

**REVISTA
DE DERECHO, EMPRESA Y SOCIEDAD
(REDS)**

Número 22 y 23 , Época II, 2023

ISSN: 2340-4647



REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Revista de Derecho Empresa y Sociedad
(REDS).

IURE LICET ABOGADOS (Área de
Investigación)

Bilbao, C/ Gran Vía, 55, 1º Izda

E-mail iurelicet@iurelicet.com

ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista
en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

www.dykinson.com/derechoempresaysociedad

PRESIDENCIA

EDITORIAL

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

DIRECCIÓN

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN

SUBDIRECCIÓN DE CONTENIDOS

JAVIER LARENA BELDARRAIN

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de Deusto

SUBDIRECCIÓN INTERNACIONAL

IGNACIO LLEDÓ BENITO

Doctor Internacional en Derecho Penal

Profesor contratado doctor ANECA

Abogado

**(Responsable del Departamento Compliance IURE LICET
ABOGADOS)**

COORDINACIÓN TÉCNICA EDITORIAL

SARA MUÑOZ GONZÁLEZ

Posgraduada en Derecho (LLM)

Universidad de Granada

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

FRANCISCO LLEDÓ YAGUE

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Deusto

MARÍA PILAR FERRER VANRELL

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Deusto

JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Islas Baleares

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENENGOA

**Profesora Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

**Catedrático de Derecho
Constitucional**

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER LARENA BELDARRAIN

**Profesor Titular de Derecho
Procesal**

Universidad de Deusto

JAVIER DIVAR GARTEIZ-AURRECOA

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

IGNACIO LLEDÓ BENITO

**Doctor Internacional en Derecho
Penal Profesor de Derecho penal
de la Universidad San Pablo CEU
Madrid Abogado**

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ

Notario y Registrador

INMACULADA VIVAS - TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Granada

LUIS GARAU JUANEDA

**Catedrático de Derecho
Internacional Privado**

Universidad de las Islas Baleares

ANGEL REBOLLLEDO VARELA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

ANA DÍAZ MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Civil y Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de A Coruña

Universidad de Santiago de Compostela

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de La Coruña

LUIZ ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRAGA

Abogado y Expresidente de la Asociación de Abogados de Derecho de Familia

ALICIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Magistrada-Juez del Registro Civil de Bilbao

MANUEL MARÍA ZORRILLA RUIZ

Magistrado Expresidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Granada

IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

Catedrático Derecho Penal

Universidad de Jaén

ANDRÉS URRUTIA BADIOLA

Notario y Presidente de Euskaltzandia (*Academia de la Lengua Vasca*)

ENRIQUE GADEA SOLER

Profesor titular de Derecho Mercantil

Universidad de Deusto

COMPOSICIÓN DEL COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Miembros Del Comité:

Presidente

LORENZO MORILLAS CUEVA

Catedrático de Derecho Penal y Ex rector de la Universidad de Granada

Universidad de Granada

Vocales:

PIERRE LUIGI M DELL'OSSO

Fiscal Antimafia de la República de Italia. (Procurador Nacional Antimafia de Italia)

CAMILO CELA CONDE

Director del Laboratorio de Sistemática humana

Universidad de las Islas Baleares

ANTONIO FLAMINI

Doctor y actual Decano de la Facultad de Derecho de Camerino, Catedrático de Derecho Civil y miembro de la "escuela civilística" que agrupa a los más prestigiosos catedráticos de derecho civil italiano.

Universidad de Camerino (Italia)

JEAN-BERNARD AUBY

ExDecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París XII. Profesor de Derecho Público en la Universidad de Sciences Po Paris y director de la Acción mutaciones de l'Publique Pública Droit et du (cambios en el gobierno y Derecho Público, MADP) de Sciences Po Paris.

Universidad de Sciences Po Paris

LORENZO MEZZASOMA

Juez Honorario en el Tribunal de Perugia. Catedrático Derecho Civil y coordinador de la actividades de investigación de derecho civil de la Universidad de Perugia.

Universidad de Perugia

JOSE PABLO ALZINA DE AGUILAR

Cónsul General de España en Brasil

GUILLERMO OLIVEIRA

**Catedrático de Derecho Civil.
Experto en Bioética, Derecho y
Medicina**

Universidad de Coimbra

VASCO PEREIRA DA SILVA

**Doctor en Derecho, Ciencias
Jurídicas y Políticas de la Facultad
de Derecho de la Universidad
Católica Portuguesa . Doctor
Honoris Causa por UNIPLAC
(Catedrático de Derecho
Constitucional *Universidad de Lisboa***

EDUARDO VERACRUZ PINTO

**Profesor de la Facultad de
Derecho de la Universidad de
Lisboa.
Presidente de la Junta de la
Facultad de Derecho de la
Universidad de Lisboa. Miembro
de la Cámara de Seguimiento y
Enlace con los Tribunales
Judiciales del Consejo Superior de
la Judicatura.**

Universidad de Lisboa

RAÚL CERVINI

**Catedrático de Derecho
Penal y Encargado de
Posgrados e Investigaciones
Internacionales *Universidad
Católica del Uruguay***

ARNEL MEDINA CUENCA

**Profesor Titular de Derecho penal
de la Facultad de Derecho de la
Universidad de La Habana.
Expresidente de la Unión Nacional
de Juristas de Cuba. Máster en
Derecho Público por la Universidad
de Valencia (España). Miembro de
número de la Sociedad Cubana de
Ciencias Penales.**

Universidad de La Habana

MAYDA GOITE PIERRE

**Profesora Titular de Derecho
Penal, Presidenta de la Sociedad
cubana de Ciencias penales de la
Unión Nacional de juristas de
Cuba, Jefa de la Disciplina
docente de Ciencias penales y
Decana de Postgrados,
investigaciones y relaciones
internacionales de la Universidad
de La Habana**

Universidad de La Habana

LEONARDO PÉREZ GALLARDO

**Profesor Titular de Derecho Civil y
de Derecho Notarial. Notario.**

Universidad de La Habana

CARLOS IGNACIO JARAMILLO
JARAMILLO

**Decano Académico de la
Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Universidad Javeriana de
Bogotá.**

Universidad Javeriana de Bogotá

ROXANA SÁNCHEZ BOZA
**Abogada en el Despacho Suarez y
Sanche. Notaria Pública.
Catedrática de Derecho Civil
*Universidad de Costa Rica y Universidad
Latina***

AGUSTÍN LUNA SERRANO

Catedrático Derecho Civil y Doctor Honoris Causa de la Universidad de La Sapienza (Roma) y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Almería.

Universidad de Barcelona

NICOLAS REDONDO TERREROS

Abogado y Analista político

FERNANDO GARCIA DE CORTAZAR
RUIZ DE AGUIRRE

Catedrático de Historia. Director de la Fundación 2 de Mayo, Nación y Libertad.

Premio Nacional de Historia.

LUIS ZARRALUQUI NAVARRO

Presidente Honorario y Fundador de la Asociación de Abogados de Familia y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

VICENTE GUILARTE GUTIERREZ

Consejero del Poder Judicial

ALFONSO CANDAU PEREZ

Ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la propiedad de España

INMACULADA SANCHEZ RUIZ DE
VALDIVIA

Profesora de Derecho Civil y Responsable Coordinadora de la Catedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada. Ex miembro de la Comisión Nacional en Prevención de Riesgos Laborales creada por la Secretaria General de Universidades del Ministerio de Educación.

Universidad de Granada

IVÁN DE MIGUEL DE BERENGUER

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

ALEJANDRO MARTINEZ
CHARTERINA

Doctor en Derecho y Catedrático Derecho Economico. Director del Instituto de Estudios Cooperativos de la Facultad de Derecho. Vocal del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi.

Universidad de Deusto

PILAR PERALES VISCASILLAS

Doctora en Derecho y Catedrática Derecho Mercantil. Consejera académica en Baker & McKenzie. Es delegada de España ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi-Uncitral) y observadora en el Grupo de Trabajo para la preparación de la nueva edición de los Principios de Unidroit.
Universidad Carlos III de Madrid

IÑIGO NAVARRO MENDIZÁBAL

Catedrático de Derecho Civil

Universidad ICADE Madrid

LETICIA GARCIA VILLALUENGA

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid (UCM); Mediadora; Presidenta de la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Directora del postgrado de Especialista en mediación. Fue Vicepresidenta del WMF.

Universidad Complutense de Madrid

ANDRÉS MORA MARTINEZ

Abogado egresado en la (UFT), Especialización en Criminología y Derecho Constitucional). Actualmente es Juez Itinerante de Primera Instancia en lo Penal en funciones de Juicio en el Estado Carabobo.

Universidad Fermin Toro (Venezuela)

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Católica del Uruguay

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas.

Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa por las Universidades de Messina (Italia) y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Universidad Autónoma de Madrid

ALEJANDRO MIGUEL GARRO

Doctor en Derecho, Investigador Senior de la Escuela Parker de Derecho Extranjero y Comparado

Universidad Columbia Law School NY

GUILLERMO ALCOVER GARAU

Catedrático Derecho Mercantil

Universidad Islas Baleares

ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS

Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universidad de las Islas Baleares. Fue investigador visitante de la Universidad de Ginebra y de la Universidad de Harvard

Universidad Islas Baleares

MARTA HANNA DE ROSA

**Licenciada en Derecho Canónico
por la Facultad homónima de la
Pontificia Universidad Católica
Argentina. Abogada por la
Universidad de Mendoza y
Coordinadora Publicaciones de la
Facultad de Derecho.**

Universidad Católica del Uruguay

IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Córdoba

ANA HERRÁN ORTIZ

Profesora Titular de Derecho

Civil Universidad de Deusto

JORGE BLANCO LOPEZ

**Profesor y Fiscal Sustituto del
Tribunal Superior de Justicia del
País Vasco**

Universidad de Deusto

ALFONSO BATALLA DE ANTONIO

**Notario del Ilmo. Colegio
Notarial de Bilbao**

RAMÓN MÚGICA ALCORTA

Notario y Abogado del Estado.

JAVIER VALLS PRIETO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Granada

PEDRO MUNAR BERNAT

Catedrático Derecho Civil

Universidad de Baleares

RAFAEL LINARES NOCI

Profesor Titular Derecho Civil

Universidad de Córdoba

JAVIER BATARRITA GAZTELU

**Abogado del Ilustre Colegio de
Abogados del Señorío de Bizkaia**

CONCEPCIÓN NIETO MORALES

**Doctora en Sociología. Trabajadora
Social en Fiscalía en el Servicio de
Apoyo a la Administración de
Justicia Junta de Andalucía**

Universidad Pablo de Olavide

JOSE ANGEL MARTINEZ SANCHIZ

**Notario del Ilmo. Colegio Notarial
de Madrid**

ASTOLFO DI AMATO

Licenciado en Derecho en La Sapienza (Roma). Catedrático de Derecho Comercial en la Facultad de Ciencias Políticas. Magistrado de la Corte Constitucional. Miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Comisionado por el Ministerio de gracia y justicia para la reforma del Derecho Penal Tributario y Derecho Comercial.

LLORENÇ HUGUET ROTGER

Rector de la Universidad de Islas Baleares. Catedrático de Ciencias de la Computación e Inteligencia Artificial.

Universidad de Islas Baleares

MARIA JESUS CAVA

Catedrática de Historia Contemporánea.

Universidad de Deusto

LAZARO RODRIGUEZ ARIZA

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad de Granada

FRANCISCO RODRIGUEZ ALMIRÓN

Doctor en Derecho

ELENA COBAS COBIELLA

Profesora Derecho Civil

Universidad de Valencia

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA
PINTO

Licenciado (1986), Master en Derecho (1991) y Doctor en Derecho (2013), con una tesis en Derecho Penal. Ha sido Asistente FDUL (1986-2000) y Profesor Adjunto de UAL (1987-2000). Es Consejero de la Junta Ejecutiva del Mercado de Valores (desde 1995) y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa (2001- 2014), con la regencia de las disciplinas de Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Procesal Penal Ley Especial Económico (www.fd.unl.pt).

