuanto el mismo no deja de ser, como se ha

⁴⁴ En el mismo sentido, consúltese Cecilia Cuervo Nieto, "La inducción al suicidio...", *op. cit.*, p. 9.

mencionado con anterioridad, una modalidad anticipada de atentado contra la propia salud (no tiene por qué serlo para la vida). Dicho de otra manera, ni siquiera se exige que se facilite la autolesión, sino la realización de conductas que generan un riesgo de que aquella pudiera resultar menoscabada.

Conclusiones

Tras todo lo visto, podemos señalar, en primer lugar, por lo que respecta a la exégesis de los tipos analizados, que creemos haber puesto de manifiesto que no son pocos, ni sencillos de resolver, los problemas que su aplicación va a provocar. El tiempo dirá si son lo suficientemente complejos como para impedir (o, al menos, dificultar sobremanera su aplicación). Y, para el caso de que no sea así, si las soluciones que éstos vayan ofreciendo la jurisprudencia de nuestros órganos jurisdiccionales coincide con las aquí propuestas.

En cualquier caso, lo que nos parece indiscutible, es que los arts. 143 *bis*, 156 *ter* y 361 *bis* son dignos de mayor atención de la que hasta el momento han recibido. Si con estas breves páginas logramos servir de acicate a ello podemos darnos por satisfechos. Habremos cumplido, al menos, con parte de nuestra función.

En segundo lugar, en sede de política criminal podemos afirmar que con estos tipos, nuestro legislador ha dado un paso más en el adelantamiento de la barrera punitiva llegando a castigar conductas que, pese a constituir un mal (por cuanto persiguen fines que resultan contrarios al ordenamiento jurídico), ostentan un grado de ofensividad que permite poner en duda el recurso al Derecho Penal, pudiendo considerarse más adecuada, por ejemplo, entre otras medidas, la imposición

de sanciones pecuniarias, a través del Derecho Administrativo sancionador a quienes difundan tales contenidos y a quienes colaboren con ellos, incluidos, por ejemplo, los prestadores de servicios.

Mucho nos tememos que en este caso el uso del *ius puniendi* ha ido más allá de lo aconsejable, haciendo llegar un mensaje a la ciudadanía consistente en la amenaza de una sanción penal frente a conductas tales como las de difundir imágenes propias realizando actividades riesgosas para la propia vida o salud que puedan llegar a ser imitadas por menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección.

A nuestro parecer, el legislador ha querido actuar, una vez más, a través del arma más contundente con la que cuenta, a conductas que, conviene no olvidarlo, únicamente resultarán exitosas (en el sentido de materialización del riesgo que generan) cuando aquellos a cuyo cargo se encuentran dichos menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección omitan sus deberes de guarda, desatendiendo los contenidos a los que estas últimas acceden. Pero eso sí, no hay que preocuparse, porque para aquellos casos en los que no cumplimos con nuestras obligaciones, el legislador actuará contundentemente (alejando, además, a la ciudadanía del principio de autoresponsabilidad del propio comportamiento, lo que la infantiliza) pese a que con ello se vayan estrechando poco a poco, pero de manera inexorable, los principios limitadores del *ius puniendi* que tanto han costado conseguir.

Fuentes de consulta

- Alonso Rimo, Alonso. “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en *InDret*, núm. 4, 2017, pp. 1-79
- Cerezo Mir, José. “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, segunda época, núm. 10, 2002, pp. 47-72.
- Chaves Carou, M. “Participación en las autolesiones. Análisis del nuevo artículo 156 ter del Código Penal”, en *Diario La Ley*, núm. 10016, de 23 de febrero de 2022.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cuervo Nieto, Celia. “La inducción al suicidio de menores de edad a través de las nuevas tecnologías. (Análisis del nuevo artículo 143 bis del Código Penal: contenido del tipo y problemas de aplicación)”, en *La Ley Penal*, núm. 156, mayo-junio de 2022.
- González Tascón, María Marta. “Observaciones a las novedades introducidas por la *Ley Orgánica* de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en relación con la materia penal”, en *Diario La Ley*, núm. 9902, 29 de julio de 2021.
- Hefendehl, Roland. “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, trad. de E. Salazar Ortuño, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 4-14, 2002, pp. 1-13.
- Orts Berenguer, Enrique. “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en J. L. González Cussac (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Torío López, Ángel. “Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, 1981, pp. 825-847.

DIÁLOGOS JURÍDICOS ENTRE ESPAÑA Y MÉXICO



Décimo
aniversario

Martha Elba Izquierdo Muciño
Coordinadora

Se terminó de imprimir el 29 de febrero de 2024, en los Talleres Gráficos de Santa Bárbara s. de R. L. de C. V., ubicados en Pedro Cortez 402-1, barrio de Santa Bárbara, C.P. 50050, Toluca, Estado de México. El tiraje consta de 300 ejemplares.

La edición estuvo a cargo del Departamento de Producción y Difusión Editorial de la Dirección de Difusión y Promoción de la Investigación y Estudios Avanzados.

Patricia Vega Villavicencio
María de los Ángeles García Moreno
Iván Pérez González

Coordinación editorial
Análisis e interpretación del sistema antiplagio
Corrección de estilo y ortotipográfica,
diseño de forros y formación de interiores

Por disposición del Reglamento de Acceso Abierto se publica la versión PDF de este libro en el Repositorio Institucional de la Universidad Autónoma del Estado de México.

La colaboración interuniversitaria entre la Universidad Jaume I de Castellón, España, y la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMEX), más la ilusión y el esfuerzo puesto en común por docentes e investigadores de ambas instituciones, trae como resultado la publicación del décimo número de *Diálogos Jurídicos entre España y México*.

De esta manera, invitamos al lector a adentrarse en este texto que es producto del esfuerzo de los profesionales de las disciplinas jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Jaume I y de la Facultad de Derecho de la UAEMEX.

ISBN 978-607-633-775-2



9 786076 337752

Secretaría de Investigación
y Estudios Avanzados