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA

Profesora Titular de Derecho Penal (UCO) y Abogada
Universidad de Córdoba

M^a JESÚS ARIZA COLMENAREJO

Profesora titular de Derecho Procesal

Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL A. GÓMEZ

Professor of Law and Associate Dean of International & Graduate Studies

Florida International University College of Law

ÍNDICE

1. OLVIDO ONCOLÓGICO: PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	11
---	----

María Ángeles Eguskiza Balmaseda
Catedrática de Derecho civil Universidad Pública de Navarra

2. EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES POSESORIAS Y LA HERENCIA YACENTE.....	22
---	----

Oscar Monje Balmaseda
Profesor Titular de Derecho Civil Universidad de Deusto

3. LOS NUEVOS DESAFIOS QUE PLANTEAN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO DE LA DESVINCULACIÓN LABORAL.....	44
---	----

Blanca Ballester Casanella
Profesora Titular de Derecho de la empresa Universidad de EAE Business School

4. LA ÉTICA EN LA CRIOGENIZACIÓN: REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO....	60
---	----

Emilia M^a, Santana Ramos
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

5. SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL SIGLO XXI. UN BREVE ESBOZO A SUS FUNDAMENTOS SOCIOLOGICOS Y JURÍDICOS.....	80
--	----

Edgar Iván Colina Ramírez
Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal Universidad de Sevilla

6. EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE Y DERECHOS FUNDAMENTALES CONCERNIDOS SEGUN LA LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO.....	90
---	----

Ana María Gil Antón
Doctora en Derecho. Delegada de Protección de datos certificada esquema AEPD
Profesor Tutor Master de Acceso Abogacía de la UNED

OLVIDO ONCOLÓGICO: PROTECCIÓN DE DATOS DE SALUD Y NO DISCRIMINACIÓN¹.

María Angeles Eguskiza Balmaseda
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra

Fecha de recepción: 12 de octubre de 2023
Fecha de aceptación: 24 de noviembre de 2023

RESUMEN: La tipificación del “derecho al olvido” en el art. 17 del Reglamento General de Protección de Datos supuso la consolidación de un nuevo baluarte para la privacidad de la persona y tutela de sus intereses frente a informaciones pasadas. En este contexto el “derecho al olvido oncológico” emerge como una medida singular. Ligada al tratamiento de datos de salud atinentes al cáncer superado, persigue acotar las limitaciones impuestas en el mercado en el acceso a la contratación. El reconocimiento de esta realidad en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2022 y su tipificación legal por algunos países de la Unión Europea han impulsado un movimiento normativo, al que se ha sumado recientemente España, en el que se aboga por la no discriminación en la contratación para quienes han curado de la enfermedad.

ABSTRACT: The classification of the “right to be forgotten” in art. 17 of the General Data Protection Regulation meant the consolidation of a new bastion for the persons’ privacy and the protection of its interests against past information. In this context, the “oncological right to be forgotten” emerges as a unique measure. Linked to the processing of cancer related health data, it seeks to narrow down the limitations imposed on the market as to access to contracting. The recognition of this reality in the European Parliament Resolution of February 16, 2022, and its legal classification by some European Union member states, has promoted a regulatory movement, which Spain has recently joined, that advocates for non-discriminatory hiring in favor of those who have healed from the disease.

PALABRAS CLAVE: Derecho al olvido, olvido oncológico, cáncer, datos de salud, no discriminación, seguro y contratación de consumo.

KEYWORDS: Right to be forgotten, oncological right to be forgotten, cancer, health data, non-discrimination, insurance and consumer contracting

¹ Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación: TED2021-129472B-00/MICINN “Next Generation EU/PRTR”. “Contratación de Servicios de Telemedicina: Actualidad y Desafíos Jurídicos”. Ministerio de Ciencia e Innovación. Gobierno de España. IP Profa. Dra. Raquel Luquin Bergareche,

SUMARIO: 1.- Privacy, protección de datos y derecho al olvido. 2.- Sustantividad del derecho al olvido: el “olvido oncológico”. 3.- Regulación del derecho al olvido oncológico. 3.1.- Impulso del Parlamento Europeo. 3.2.- El derecho al olvido oncológico en la Unión Europea. 3.2.1.- Panorama general. 3.2.2. Derecho al olvido oncológico en Francia. 3.2.3. Régimen del “olvido oncológico” en Bélgica. 3.2.4. Regulación del derecho al olvido oncológico en Portugal 4. Derecho al olvido oncológico en España. 4.1.- Antecedentes de la norma. 4.2. Previsiones del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio: tratamiento de datos en la contratación de seguro y de consumo. 4.2.1. Modificación de la Ley del Contrato de Seguro. 4.2.2. Reforma del TRLGDCU: contratación realizada por consumidores con antecedentes oncológicos. 5. Reflexión final. 6. Bibliografía.

1. PRIVACY, PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHO AL OLVIDO

El camino recorrido desde que Warren y Brandeis postularan “The right to privacy” en el siglo XIX, como un derecho de la personalidad, ha supuesto su evolución material y conceptual². El ajuste de la *privacy* a los nuevos escenarios sociales y tecnológicos ha generado que algunas de sus manifestaciones hayan tenido una consideración independiente y propia. La tipificación del derecho a la protección de datos personales, y su tutela frente al empleo de herramientas y sistemas informáticos, constituye el exponente más relevante. Del derecho a la protección de datos penden o se desgajan otros derechos o facultades que persiguen dar una respuesta certera y acabada a los diversos problemas que suscita el acceso, tratamiento y análisis de los datos personales en las distintas facetas de la vida.

En el ámbito europeo, la idea de la *privacy* como *right to be alone*, que supone reconocer al individuo el control de la información que el resto tenga sobre él, tuvo su protección original bajo el amparo del Convenio Europeo de Derecho Humanos³. Esta se defendió sobre las bases que ofrece el art. 8 del CEDH, en su relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia, y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Desde momentos tempranos, antes incluso de que emanara legislación europea sobre la protección de datos, el TEDH vino considerando que la recogida de datos implicaba una lesión a la vida privada de la persona (asuntos Leander c. Suecia, 16-3-1987; Gaskin c. Reino Unido, 7-7-1989; Z c. Finlandia, 25-2-1997).

La evolución posterior supuso el despliegue de una intensa actividad legislativa. A la Directiva 1995/46, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, le siguieron otras directivas en la materia⁴, y la reforma en 1997 del Tratado de la Comunidad Europea (Tratado de Ámsterdam). Este incluyó, en su art. 286, un mandato de respeto y observancia a ese derecho dirigido a las instituciones y organismos de la UE, que se materializó en el Reglamento 45/2001, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

Con el advenimiento en el año 2000 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la protección de datos de carácter personal se consagró, art. 8, como un derecho

² WARREN S. y BRANDEIS L., “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, núm. 5, pp. 193-220; GLANCY D., “The invention of the Right to Privacy”, *Arizona Law Review*, 1979, vol. 21, núm. 1, pp. 1-39.

³ Cf. DI PIZZO CHIACCHIO A., *La expansión del derecho al olvido digital*, Atelier, 2018, pp. 33 y ss.

⁴ Directivas 97/66 CE, 2002/58 CE y 2006/24 CE.

independiente y desgajado del “respeto a la vida privada” -art. 7-, adquiriendo una entidad y autónoma propias ⁵.

La incorporación del derecho “a la protección de los datos de carácter personal” al art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha culminado el proceso de su consolidación como derecho fundamental, vinculante para todos los Estados que integran la UE.

Sobre estas bases, y una voluntad de mayor armonización, a la que no es ajena la necesidad de dar una respuesta homogénea a la problemática que involucra el empleo de los datos, el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, actuó normativamente a fin de sustituir las regulaciones precedentes por el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, derogando la Directiva 95/46/CE (RGPD).

Entre los nuevos derechos que reconoce aquella se halla el tipificado como “Derecho de supresión (derecho al olvido)” -art.17 RGPD⁶. En el RGPD se regula sin una acotación material, aunque su trasfondo es la conocida decisión del TJUE, sentencia de 13 de mayo de 2014, caso Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González, sobre el acceso y mantenimiento de informaciones pasadas de la persona que constan en medios digitales. El “derecho al olvido digital” o, como se ha señalado por algún autor, el “derecho a ser olvidado”⁷ se propone en reacción a la hipermnnesia de internet y control de la persona sobre su llamada huella digital⁸. No extraña, en consecuencia, que la acotación genérica que establece el RGPD del “derecho olvido” a las informaciones o datos personales, se concrete en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, para las “búsquedas en Internet” -art. 93- y “servicios de redes sociales y servicios equivalentes” -art. 94-.

Detrás de todo ello se halla el interés tangible de que el tratamiento de tales datos no impliquen para la persona la adopción de decisiones que le puedan resultar, de una manera u otra, perjudiciales.

La toma de decisiones y el perfilamiento del sujeto, atendiendo a la información que se tiene sobre la persona, son cuestiones sobre las que RGPD sólo abunda en cuanto pueden producirse de manera automatizada y sin intervención humana. A este respecto el art. 22.1 del RGPD reconoce que “el interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. La tutela no va más allá.

Aquellos quedan excepcionados cuando la decisión es necesaria para la celebración o ejecución de un contrato, existe una habilitación legal o ha mediado un consentimiento explícito por el interesado (art. 22.2.a, b y c RGPD).

En tal contexto el “derecho al olvido” se configura como un mecanismo que permite que determinados datos o informaciones pasadas no condicionen o lastren de futuro la vida o

⁵ “Protección de datos de carácter personal.

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley.

2. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación”.

⁶ Cf. BERROCAL LANZAROT A.I., *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, Reus, 2017, pp. 201 y ss.

⁷ DI PIZZO CHIACCHIO A., Ob. cit., pp. 64 y ss.

⁸ MARTINEZ CALVO J., *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnnesia de internet*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 63 y ss.

desarrollo de la persona. Concreta y pondera legalmente las informaciones que son adecuadas, cuantitativa y cualitativamente, en un tratamiento pues ningún derecho resulta incondicionado. La definición de hasta qué punto cabe un legítimo tratamiento de determinadas informaciones, en atención a los intereses y derechos que entran en juego, conforma la base del “olvido” con el que se persigue que las decisiones de presente, que afectan a la persona, no se realicen sobre datos que no se ajustan a su realidad actual.

2. SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO AL OLVIDO: EL “OLVIDO ONCOLÓGICO”

La tipificación en el art. 17 del RGPD del “derecho al olvido” ha supuesto que, más allá de los derechos ARCO, éste se haya reconocido como un nuevo derecho ligado a la protección de datos⁹. Su definición general, vinculada a los entornos digitales, supone algo más que una concreción o particularidad del ejercicio de los derechos de oposición y cancelación¹⁰. Implica la posibilidad de que la autodeterminación informativa resulte material y legalmente acotada en ámbitos o parcelas concretos de la vida. La posibilidad de que informaciones pasadas del sujeto puedan ser “suprimidas”, o no tenidas en cuenta, a fin de evitar una discriminación o valoración negativa de la persona, en esta era del big data¹¹, conforman su raíz fundamental. De ellas dependen que se preserven derechos básicos del individuo en el ámbito social, así como su dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

La propia raíz lingüística de “derecho al olvido” ofrece una idea de su objeto y dimensión. Expresiones acuñadas en el siglo pasado en Italia (“diritto all’oblio”) y Francia (droit à l’oubli)¹², con las que se significaba el derecho de los condenados penalmente, y rehabilitados, a que los hechos relativos al delito cometido o su condena no se publicaran, ofrecen la dimensión que se persigue con esta tipificación.

En este contexto, la regulación del “olvido oncológico” se plantea como una fórmula que permite dibujar el alcance de las excepciones que contempla el art.17 del RGPD en el tratamiento de los datos de salud de la persona. Así, aun cuando el art. 9.1 del RGPD prohíbe el tratamiento de estos datos, por conformar una de las categoría especiales con un potencial altamente discriminador, éste resulta legítimo cuando se precisa por alguna de las causas previstas legalmente.

El art. 6.1.b) del RGPD faculta el tratamiento de los datos “cuando es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”. Esta excepción se plantea igualmente cuando media un consentimiento explícito del interesado (art. 9.2.a) del RGPD-, situación que se produce al efectuar el interesado una contratación que involucra a su salud.

En la contratación de seguros de vida, incapacidad, enfermedad, etc., el tratamiento de los datos de salud del asegurado por la empresa aseguradora se torna un elemento necesario para la conclusión del negocio, ya que de ello depende la delimitación del “riesgo asegurado”. Aquí la obtención y tratamiento de esas informaciones se encuentran legitimadas por la acotación del riesgo asegurado que pueda acontecer. Este es un aspecto que afecta a la aleatoriedad del contrato, formando parte de su protocolo de formación y perfeccionamiento. La aplicación de modelos matemáticos y técnicas actuariales predictivas, por aseguradoras y empresas financieras, en la que se suelen emplear de manera indiscriminada las informaciones pasadas, presentes y futuras de la persona, más allá del estado actual de quien quiere contratar y sufrió cáncer, constituye el telón de fondo

⁹ En tal sentido BERROCAL LANZAROT A.I., Ob. cit., p. 2015.

¹⁰ MARTINEZ CALVO, J., Ob. cit., pp. 79 y ss.

¹¹ En el ámbito digital, cf. SANCHO LÓPEZ M., *Derecho al olvido y big data: dos realidades convergentes*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 311.

¹² DI PIZZO CHIACCHIO A., Ob. cit., pp. 69 y ss.

de esta regulación. La minimización o exclusión del riesgo, en esa tendencia constatable hacia la antialeatoriedad¹³, o la búsqueda de una total certidumbre en el cumplimiento de las obligaciones financieras, hacen que pueda resultar cuestionable, desde una perspectiva global, la licitud del tratamiento de cualquier información; máxime cuando el resultado supone una negativa a la contratación de presente por informaciones no vigentes¹⁴.

El derecho al “olvido” marca, ponderando los intereses en juego, el límite legal al tratamiento de los datos de salud sobre el cáncer. Delimita los datos que, en tal caso, son adecuados, pertinentes y lícitos para ser procesados cuando se lleva a cabo una contratación, fijando los contornos del principio de minimización de las informaciones de salud personales -art. 5.1.c) RGPD- y de licitud en su tratamiento -art. 6.1.b) RGPD-.

3. REGULACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO ONCOLÓGICO

3.1. Impulso del Parlamento Europeo

La experiencia vivida de forma, más o menos habitual, en la denegación de la contratación de seguros y préstamos a quien ha sufrido cáncer ha llevado a que, dentro del paquete de medidas impulsado por la Unión Europea en la lucha contra esta enfermedad, se haya propuesto una acción concreta para enmendar esta situación.

La Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2022, sobre el refuerzo de Europa en la lucha contra el cáncer: hacia una estrategia global y coordinada (2020/2267(INI)), en el capítulo dedicado al apoyo a los pacientes de los supervivientes y los cuidadores, se incluye el llamado “derecho al olvido oncológico” como un instrumento para lograr aquel objetivo.

La Resolución insta de una manera general a las legislaciones nacionales de la Unión Europea a que garanticen que los supervivientes de cáncer no sean discriminados respecto a otros consumidores. Para ello toma como ejemplo el desarrollo normativo que fue llevado a cabo en Francia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos. Avanza, además, el proyecto de una normativa armonizada sobre el tema, que tendría amparo en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Las competencias que se atribuyen a la Unión, en materia de protección al consumidor, facultarían que, mediante directiva, se establecieran criterios concurrentes para la valoración de la solvencia y riesgo en el ámbito asegurador y del crédito, con un horizonte normativo que se fija para el 2025.

Los parámetros que se propone para integrar el contenido de este derecho al “olvido”, exclusión del tratamiento de esas informaciones pasadas, se concretan en el transcurso de diez años desde la finalización del tratamiento médico, o de cinco si el diagnóstico de la enfermedad se realizó al paciente antes de los 18 años. Estos límites temporales se ajustan a las previsiones inicialmente fijadas por las legislaciones reseñadas, aunque, a fecha de hoy, algunas de ellas han reducido esos parámetros temporales.

¹³ VEIGA COPO A.B., *Tratado del contrato del seguro*, T.I, 6ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2019, pp. 188 y ss.

¹⁴ Sobre la cuestión de la utilización del big data y su incidencia en la propia percepción de la aleatoriedad, VEIGA COPO A.B. (*Seguro y discriminación*, Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 506 y ss.) quien pone de relieve el conflicto que plantea.

3.2. El “derecho al olvido oncológico” en la Unión Europea

3.2.1. Panorama general

Junto con los estados inspiradores de la Resolución -Francia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos-, han regulado el derecho al “olvido oncológico” Portugal y Rumania. A este grupo de países se ha unido, recientemente, España; y, en breve, parece que se sumará Italia, culminando el proceso de su tipificación.

Los perfiles y requisitos fijados en cada una de esas legislaciones no son coincidentes, ni en su configuración temporal, ni en su dimensión contractual. Un repaso de las normas más significativas permite comparar y reflexionar sobre la regulación introducida en España y la proyección que ésta puede tener en la práctica.

3.2.2. Derecho al olvido oncológico en Francia

Se introdujo por la Ley de modernización del sistema nacional de salud de 2016. La norma establecía que, en el marco de los contratos de seguro o préstamo, las agencias aseguradoras no podían recopilar información médica, relativa a patologías cancerosas, más allá de los diez años de la finalización del protocolo terapéutico o, tratándose de patologías cancerosas producidas antes de los dieciocho años de edad, desde los cinco años de su terminación. Los ex enfermos de cáncer contaban con el derecho, después de transcurridos esos plazos, a no declarar sobre tal información al contratar un seguro o préstamo; y, en consecuencia, a no estar sujetos a ninguna exclusión de garantía o franquicia debidas a las enfermedades cancerosas padecidas.

La regulación se complementaba, Decreto núm. 2017-147, con la obligación de información. Sobre el asegurador recaía la responsabilidad legal de entregar el “documento informativo sobre el derecho al olvido” a quienes pedían contratar un seguro de reembolso de crédito, junto con el formulario de declaración de riesgo.

Para garantizar la observancia, el Decreto núm. 2017-173, de 13 de febrero de 2017, preveía un régimen sancionador, aplicable a las aseguradoras que no cumplieran con las exigencias legales.

Estas previsiones se conjugaban con los acuerdos recogidos en el Convenio AERAS, en el que participan todos los actores implicados: Estado, las organizaciones profesionales que representan a las entidades de crédito, las compañías financieras, las compañías de seguros, las mutuas y las instituciones de previsión, así como las organizaciones nacionales que representan a los pacientes y usuarios del sistema sanitario o a las personas con discapacidad. La finalidad perseguida era la de facilitar el acceso a los seguros y préstamos a las personas que tenían un riesgo agravado de estado de salud o discapacidad, definiendo los procedimientos de información, investigación de expedientes y mediación para el caso de conflicto.

El Convenio se aplicaba, bajo determinadas condiciones, a los seguros de consumo, inmobiliarios y préstamos profesionales. Para los préstamos hipotecarios (inmobiliarios y profesionales), se establecía un importe máximo de 320.000 euros y un límite de edad en el prestatario de 70 años. En el caso de los préstamos al consumo, el importe máximo que se podía conceder, sin cuestionario de salud, se situaba en los 17.000 euros.

Una "tabla de referencia", incorporada al Convenio AERAS, definía para cada patología el plazo tras el cual los antiguos pacientes podían contratar el seguro sin exclusiones de cobertura, ni deber de abono de una prima extra, con condiciones semejantes a las personas

que no habían padecido la enfermedad. Los plazos, según disponía la ley, resultarían anualmente actualizados en función de los avances en el tratamiento y datos científicos sobre el cáncer.

El correcto cumplimiento del Convenio se confiaba a un Comité de seguimiento que, junto con los Comités de estudios e investigaciones y el de mediación, se encargarían del análisis de mortalidad y morbilidad causadas por las principales patologías, así como del examen de las quejas individuales formuladas por los solicitantes de préstamo.

En julio de 2019 se incorporaron al cuadro del Convenio AERAS nuevos tipos de patología, extendiéndose el régimen al cáncer de riñón, leucemia, cáncer de próstata, fibrosis quística, hepatitis C e infección por VIH.

La ley n° 2022-270 de 28 de febrero de 2022, para un acceso más justo, sencillo y transparente al mercado de seguros para prestatarios, ha introducido nuevas medidas y modificado las previsiones reseñadas.

Ha reducido a cinco años, para todo supuesto, el período de cómputo para el “olvido” finalizado el protocolo terapéutico. De esta forma las aseguradoras no podrán recopilar la información médica relacionada con patologías cancerosas y hepatitis viral C más allá de tal lapso temporal (párr. 4° del artículo L. 1141-5 del Código de salud pública).

También ha incidido en la regulación del Código de Seguros, art. 113.2.1, eliminado el cuestionario de salud para la contratación del seguro de reintegro total o parcial de las cuotas de los préstamos suscritos que se destinen a la construcción, adquisición o mantenimiento de edificaciones, y compra de terrenos con ese objeto. A tal fin dispone que no se tendrá en cuenta ninguna información relativa al estado de salud, ni se podrá solicitar por el asegurador reconocimiento médico del asegurado, siempre que el crédito pendiente de pago acumulado no exceda de 200.000 euros, por asegurado, y el plazo de amortización del préstamo contratado no se extienda para éste más allá de la edad de 60 años.

3.2.3. Régimen del “olvido oncológico” en Bélgica

En el caso de Bélgica, la Ley de 4 de abril de 2019, modificadora de la Ley de seguro de 4 de abril de 2014, introdujo la regulación en su artículo 61, fijando la información médica que, en este ámbito, debe proporcionarse para la contratación. Las previsiones han sido ulteriormente reajustadas, estableciéndose su aplicación para los contratos de seguro que garantizan el reembolso del capital en los préstamos hipotecarios y de crédito profesional.

Las nuevas disposiciones del artículo 61/2 establecen que las personas que estén o hayan estado afectadas por una patología cancerosa, cualquiera que sea su tipo, y que deseen contratar un seguro de los referidos en el artículo 61/1,1°, deberán declarar dicha patología a su asegurador, de conformidad con el artículo 58. A ello se añade la prohibición impuesta a las compañías de seguros, transcurrido un periodo de ocho años después de finalizar un tratamiento exitoso y en ausencia de recaída dentro de ese período, de que tuvieran en cuenta la información sobre esa enfermedad para determinar el estado de salud actual, según lo previsto en el artículo 61. En el caso de que la persona no alcance 21 años, en el momento del diagnóstico de la patología cancerosa, el plazo al que se refiere el apartado 1 se fija, como máximo, en cinco años. El tratamiento exitoso se define en la norma como un tratamiento activo sobre la patología cancerosa que se hubiera finalizado sin nueva aparición de la enfermedad.

Las previsiones se complementan, art. 61/4, con una tabla de referencia en la que se concretan las categorías de edad y/o tipos de patologías cancerosas a las que les serán de aplicación esas medidas dentro de los periodos fijados. Se dispone, igualmente, que esta

tabla pueda ser modificada, previa propuesta del Centro Federal de Especialización Sanitaria y asesoramiento de la Oficina de Control de Precios, indicando las enfermedades crónicas en las que no cabrá exigir por la aseguradora una prima suplementaria, fijar una exclusión, o negarse por tal causa a la conclusión el contrato. Al Centro Federal de Especialización Sanitaria se le encomienda que evalúe cada dos años el contenido tabular, a fin de proceder a su adaptación conforme a los avances médicos y datos científicos disponibles sobre las patologías insertas.

3.2.4. Regulación del derecho al olvido oncológico en Portugal

Esta ha sido incorporada por la Ley núm. 75/2021, de 18 de noviembre, de refuerzo al acceso a contratos de crédito y seguros de personas que hayan superado o mitigado situaciones de riesgo agravado de salud o invalidez, de prohibición de prácticas y establecimiento del derecho al olvido, y modificación de la Ley 46/2006, de 28 de agosto, y régimen jurídico del contrato de seguro, que se disciplina en el Decreto Ley nº 72/2008.

El artículo 3 fija la dimensión y perfiles del “derecho al olvido”, cuyo ámbito subjetivo de aplicación se prevé para las personas que hayan superado o mitigado situaciones de riesgo agravado de salud o invalidez, según la definición que establece la ley¹⁵. En virtud del derecho al olvido se les garantiza, como consumidores, que al contratar créditos para la vivienda y créditos al consumo, así como seguros obligatorios u opcionales asociados a dichos créditos: a) no puedan estar sujetos a un aumento de la prima del seguro, ni a la exclusión de garantías de los contratos de seguro; y b) ninguna información de salud relativa a la situación médica que *dio origen al riesgo agravado* para la salud o la invalidez pueda ser recogida o tratada por entidades de crédito o aseguradoras en un contexto precontractual. Asimismo, prevé que ninguna información de salud, relativa a una situación de riesgo de salud agravado o de invalidez, pueda ser recogida por entidades de crédito o aseguradoras en un contexto precontractual desde que haya discurrido de forma ininterrumpida durante: a) 10 años desde la finalización del protocolo terapéutico, en caso de riesgo para la salud agravado o invalidez superada; b) cinco años desde la finalización del protocolo terapéutico, cuando la patología superada tuvo lugar antes de los 21 años; o c) dos años de protocolo terapéutico continuado y eficaz, cuando se trate de riesgo para la salud agravado o invalidez atenuada.

El incumplimiento de esta normativa antidiscriminatoria va unido al control y sanción administrativa.

Cabe destacar que la regulación sobre el “derecho al olvido” no se limita a las situaciones oncológicas. La nueva redacción del artículo 15 de la Ley del Contrato de Seguro considera prácticas discriminatorias, por discapacidad o riesgo agravado para la salud, las acciones u

¹⁵ El artículo 2 indica que a los efectos de la ley, se entiende por: a) personas que tienen superadas situaciones de riesgo para su salud, las que estuvieron en riesgo grave de salud, y que ya no se encuentran en esa situación tras la realización de un protocolo terapéutico que haya demostrado ser capaz de limitar de forma significativa y duradera sus efectos; b) personas que tienen superadas situaciones de deficiencia, las que habiendo tenido una discapacidad igual o superior al 60% han recuperado sus estructuras o funciones psicológicas, intelectuales, fisiológicas o anatómicas, reduciendo su discapacidad por debajo de ese umbral; c) personas que han mitigado situaciones de riesgo agravado para su salud o deficiencia, las que se encuentren realizando tratamientos que comprobadamente son capaces de limitar de forma significativa y duradera los efectos de su situación de riesgo agravado para la salud o la discapacidad; y c) consumidor, quien aparece definido como tal en el apartado 1 del artículo 4 del Decreto-Ley nº 74-A/2017, de 23 de junio, por el que se transpone parcialmente la Directiva 2014/17/UE, sobre contratos de crédito al consumo de inmuebles residenciales, y el apartado a) del apartado 1 del artículo 4 del Decreto-Ley 133/2009, de 2 de junio, por la que se transpone al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2008/48/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril, en materia de contratos de crédito al consumo.

omisiones intencionadas o negligentes que vulneren el principio de igualdad, dando lugar a un trato menos favorable para una persona en esa situación que el otorgado a otra persona en situación comparable, en los términos de la Ley 46/2006, de 28 de agosto. Dispone, además, expresamente la prohibición de prácticas que discriminen entre la salud física, mental o psíquica en la celebración, ejecución y resolución del contrato de seguro.

La aseguradora que deniegue la contratación, proponga una prima más alta o condiciones más gravosas, tiene la obligación de ofrecer al consumidor afectado la información que motiva esa decisión, en atención a los factores de riesgo específicos y personales que concurren en éste, comparándolos con los del sujeto no afectado por esa deficiencia o riesgo agravado de salud. La contratación que suponga un tratamiento distinto o agravado, además de estar avalada por razones objetivas y exigirse justificación, se halla sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Seguros y Fondos de Pensiones (ASF).

El sistema se encuentra ligado a un acuerdo nacional sobre el acceso al crédito y a los contratos de seguro para las personas que hayan superado o mitigado situaciones de riesgo agravado de salud o invalidez, concluido entre el Estado y todos los sectores implicados - asociaciones sectoriales representativas de las entidades de crédito, empresas financieras, mutualidades, instituciones de seguridad social, compañías de seguros y reaseguros, y organizaciones nacionales que representen a las personas con mayor riesgo para la salud, con discapacidad y usuarios del sistema de salud-.

El acuerdo tiene por objeto garantizar que las entidades de crédito y empresas financieras efectúen un tratamiento contractual no discriminatorio y respeten los derechos de las personas que han superado o mitigado situaciones de riesgo agravado en la salud o invalidez. En él también se fijan cuestiones relevantes para la práctica, como la definición de las categorías específicas de datos e informaciones que pueden ser requeridas y las operaciones sobre su procesamiento; la fijación de un cuadro de referencia con los términos y plazos del “derecho al olvido” para cada patología o discapacidad de acuerdo con los avances terapéuticos, los datos científicos y los conocimientos sobre riesgo de salud, que será público y revisable cada dos años; o los mecanismos de mediación para la resolución de conflictos.

4. DERECHO AL OLVIDO ONCOLÓGICO EN ESPAÑA

4.1.- Antecedentes de la norma

En el caso de España, el grupo parlamentario socialista había presentado una proposición no de ley sobre la materia a comienzos del año 2023¹⁶. En ella se hacía referencia a lo reseñado en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2022, poniendo énfasis en las legítimas expectativas de más de 12 millones de supervivientes de cáncer y sus familias. Se aludía a la existencia en España de un desarrollo legislativo anterior, la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modificó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, promulgada a fin de evitar, en la contratación de prestaciones y servicios, la discriminación de las personas afectadas de VIH/SIDA u otras condiciones de salud. La proposición recordaba el compromiso recogido en la Ley 4/2018 de extender tales principios a otras patologías, como la del cáncer, e instaba al Gobierno para cumpliera con éste.

¹⁶ Boletín Oficial de las Cortes de 10 de febrero de 2023.

No se tuvo más noticia sobre esta iniciativa hasta que, de manera un poco sorprendente y hurtando el debate parlamentario, la norma vio la luz¹⁷.

El "derecho al olvido oncológico" se incluyó como una previsión más dentro de la miscelánea de regulaciones del "Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea".

La regulación se inserta en el Capítulo II, Disposiciones para hacer efectivo el derecho al olvido oncológico, del Título V, Medidas de carácter sanitario, social y económico, del Libro Quinto, Adopción de medidas urgentes en el ámbito financiero, socioeconómico, organizativo y procesal.

Se justifica en la pretensión de facilitar la contratación de seguros y productos bancarios a los pacientes de patologías oncológicas, una vez transcurrido un determinado período de tiempo desde la finalización del tratamiento sin recaída. La disciplina fijada en los arts. 209 y 210 del Decreto-Ley 5/2023 proyecta, sin embargo, un campo de actuación mayor, como se verá a continuación.

4.2. Previsiones del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio: tratamiento de datos en la contratación de seguro y de consumo

4.2.1. Modificación de la Ley del Contrato de Seguro

El trasfondo de la reforma tiene como protagonista la rica problemática sucedida alrededor de la valoración del comportamiento leal del tomador del seguro en su obligación de declaración del riesgo¹⁸. Casos como el resuelto por la STS de 25 de noviembre de 2020, en el que el cáncer de mama de la asegurada, padecido hacía diez años, fue una información omitida en la contratación del seguro de vida, que supuso que se entendiera infringido el deber de declaración del riesgo¹⁹ y que se denegara la prestación contratada, fundamentan en este ámbito la "mens legislatoris".

El art. 209 del RDL 5/2023 ha incidido sobre ese aspecto neurálgico del que depende tanto la formación del contrato como la efectividad de la prestación perseguida por el asegurado: la definición del alcance del deber de declaración sobre la salud del asegurado, que se

¹⁷ La preocupación sobre el tema queda constatada en la modificación realizada ante de esa fecha a través de la Orden PCM/518/2023, de 26 de mayo, por la que se modifica el Anexo IV del Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, que elimina la limitación de los plazos de prórroga de los permisos de conducción a las personas que hayan sufrido una enfermedad oncológica cuando acrediten, por un informe del oncólogo o hematólogo competente, haberla superado y no recibir tratamiento adyuvante.

¹⁸ GÓMEZ LIGÜERRE C., "Conocimiento cualificado y declaración del riesgo asegurado. De nuevo sobre los límites del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro. Comentario a la STS de 30 mayo 2018", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num.109, 2019 (BIB 2019\1379)

¹⁹ El objeto de discusión era la falta de idoneidad, a los efectos de poder apreciar la conducta dolosa o gravemente negligente del asegurado, de un cuestionario o declaración de salud que contuviera preguntas excesivamente genéricas sobre sus antecedentes de salud, concluyendo que la asegurada incurrió en una ocultación u omisión del riesgo, si no dolosa, sí al menos gravemente negligente.

impone al tomador del seguro para la delimitación del riesgo²⁰. Para ello ha añadido en el art. 10 de la LCS un nuevo párrafo, que acota el contenido previsto en su número 1 sobre el deber del tomador de someterse al cuestionario y responder a lo allí contenido antes de la conclusión del negocio. La previsión se incorpora tras las disposiciones contenidas en los números 2 y 3 del art. 10 de la LCS. Estas posibilitan que la aseguradora pueda resolver el contrato, en caso de que hubiera reticencia o inexactitud en los datos proporcionados por el tomador del seguro, así como reducir la prestación convenida si el siniestro sobreviene antes del ejercicio de tal facultad, o liberarle de su pago cuando hubiera mediado dolo o culpa grave por parte de éste.

El contenido del nuevo párrafo 4º del art. 10 de la LCS, que sigue parcialmente la estela de las regulaciones europeas, establece dos cuestiones relevantes desde la perspectiva del tratamiento de los datos personales de salud. Estas se refieren al “seguro sobre la vida” -art. 83 LCS y ss.- Nada se indica expresamente para el resto de seguros que tienen como eje central la situación o estado de salud del asegurado (caso, por ejemplo, del seguro de accidentes -arts. 100 a 104 LCS-, de los seguros de enfermedad o asistencia sanitaria -arts. 105 y 106 LCS-, o de dependencia -art. 106 ter LCS-). La disposición adicional quinta de la LCS extiende, sin embargo, también a éstos el régimen.

La primera medida consiste en exonerar parcialmente al tomador del seguro de la obligación de informar sobre la salud pasada, indicando la norma que “no está obligado a declarar” respecto a “si él o el asegurado han padecido cáncer”. El perfil de la exención tiene por marco temporal que “hayan transcurridos cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior”. Este límite resulta central para valorar la legitimidad de la aseguradora a la hora de recabar la información oncológica pasada en el cuestionario de salud. Ello implica que, quien quiera contratar un seguro, debe tener presentes los aspectos siguientes.

A) El tiempo que ha transcurrido desde que terminó el asegurado el tratamiento oncológico radical. El plazo que se ha previsto de una forma genérica es de cinco años, cualquiera que sea el contenido e importe objeto del contrato. Esta determinación genérica ha sido objeto de críticas²¹, señalándose como de mejor técnica las pautas fijadas en las legislaciones europeas que diferencian patologías oncológicas, tiempos, finalidad de los seguros y otras circunstancias en el deber de no solicitar al tomador determinados datos de salud sobre esa enfermedad. La crítica no deja de suponer una visión decantada a favor de un régimen más restrictivo del “derecho al olvido” que el fijado por la ley, que tampoco es incondicionado.

Ha de tenerse en cuenta que, hasta que no se haya superado un periodo de cinco años desde la finalización del tratamiento oncológico, el tomador del seguro no podrá oponerse a ofrecer esa información, se hubiera sometido el asegurado, o no, a un tratamiento radical de curación. Este lapso temporal resulta indefectible. La no existencia de rastro de la enfermedad en tiempo inferior no libera de la obligación de declaración sobre ese aspecto en el cuestionario. La previsión conmina materialmente a que los afectados tengan que esperar para contratar a que transcurra ese lapso temporal. En otro caso, esa información, que tendrá que ser ofrecida a la aseguradora, lastrará la conclusión del negocio; y, de no ofrecerse, podrá considerarse como un incumplimiento de aquel deber, con las consecuencias que marcan el art. 10.2 y 3 de la LCS.

Pasado ese periodo de tiempo, y celebrado el contrato conforme a las exigencias del art. 10.4 de la LCS, la variación del estado de salud del asegurado no afectará al devenir contractual, pues la recaída en la enfermedad, a la que alude el art. 10.4 de la LCS, se plantea con el fin de fijar el cómputo de los cinco años y poder esgrimir el derecho al olvido. El art. 11.2 de la LCS así lo determina cuando prevé que “en los seguros de personas el tomador o el

²⁰ Cf. VEIGA COPO A.B., *Tratado*, cit., pp. 1995; *Seguro y discriminación*, Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 330 y ss.

²¹ RODAS PAREDES P., “El olvido oncológico en la regulación de seguros privados: oportunidades y retos”, *La Ley*, 9 de octubre de 2023, núm. 10364, pp. 5 y ss.

asegurado no tienen obligación de comunicar la variación de las circunstancias, relativas al estado de salud del asegurado, que en ningún caso se considerarán agravación del riesgo”; y no parece que proceda la exclusión del precepto. Otra intelección conllevaría una discriminación en el régimen del seguro aplicable a las personas que superaron el cáncer, que es precisamente lo pretende desterrar la reforma que nos ocupa. Los términos de la disposición adicional quinta, número 2, de la LCS, abonan también esta pauta interpretativa que es consecuente con la filosofía de la ley.

B) La segunda deviene de la fijación del *dies a quo* para el inicio del cómputo. Los términos genéricos en los que se expresa la norma, criticados por constituir conceptos jurídicos indeterminados, plasman lo que constituye la pauta general de la valoración profesional en la curación oncológica, revisión cada cinco años tras el alta médica. De ahí que el lapso temporal se cuente desde que “se ha finalizado un tratamiento radical sin recaída posterior”. La identificación de aquellos conforman la clave de bóveda de la “no legitimidad” para la obtención y tratamiento de los datos de salud oncológicos por parte de las aseguradoras, así como para el cumplimiento del deber de declaración de la información necesaria por el tomador del seguro en la delimitación del riesgo.

La referencia a “un tratamiento radical” sugiere la aplicación de métodos terapéuticos que persiguen una finalidad curativa, empleando aquellos que tienen esa consideración por su contundencia y agresividad -cirugía, radioterapia, quimioterapia, trasplante de células, etc.-. Se exige, además, que durante ese periodo de tiempo de los cinco años no haya habido recaídas o recidivas de la enfermedad. Los tratamientos médicamente considerados paliativos, que implican la cronificación de la enfermedad, quedarían extramuros del “derecho al olvido”. La aplicación de terapias alternativas que permitan una salud y desarrollo de vida con normalidad cuando haya habido un alta médica transcurrido el lustro temporal, quedan en esa zona gris, y seguramente será el objeto de la controversia judicial.

La aplicación del art. 10, párr. 4º de la LCD plantea también otras cuestiones, como la forma en la que la aseguradora ha de dar cumplimiento a ese deber. Sólo podrá tratar aquellos datos de salud que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario respecto del fin perseguido. Se le impone el “olvido” de los datos oncológicos cuando se haya cumplido “el plazo señalado”, restringiéndole legalmente su petición, tratamiento y consideración. En la valoración del riesgo asegurado “el asegurador” no podrá “considerar la existencia de antecedentes oncológicos a efectos de la contratación del seguro”, lo que no le impide recabar y tratar otros datos de salud del asegurado. El objetivo perseguido con todo ello es que no se deniegue al tomador por tal motivo la contratación, ni se le impongan condiciones disuasorias, ni que se haga de peor condición al asegurado en la cobertura del seguro respecto del resto de contratantes²², “quedando prohibida toda discriminación o restricción a la contratación por este motivo”.

El régimen descrito se completa con la disposición adicional quinta de la LCS, ya referida, que extiende la previsión de no discriminación en la contratación por razón de VIH/ SIDA a quien hubiera padecido cáncer. A tal efecto, se añade a la regulación ya existente, de forma homóloga, que no se podrá “denegar el acceso a la contratación, establecer procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador, imponer condiciones más onerosas o discriminar de cualquier otro modo a una persona por haber sufrido una patología oncológica, una vez transcurridos cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior”. Con ello se generaliza este régimen del “olvido”, implicando que el procedimiento que se siga para la contratación no sea más riguroso o exigente que el que se encuentra establecido con carácter general –informes médicos añadidos-, no se fijen condiciones más onerosas –prima superior o requisitos añadidos para el abono de la indemnización-, ni se contemplen otras medidas que suponga una discriminación –menor indemnización-.

²² AGUILERA RULL, A., “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, *Indret*, 2009, núm. 1, pp. 10 y ss.

La deslegalización de la materia, con la habilitación al Gobierno para que mediante Real Decreto pueda “modificar los plazos establecidos en el apartado anterior y en el último párrafo del artículo 10 conjuntamente o para patologías oncológicas específicas, en función de la evolución de la evidencia científica”, proyecta de futuro un panorama de reducción de plazos y/o mejora de condiciones para los afectados.

Desde una perspectiva global, la previsión lleva a preguntarse por quién será el que efectúe esa supervisión y control a fin de que el tratamiento de datos oncológicos se ejecute conforme a tales dictados. Como se ha articulado en otros países, parece que la Dirección General de Supervisión de los Seguros será la llamada a desplegar una actividad proactiva en este ámbito, acorde a las competencias que se le reconocen (art. 7.1.k) y n) RD 403/2020, de 25 de febrero). A este cometido se tendrá que sumar la Agencia Española de Protección de Datos, como garante del derecho a la protección de datos de las personas físicas. Un acuerdo nacional, con participación de todos los sectores implicados, en el que se delimiten la intelección de conceptos -como “antecedentes oncológicos” y “tratamiento radical sin recaída”-, la información que ha de considerarse lícita en los cuestionarios y los protocolos de actuación a seguir, constituiría una vía óptima para lograr la efectividad de la norma y el adecuado equilibrio entre los derechos de los pacientes y las expectativas empresariales.

Cabe finalmente recordar que los afectados, curados oncológicamente, que sufran discriminación, podrán también recurrir a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. A estos se les podrá aplicar el art. 17 de la LIITND que reconoce el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la oferta al público de bienes y servicios; el art. 25 de la LIITND que fija medidas de protección y reparación frente a la discriminación; el art. 26 de la LIITND que sanciona con la nulidad de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación; y el art. 27 de la LIITND que faculta la reclamación de la responsabilidad patrimonial y reparación del daño sufrido si se prueba aquella discriminación.

4.2.2. Reforma del TRLGDCU: contratación realizada por consumidores con antecedentes oncológicos

Como completo de la regulación reseñada, el art. 210 del RDL 5/2023 ha extendido el contenido de la disposición adicional única del TRLGDCU, en la que se regula la nulidad de las disposiciones que excluyen a una de las partes por tener VIH/SIDA u otras condiciones de salud²³, incluidas las de renuncia a estas, a quienes padecieron “*cáncer antes de la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico, una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior*”.

Para ello se establece que, “de forma previa a la suscripción de un contrato de consumo, independientemente del sector”, no se pueda “solicitar a la persona consumidora información oncológica una vez que hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior”. La renuncia a esta regla se sanciona con la nulidad.

La previsión implica reconocer el carácter excesivo de los datos oncológicos que se soliciten transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior. Esta disposición se introduce para todo tipo de “contrato de consumo”. Ello supone que se encuentran sujetos a aquella, en el tratamiento de datos, todos los contratos y no sólo los de seguro sobre la vida o préstamo, que son los que han justificado la tipificación del derecho al

²³ GARCÍA GOLDAR, M., “Disposición adicional única”, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T.II, dir. CAÑIZARES LASO, A., TIRANT LO BLANCH, 2022, pp. 2466 y ss.

olvido oncológico en la Resolución del Parlamento Europeo. La deslegalización prevista faculta al Gobierno para modificar, de futuro, los plazos establecidos conforme al avance de la ciencia y experiencia en el sector.

La petición de los datos oncológicos, en tales circunstancias, no cumplirá con las exigencias del art.5.1 y 6.1.b del RGPD. La empresa que los solicite estará sujeta a la responsabilidad que fija el RGPD y LOPDPGD, por infracción del “derecho al olvido oncológico”. En el ámbito civil, procederá la reclamación de indemnización por los daños y perjuicios que se hubieran irrogado -art. 82 RGPD-; en el administrativo, se aplicará la sanción que resulte conforme al elenco que determinan esa normativa -arts. 83 y 84 RGPD y 70 a 78 LOPDPGD-. Queda facultada también la reclamación por el cauce reseñado de la Ley 15/2022 en el que, acreditada la discriminación, se presumirá la existencia de daño moral, valorable conforme a las circunstancias del caso, la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación y la gravedad de la lesión -art. 27.2-.

5. REFLEXIÓN FINAL

Es una realidad contrastable que en la era de la IA y el Big data el tratamiento indiscriminado de los datos de salud sobre el cáncer implica para quien ha padecido, y superado una enfermedad oncológica, la exclusión del mercado de la contratación.

En el sector del seguro, la fijación legal de los parámetros que determinan los datos de salud oncológicos que pueden ser tratados constituye una cuestión esencial si se quiere que, en concretos colectivos, no se termine arrumbando la aleatoriedad que es causa del contrato. El establecimiento de límites al tratamiento de las informaciones pasadas sobre la salud del contratante, según sea la situación presente, no sólo no excluye la causa de aquel contrato, sino que la redimensiona, evitando que nos encontremos con situaciones de antialeatoriedad.

La licitud del tratamiento de datos para “la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales” (art. 1.b RGPD), no excluye la acotación legal sobre el alcance que aquel deba tener. La eficacia de todo ello requiere de una definición técnicamente depurada y acotada, a fin de que cada una de las partes contratantes tengan claro qué datos se pueden recabar y se deben dar, cuándo y cómo se deben tratar, y cuáles sean las consecuencias jurídicas.

En el caso de la neonata normativa española del “derecho al olvido oncológico”, el principal hándicap al que se enfrenta deviene de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. La referencia a “antecedentes oncológicos” o “finalización del tratamiento radical sin recaída posterior”, sin ulterior precisión legal, plantea incertidumbres que pueden terminar malogrando lo perseguido por el legislador. Estas se han puesto de relieve por el sector del seguro que, acostumbrado a diferenciar situaciones y desmenuzar cada una de las circunstancias que pueden concurrir para la previsión de riesgo, cuestionan técnicamente la generalización de una medida que no delimita el tipo ni extensión de los riesgos asegurados. Desde la perspectiva del consumidor, tomador o asegurado que padeció una enfermedad oncológica, tal imprecisión tampoco resulta favorable. Un cuestionario de salud que se limite a reflejar el texto de la ley, si los tribunales no ofrecen una intelección acorde con la valoración que realicen el contratante, puede terminar malogrando sus expectativas contractuales aunque se hubiera actuado conforme a la buena fe.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RULL A., “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, *Indret*, 2009, núm. 1.

BERROCAL LANZAROT A.I., *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, Reus, 2017.

DI PIZZO CHIACCHIO A., *La expansión del derecho al olvido digital*, Atelier, 2018.

GLANCY D., “The invention of the Right to Privacy”, *Arizona Law Review*, 1979, vol. 21, núm. 1.

GARCÍA GOLDAR M., “Disposición adicional única”, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, T.II, dir. CAÑIZARES LASO, A., TIRANT LO BLANCH, 2022.

GÓMEZ LIGÜERRE C., “Conocimiento cualificado y declaración del riesgo asegurado. De nuevo sobre los límites del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro. Comentario a la STS de 30 mayo 2018”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, núm.109 (BIB 2019\1379).

MARTINEZ CALVO J., *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermnnesia de internet*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

RODAS PAREDES P., “El olvido oncológico en la regulación de seguros privados: oportunidades y retos”, *La Ley*, 9 de octubre de 2023, núm. 10364.

SANCHO LÓPEZ M., *Derecho al olvido y big data: dos realidades convergentes*, Tirant lo Blanch, 2020.

SCOCCA G. y MEUNIER F., “A right to be forgotten for cancer survivors: A legal development expected to reflect the medical progress in the fight against cancer”, *Journal of Cancer Policy*, 2020, n° 25, <https://doi.org/10.1016/j.jcpo.2020.100246>

VEIGA COPO A.B., *Tratado del contrato del seguro*, T.I, 6ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2019.

- *Seguro y discriminación*, Civitas Thomson Reuters, 2022.

WARREN S. y BRANDEIS L., “The Right to Privacy”, *Harward Law Review*, 1890, vol IV, núm

EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES POSESORIAS Y LA HERENCIA YACENTE

Oscar Monje Balmaseda
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2023
Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2023

RESUMEN: El fallecimiento del causante supone la inicial ausencia de titular actual de los bienes hereditarios, y con ello la necesidad de que el ordenamiento jurídico se posicione respecto al momento de la adquisición de la herencia, y del mismo modo, ese fallecimiento plantea un inevitable vacío en la posesión de aquellos bienes hereditarios cuya posesión material detentaba el causante.

La diferente posición que adoptemos respecto al momento en que se produce la transmisión de la posesión de los bienes hereditarios determinará una característica básica de la situación jurídica de herencia yacente, dando respuesta a la debatida cuestión en torno a si el llamado a suceder ostenta, por disposición de la ley, la posesión de la herencia durante la yacencia. Todo ello, al margen de las diferentes situaciones de posesión material de los bienes hereditarios que, evidentemente, por parte del llamado o de terceros, pueden producirse. En este contexto analizaremos el posible ejercicio de las acciones posesorias durante la yacencia hereditaria, y sus consecuencias en relación con la aceptación de la herencia.

ABSTRACT: The death of the deceased implies the initial absence of the current owner of the hereditary assets, and with it the need for the legal system to position itself regarding the moment of acquisition of the inheritance, and in the same way, this death poses an inevitable void in the possession of those hereditary assets whose material possession was held by the deceased.

The different position that we adopt regarding the moment in which the transmission of possession of the hereditary assets occurs will determine a basic characteristic of the legal situation of recumbent inheritance, answering the debated question about whether the call to succeed holds, for provision of the law, the possession of the inheritance during the lien. All of this, apart from the different situations of material possession of hereditary assets that, obviously, by the person called or by third parties, may occur. In this context we will analyze the possible exercise of possessory actions during the hereditary lien, and its consequences in relation to the acceptance of the inheritance.

PALABRAS CLAVE: Herencia yacente, acciones posesorias, aceptación de la herencia, posesión civilísima.

KEYWORDS: Inheritance, possessory actions, acceptance of inheritance, civil possession.

SUMARIO: 1. La adquisición hereditaria de la posesión: presupuestos. 2. La posible condición de poseedor civilísimo del llamado como heredero a una herencia. 3. Acciones posesorias y herencia yacente. 3.1. El ejercicio de los interdictos de retener y recobrar la posesión. 3.2. El ejercicio del interdicto de adquirir y la toma de posesión material de los bienes hereditarios. 3.3. Alteraciones en la posesión durante el período de yacencia hereditaria. 4. Bibliografía

1. LA ADQUISICIÓN HEREDITARIA DE LA POSESIÓN: PRESUPUESTOS.

La cuestión relativa a la adquisición hereditaria de la posesión, fue objeto de atención en la intensa discusión doctrinal en torno al sistema de adquisición de la herencia que recoge el Código civil español. Las contrapuestas teorías de la adquisición hereditaria automática y mediante aceptación fueron aplicadas a la transmisión *mortis causa* de la posesión, interpretando de modo distinto el artículo 440 CC, y utilizando sus conclusiones al respecto como un argumento más en favor de sus posiciones¹.

Nuestra doctrina, sin acoger exactamente ninguna de las dos interpretaciones, admite la inspiración germánica de un precepto que encuentra sus precedentes en el Derecho español, en la Ley 45 de Toro, la Ley 1ª, título XXIV, del libro XI de la Novísima Recopilación y el artículo 554 del proyecto de Código civil de 1851, junto al artículo 724 del Código francés². En el mencionado artículo 440 CC se recoge, según esta interpretación mayoritaria, la transmisión de la posesión civilísima desde el mismo momento de la muerte del causante. Sin embargo, a esta idea se añade que sólo una vez que ha recaído la aceptación puede entenderse transmitida la posesión³.

¹Según GARCÍA VALDECASAS, el artículo 440 CC sanciona el traspaso *ipso iure* de la posesión, en el mismo momento del fallecimiento del causante. Concretamente, entiende este autor que, “la posesión del art. 440 deriva, a través de los Códigos modernos que sirvieron de modelo al nuestro, de la *Gewere* ideal del Derecho germánico (*saisine de droit* en Derecho francés), caracterizada por la ausencia de detentación corporal”. GARCÍA VALDECASAS, G., “La adquisición de la herencia en el Derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 108. Asimismo, *vid.* GARCÍA VALDECASAS, G., “De nuevo sobre la adquisición de la herencia”, *Revista de Derecho Privado*, 1951, págs. 993 y ss. GARCÍA VALDECASAS, G., “La posesión incorporal del despojado y la posesión de año”, *Revista de Derecho Privado*, 1946, pág. 336. En cambio, para ROCA SASTRE, el Código civil español sigue el sistema romano de la no transmisión hereditaria de la posesión, concluyendo que “en el régimen sucesorio del Código civil impera la norma de Derecho romano de que los herederos que aceptan la herencia suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones, o sea en todo el “ius” o posición jurídica del causante; pero la posesión de los bienes que tenía éste no la adquieren dichos herederos sino la toman por cualquiera de los medios que establece la ley”. ROCA SASTRE, R.Mª., “La adquisición hereditaria de la posesión”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº extraordinario conmemorativo del centenario, XXV, 1953, págs. 333-387. Asimismo, *vid.* ROCA SASTRE, R.Mª., “La adquisición y repudiación de la herencia en el Derecho común y en el Derecho foral”, *Estudios de Derecho Privado*, II, Sucesiones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, págs. 1-27.

²Sobre estos precedentes, *vid.*, especialmente, ESPIN CANOVAS, D., “La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español”, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1965., págs. 61 y ss.; CALVO MEIJIDE, A., *La posesión en el Derecho hereditario*, Universidad Complutense, Madrid, 1990., págs. 5 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. I, Editorial Montecorvo, Madrid, 1980., pág. 434 y ss.

³Frente a esta opinión, algunos autores han apostado por la transmisión hereditaria *ipso iure* de la posesión, *vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIV, vol. 1º, artículos 988 a 1034 del Código civil, EDESA, Madrid, 1989, págs. 32-33; CALVO MEIJIDE, A., *La posesión en el Derecho hereditario*, *op. cit.*, pág. 40; MARÍN PEREZ, A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz

En esta línea de pensamiento, explica LALAGUNA DOMÍNGUEZ⁴ que “se llama posesión civilísima a la adquisición que la ley atribuye al heredero de los efectos jurídicos de la posesión de su causante una vez aceptada la herencia sin necesidad de acto alguno de apoderamiento efectivo de los bienes hereditarios”. De este modo, el artículo 440 CC, según GARCÍA HERRERA⁵, “señala el momento al cual se retrotraen los efectos de la adición en sede posesoria (la muerte del causante), con lo cual se refunde en dicha norma lo establecido con carácter general para la adquisición de la herencia en los artículos 661 y 989 del Código civil”. La posesión civilísima, como describe DUALDE⁶, quedaría caracterizada por ser una posesión en la que no es necesario que se dé la aprehensión corporal ni la intención constitutiva del *animus*⁷.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la inspiración germánica del Código civil en esta materia fue contundentemente afirmada por la STS de 3 de junio de 1947⁸. En caso de herencia, según esta sentencia, “se produce para el heredero en nuestro Derecho la posesión llamada *civilísima*, que es la que se adquiere por ministerio de la ley y que tiene lugar en el momento de la muerte del *de cuius*, sin necesidad de la aprehensión material de la cosa, con ánimo de tenerla para sí, como el Derecho romano exigía”⁹. No obstante, la STS de 9 de junio de 1964¹⁰ explica con claridad que el concepto de posesión civilísima, la institución de la “saisine”, no se recoge fielmente en el artículo 440 del Código civil español, “pues la posesión sólo se entiende transmitida desde la aceptación de la herencia, y por ello el llamado no aceptante no la tiene, pero el que acepta sí, siguiendo con ello el sistema romano, si bien una vez aceptada la herencia, la adquisición de la posesión ya tiene lugar con arreglo al sistema germánico, por ministerio de la Ley, produciéndose “*ipso iure*”, sin necesidad de aprehensión material de la cosa con ánimo de tenerla para sí, como el Derecho romano exigía, retrotrayéndose también sus efectos al momento de la muerte del causante, pero de manera forzosa y necesaria, ya favorezca ya perjudique al heredero”¹¹.

Alabart, tomo VI, artículos 430 a 466 del Código Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, págs. 221 y ss.; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a.D., *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 169 y ss.

⁴LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Adquisición de la posesión de bienes hereditarios*, R.G.L.J., XCVI, 1988, págs. 159-216. R.G.L.J., XCVI, 1988, págs. 181-182.

⁵GARCÍA HERRERA, V., *La usucapión a favor de la herencia yacente*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 46. Igualmente, *vid.* GARCÍA HERRERA, V., “Continuación y consumación de la usucapión tras la muerte del usucapiente (1)”, *Actualidad Civil*, N^o 5, Sección Derecho de Sucesiones/A fondo, Wolters Kluwer, Madrid, Mayo 2019, (LA LEY 5545/2019), págs.3-4

⁶DUALDE, J., *La posesión civilísima*, Editorial Aries, Barcelona, 1959, pág. 14.

⁷En la misma línea de aceptar el juego de la ficción de la posesión civilísima, *vid.* ALBADALEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones 11^a ed, EDISOFER, Madrid, 2015, pág. 40. LLEDO YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, vol. II, 1^a parte, La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pág. 31; LACRUZ BERDEJO, J.L.-SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil*, V, 5^a ed., Derecho de Sucesiones, Bosch, Barcelona, 1990, págs. 38 y ss.; LASARTE ALVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil*, VII, 13^a ed, Marcial Pons, Madrid, 2018, pag. 270.

⁸STS de 3 de junio de 1947 (R.J.A: 903)

⁹En la misma línea de admitir la transmisión de la posesión civilísima al heredero, *vid.*, entre otras, SSTS de 25 de enero de 1936 (R.J.A: 155); 12 de abril de 1951(R.J.A: 1012) ; 13 de marzo de 1952 (R.J.A: 808) ; 17 de abril de 1959 (R.J.A: 1956); 4 de abril de 1960 (R.J.A: 1667); 9 de junio de 1964 (R.J.A: 3216) ; 21 de marzo de 1968 (R.J.A: 1742); 27 de marzo de 1985 (ROJ: 1343/1985); 20 de octubre de 1989 (ROJ: 9719/1989); 6 de marzo de 1991(ROJ: 1304/1991); 28 de julio de 1995 (ROJ: 4480/1995); 13 de junio de 1996 (ROJ: 3618/1996).

¹⁰ STS de 9 de junio de 1964 (R.J.A: 3216)

¹¹En los mismos términos, *vid.* STS de 21 de marzo de 1968 (R.J.A: 1742). En la misma línea, la STS de 5 de julio de 1958 (R.J.A: 2537) después de afirmar que para la adquisición de la herencia es precisa la aceptación y que sus efectos se retrotraen en virtud de lo dispuesto en el art. 989 CC, señala que esto, “es lo mismo que, en relación a la posesión establece el artículo 440 de dicho Cuerpo legal, al declarar que la

A nuestro parecer, los términos en los que se expresa el párrafo primero del artículo 440 CC no permiten sostener otra interpretación que la apuntada en lo que se refiere al momento sucesorio en que tiene lugar la transmisión de la posesión. Según el mismo, la posesión de los bienes hereditarios *se entiende transmitida al heredero*, es decir, no al simplemente llamado como heredero, *en el caso de que llegue a adirse la herencia*, y, por lo tanto, no en el caso contrario. Se transmite, en el momento de la aceptación, una posesión que ha de ser calificada de civilísima atendiendo a los precedentes anteriormente citados, es decir, independiente del hecho material de la posesión, ante la imposibilidad de que sea otra la posesión que se transmita. La transmisión *sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante*, a la que alude el precepto, supone que la retroactividad de los efectos de la aceptación también afectará a la posesión.

El párrafo segundo del mencionado precepto, se refiere a la posible posesión material que sin dar lugar a una aceptación tácita de la herencia *ex art. 999.4 CC* haya sido ostentada por el llamado durante la fase de herencia yacente¹². En efecto, el llamado a suceder puede tomar y ostentar la posesión material de los bienes hereditarios, realizando determinados actos de mera conservación o administración provisional, sin que se deba entender por ello que ha aceptado tácitamente la herencia. Esto es posible, como establece el artículo 999.4 CC, siempre que con ellos no se haya tomado el título o la cualidad de heredero¹³.

2. LA POSIBLE CONDICIÓN DE POSEEDOR CIVILÍSIMO DEL LLAMADO COMO HEREDERO A UNA HERENCIA

La regla que contiene el artículo 440 CC no permite, siendo coherentes con la interpretación anteriormente expuesta, considerar al llamado poseedor civilísimo del patrimonio hereditario durante la situación jurídica de yacencia. Los efectos que se derivan de la transmisión de la posesión civilísima sólo se producen una vez aceptada la herencia, sin perjuicio de que en ese instante se entiendan producidos desde el mismo momento de la muerte del causante. Al igual que ESPIN CANOVAS¹⁴, entendemos que “la posesión de los bienes hereditarios no se transmite al llamado a una herencia, por el hecho del llamamiento, sino por la aceptación; una vez aceptada la herencia, la posesión se transmite *ipso iure*, es decir, sin necesidad de acto alguno de toma de posesión”. En nuestro Derecho, afirma JORDANO FRAGA¹⁵, “la posesión

posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia”.

¹²Sostienen esta interpretación, ROCA SASTRE, R.M^a., “La adquisición hereditaria de la posesión”, *op. cit.*, pág. 182 nota 43; ROCA SASTRE, R.M^a., “La adquisición y repudiación de la herencia...”, *op. cit.*, pág. 21; LALAGUNA DOMINGUEZ, E., “Adquisición de la posesión de bienes hereditarios”, *op. cit.*, pág. 165; JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis” (una contribución al estudio de la adquisición sucesoria “mortis causa”)*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 67. Frente a esta opinión, para GARCÍA VALDECASAS, el art. 440.2 CC se refiere a la posesión civilísima. A su juicio, “este precepto carecería de sentido si la posesión no se hubiese adquirido antes de repudiar; ahora bien, si el repudiante poseía los bienes hereditarios antes de repudiar, es evidente que los poseía antes de la aceptación, pues presupuesto necesario de la repudiación es que no haya aceptado aún, luego es manifiesto que la posesión se adquiere antes de la aceptación, en el momento de la muerte del causante”. *Vid.* GARCÍA VALDECASAS, G., “La adquisición de la herencia...”, *op. cit.*, pág. 108.

¹³No podemos tampoco olvidar en apoyo de esta tesis que, como explica HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, los artículos 1014 y 1015, con ocasión de la regulación de la aceptación a beneficio de inventario y del derecho de deliberar, contemplan la posibilidad de que el heredero (nosotros diríamos llamado), sin haber aceptado, esté en posesión de los bienes de la herencia o de parte de ellos. *Vid.* HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, M^a.D., *La herencia yacente*, *op. cit.*, pág. 169.

¹⁴ESPIN CANOVAS, D., “La sucesión en la posesión...”, *op. cit.*, pág. 624.

¹⁵JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”...*, *op. cit.*, pág. 66.

civilísima no la adquiere el llamado, *ipso iure*, una vez eficaz su llamamiento a la herencia, desde la apertura de la sucesión y con posibilidad de eliminación retroactiva por la *repudiación*, sino que la adquiere el *heredero*, desde aquel mismo momento de la apertura de la sucesión, en virtud del carácter retroactivo de la *aceptación*¹⁶.

Sobre esta cuestión, mención especial merece, a pesar de que no la compartamos, la opinión de CALVO MEIJIDE¹⁷ en relación con el momento de la adquisición de la posesión civilísima. Según este autor, la aceptación del heredero confirma algo que este ya tenía, la posesión. En su opinión, “parece más lógico pensar que hay una posesión civilísima adquirida “*ope legis*”, integrada por un conjunto concreto de facultades sobre los bienes, que se adquiere desde el momento del fallecimiento del causante, que luego se ve confirmada o revocada con efecto retroactivo, que pensar que fallecida una persona, se abre un período necesario de yacencia de la herencia en la que nadie posee o poseen ciertas personas o, aunque posea el heredero, lo hace como mero administrador, pero, una vez aceptada, quien, siendo llamado, acepte, empieza a poseer pero su posesión surte efectos como si hubiese poseído siempre”.

Por nuestra parte, entendemos que lo mismo podría afirmarse en relación con la adquisición de la propiedad de la herencia. Del mismo modo podría sostenerse como más lógico que la ley atribuyese directamente la propiedad de los bienes hereditarios a los herederos, y que, posteriormente, esta adquisición provisional se considerase definitiva con la aceptación, que entender, como lo hacen muchos ordenamientos, que la herencia se adquiere con la aceptación y que hasta ese momento carece de titular, con los problemas que tanto en el orden teórico como práctico esto genera; que determinadas personas en su condición de simples llamados a la misma pueden encargarse de su cuidado y conservación; y que, finalmente, la ley mediante la ficción de la retroactividad considera que un derecho de propiedad que realmente no ha existido, si ha existido, produciendo todos sus efectos jurídicos desde el momento de la muerte del causante. Es más, si se trata de llenar un vacío, la propiedad se adaptaría mejor que la posesión a su traspaso por disposición de la ley.

Por otra parte, afirma CALVO MEIJIDE¹⁸, que “el art. 440, en relación con el 989, interpretando el uno en relación con el otro con el hilo conductor del art. 661, nos llevan a la idea de que el heredero adquiere la posesión “*ipso iure*” desde el momento del fallecimiento del causante, sin necesidad de acto alguno de aprehensión material y sin necesidad de mayores requisitos ni actos de voluntad, de modo que puede (conforme acepta prácticamente con unanimidad la doctrina científica) tomar la posesión de los bienes por autoridad propia, ejercitar los interdictos posesorios e, incluso, las acciones que hubiesen correspondido a su causante si hubiese vivido; todo ello antes de la aceptación y sin que ello suponga una aceptación de la herencia”¹⁹.

¹⁶En esta línea de pensamiento, ha manifestado SÁNCHEZ HERNÁNDEZ que a la luz de lo expresamente establecido en el art. 440.1. del CC el llamado no ostenta la posesión civilísima, “1º Porque al expresar que la posesión “*se entiende*” transmitida, el legislador desvela su intención de establecer una ficción, no de atribuir inmediatamente al llamado el efecto no ficticio de la posesión, el carácter ficticio conecta más con la ficción implícita a la retroactividad de la aceptación; 2º La transmisión de la posesión se entiende producida sólo “*en el caso de que llegue a adirse la herencia*”; con ello no es fácil defender que el legislador se refiera a la transmisión inmediata de la posesión, bajo la condición resolutoria de la repudiación, sino que la aceptación aparece como verdadera *conditio iuris* de los efectos establecidos por el artículo 440.1 del CC”. De este modo, a su juicio, “la posesión civilísima se adquiere con la aceptación, que es cuando hay heredero, mientras tanto existen diversas posesiones que serán diferentes según los sujetos intervinientes y la naturaleza de los bienes”. SANCHEZ HERNANDEZ, C., *La herencia yacente (vertientes personal y patrimonial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 296.

¹⁷CALVO MEIJIDE, A., *La posesión en el Derecho hereditario*, op. cit., págs. 193-194.

¹⁸CALVO MEIJIDE, A., *La posesión en el Derecho hereditario*, op. cit., pág. 194.

¹⁹Siguiendo esta teoría, según HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA “en virtud de la norma contenida en el artículo 440 la posesión de los bienes hereditarios se transmite al heredero llamado; y se entiende transmitida desde el momento de la muerte del causante”. A su parecer, no hay que esperar a la

A nuestro juicio, la posesión civilísima de los bienes hereditarios se entenderá transmitida desde el mismo momento de la muerte del causante, evitando toda solución de continuidad entre la posesión del difunto y la del heredero, sin embargo, la adquisición de la posesión está subordinada a que la aceptación tenga lugar. Los artículos 661 y 989 del Código no guardan relación alguna con el sistema de adquisición hereditaria de la posesión previsto²⁰. En cuanto al artículo 440, fundamentalmente en su párrafo primero, como anteriormente destacábamos, presenta una redacción difícilmente compatible con el sostenimiento de un sistema de adquisición *ipso iure* para la posesión de los bienes hereditarios.

Por lo que se refiere a la explicación, tanto de las facultades de las que goza el llamado durante la fase de herencia yacente, reconocidas implícitamente por el artículo 999.4 CC, como de los efectos que durante la misma pueden producirse, entendemos que encuentran su fundamento en razones de índole práctica, esto es, en las necesidades reales de un patrimonio que el ordenamiento jurídico ha decidido proteger, sin que para explicar el régimen jurídico aplicable en el específico período de herencia yacente sea preciso admitir la transmisión de la posesión civilísima al llamado a suceder.

3. ACCIONES POSESORIAS Y HERENCIA YACENTE

3.1. El ejercicio de los interdictos de retener y recobrar la posesión.

El llamado a una herencia puede ejercitar los denominados interdictos de retener y de recobrar, a fin de conservar o recuperar la posesión de cualquier bien hereditario. Esta facultad, admitida unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia en el momento posterior a la aceptación, tanto si la lesión se ha producido antes de la muerte del causante como si se ha producido después, entendemos que existe también encontrándose los bienes en la situación jurídica de herencia yacente, sin que necesariamente se extinga por su ejercicio este estado hereditario²¹.

El posible ejercicio de estas acciones posesorias entra en el ámbito de las facultades de mera conservación y administración provisional a las que se refiere el artículo 999.4 CC²². Como

aceptación para que, automáticamente, se entienda transmitida la posesión, significando esto que al llamado le corresponde la posesión de bienes hereditarios aunque se encuentre la herencia en situación de yacencia. La falta de aceptación, concluye la citada autora, no impide la transmisión de la posesión al llamado; la adición lo que hace es consolidar aquella transmisión de una posesión desmaterializada, que se produce por ministerio de la ley y que la doctrina entiende que es un supuesto de posesión civilísima y manifestación de la *Gewere* ideal de la adquisición *ipso iure* de la herencia. HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, M^a.D., *La herencia yacente*, *op. cit.*, pág. 170.

²⁰ En esta línea, *vid.* GARCÍA HERRERA, V, *La usucapión a favor...*, *op.cit.*, pags. 44 y ss.

²¹ Se trataría de la misma regla establecida por el artículo 460 del Código civil italiano, en virtud del cual, “el llamado a la herencia puede ejercitar las acciones posesorias, para la tutela de los bienes hereditarios, sin necesidad de material aprehensión”. Esto sucede en el Código italiano sin que en ese ordenamiento se transmita *ipso iure* la posesión del patrimonio hereditario. Igualmente, cabe recordar el artículo 411.9 del Código Civil de Cataluña, según el cual, yacente la herencia, el heredero llamado puede ejercitar acciones posesorias, sin que ello implique aceptación de la herencia. salvo que se tomara el título de heredero. Sobre este último precepto, *vid.* Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1^a, Sentencia 368/2017 de 11 Jul. 2017, Rec. 1093/2015 (ECLI: ES:APB:2017:6180).

²² En cuanto al fundamento de esta protección interdictal del simplemente llamado a una herencia, ha manifestado GITRAMA que, no procede invocar una base en el artículo 440 que subordina a la aceptación la posesión civilísima del heredero. Antes de tal aceptación es detentador, poseedor como tal y, por ende, goza de la protección interdictal. No ejercita atributos de la posesión que forma parte de la herencia y se transmite civilísticamente, huérfana de todo presupuesto de hecho, en los términos del

explica GITRAMA²³, el empleo de los interdictos de retener o de recobrar puede ser necesario para cumplir la función tuitiva y protectora que corresponde al llamado a heredar. Esta defensa interdictal, añade, “protege únicamente el hecho de la posesión sin decidir nada sobre el derecho a poseer, por lo que su interposición no puede suponer, de suyo, aceptación de la herencia”.

En consecuencia, a nuestro juicio, no debe entenderse necesariamente que el llamado con ocasión de su ejercicio ha aceptado tácitamente la herencia, siempre que no invoque el título o cualidad de heredero, ejercitándose la acción en beneficio de la herencia²⁴. De este modo, la herencia yacente ocuparía la posición procesal de demandante (art. 6.4 LEC), desarrollando el llamado una actividad en defensa del patrimonio hereditario, al igual que puede hacerlo el administrador designado en testamento²⁵.

Esta afirmación la entendemos perfectamente compatible con la doctrina jurisprudencial relativa a la materia, aunque en numerosas ocasiones, atendiendo al caso concreto, se concluye que ha existido aceptación tácita de la herencia²⁶.

Recuérdese que suponen aceptación tácita, como ha declarado la STS de 15 de junio de 1982²⁷, los actos que revelen la idea de hacer propia la herencia, mirándola como tal y no con la intención de cuidar el interés de otro o, eventualmente, el propio para decidirse después por aceptar. Y, completando el planteamiento, nos encontramos con que, producida la delación de la herencia, caso de pluralidad de llamados, puede cualquiera de los herederos ejercitar en beneficio de la masa común las acciones que correspondían al causante, sin necesidad de poder conferido por los demás sucesores, aunque a éstos, en su caso, no les perjudica la sentencia adversa²⁸.

artículo 440. Tal sería un derecho a poseer por vía de transmisión hereditaria, mientras que en la situación considerada no se trasciende, en cambio, del hecho posesorio. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIV, vol. 1º, *op. cit.*, págs. 211-212. En esta línea, *vid.* SANCHEZ HERNANDEZ, C., *La herencia yacente...*, *op. cit.*, pág. 297. En sentido contrario, entendiendo que la facultad es consecuencia de la posesión civilísima transmitida en el momento de la muerte del causante, *vid.* HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, Mª.D., *La herencia yacente*, *op. cit.*, pág. 173; CALVO MEIJIDE, A., *La posesión en el Derecho hereditario*, *op. cit.*, pág. 194.

²³GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIV, vol. 1º, *op. cit.*, pág. 211.

²⁴En este sentido, *vid.* ROCA SASTRE, R.Mª., “La adquisición hereditaria de la posesión”, *op. cit.*, pág. 189; HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, Mª.D., *La herencia yacente*, *op. cit.*, pág. 176; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *La herencia yacente...*, *op. cit.*, pág. 297.

²⁵Sobre la herencia yacente como término subjetivo de la relación jurídico procesal, *vid.* GUTIERREZ BARRENENGOA, A.-MONJE BALMASEDA, O. “La administración y representación de la herencia en el Derecho español” en MONJE BALMASEDA (Coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 39 y ss.

²⁶ STS de 15 de junio de 1982 (ROJ: 84/1982) SSTS de 13 de febrero de 2003 (ROJ: 991/2003); de 27 de marzo de 2008 (ROJ: 4306/1985). Igualmente, se concluye que existe aceptación tácita, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6ª, Sentencia 134/2009, de 4 de marzo de 2009, Rec. 905/2008 (LA LEY 74498/2009), en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, Sentencia 165/2017, de 10 de mayo de 2017, Rec. 132/2017 (LA LEY 71236/2009); y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, Sentencia 144/2022 de 3 Jun. 2022, Rec. 418/2021 (LA LEY 186859/2022).

²⁷Igualmente, *vid.*, entre otras, SSTS de 24 de noviembre de 1992 (ROJ: 8629/1992); 12 de julio de 1996 (ROJ: 4321/1996); 20 de enero de 1998 (ROJ: 209/1998).

²⁸ *Vid.* STSS de 18 de diciembre de 1933 (R.J.A: 1828), 26 de junio de 1948 (R.J.A: 966), 17 de marzo de 1969 (R.J.A: 1357), 29 de mayo de 1978 (R.J.A: 1952); 16 de septiembre de 1985 (ROJ: 336/2005); y 4 de mayo de 2005 (LA LEY 1365/2005).

3.2. El ejercicio del interdicto de adquirir y la toma de posesión material de los bienes hereditarios.

Del mismo modo que sucedía con los interdictos de retener y de recobrar es unánime la opinión de que, tras la aceptación, el heredero puede tomar por autoridad propia la posesión material de los bienes hereditarios y que, igualmente, dispone del tradicionalmente denominado interdicto de adquirir a fin de conseguir la investidura judicial de la posesión.

En cuanto a la primera posibilidad, el límite lo establece el art. 441 CC al sentarse el principio de que en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. Por otra parte, la legitimación activa del adquirente de la herencia para solicitar que el tribunal le ponga en posesión de los bienes de la herencia se establece expresamente, sea heredero testamentario o abintestato, en el artículo 250.3 LEC, y está sometida a la limitación impuesta en mismo precepto, según el cual, para que pueda prosperar esta acción es preciso que los bienes de que se trate no se encuentren poseídos por nadie a título de dueño o de usufructuario, deduciéndose la demanda en juicio verbal con la especialidad en la tramitación inicial prevista en el artículo 441.1 LEC.

En todo caso, como establece el artículo 266.3 LEC, se habrán de acompañar a la demanda, el documento en que conste fehacientemente la sucesión mortis causa en favor del demandante, así como la relación de los testigos que puedan declarar sobre la ausencia de poseedor a título de dueño o usufructuario, cuando se pretenda que el Tribunal ponga al demandante en posesión de unos bienes que se afirme haber adquirido en virtud de aquella sucesión.

Partiendo de estas premisas debemos cuestionarnos, en primer lugar, si el llamado a heredar puede ejercitar la acción posesoria, estando yacente la herencia y sin que esto suponga el fin de este estado hereditario. Respondiendo a esta cuestión, plantea HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA²⁹ que el heredero llamado, que no ha aceptado la herencia, “está legitimado activamente para promover el interdicto de adquirir, a fin de convertir su posesión civilísima en posesión mediata o inmediata”. Esta facultad la tiene, a su juicio, “al menos el heredero llamado en virtud de sucesión testamentaria, porque en la intestada la adquisición del título, el auto o la sentencia de declaración de herederos o el acta notarial de notoriedad, suponen actos de aceptación de la herencia”.

Tampoco a nuestro juicio existe inconveniente alguno para entender legitimado activamente a los efectos de entablar la acción al llamado en testamento a una sucesión, sin que esto suponga necesariamente la pérdida de esta condición y la consiguiente aceptación de la herencia. Sin embargo, no podemos compartir la opinión antes recogida de que el llamado que ejercita esta facultad convierte su posesión civilísima en una posesión inmediata o mediata, sino que este planteamiento sólo cabe efectuarlo respecto al que ya es heredero por haber aceptado la herencia.

Por una parte, como justificamos en su momento, según nuestro criterio el llamado no ostenta la posesión civilísima de la herencia. Por otra, la posesión que obtiene y puede disfrutar el llamado sobre los bienes hereditarios es la misma que en todo caso corresponde a los

²⁹HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, M^a.D., *La herencia yacente, op. cit.*, pág. 175. Del mismo modo, aunque sin entrar en precisiones, entiende SANCHEZ HERNANDEZ que esta facultad le corresponde al llamado. *Vid.* SANCHEZ HERNANDEZ, C., *La herencia yacente...*, *op. cit.*, pág. 297. En la misma línea, CALVO MEIJIDE atribuye al llamado legitimación para ejercitar cualquier interdicto, sin que ello suponga aceptación de la herencia. *Vid.* CALVO MEIJIDE, A., *La posesión en el Derecho hereditario, op. cit.*, págs. 194 y 206.

administradores de la herencia, esto es, como afirma GITRAMA³⁰ refiriéndose a la posesión de estas personas, tiene la posesión “en el concepto de tenedor de las cosas y derechos para conservarlos y hacerlos fructificar, perteneciendo al dominio de otra persona”.

Los mismos criterios explicados anteriormente para determinar si un acto supone o no aceptación tácita de la herencia deberían ser utilizados en el supuesto que ahora se plantea. Es decir, entendemos que la posibilidad de ejercicio del interdicto de adquirir entraría, siempre ponderando las circunstancias del caso, dentro de las facultades de conservación y administración provisional de los bienes hereditarios atribuidas al llamado por efecto de la delación de la herencia a su favor. De este modo, disfrutaría de esta facultad, al igual que el albacea y el administrador de la herencia que también pueden interponer el mencionado interdicto.

Mayores problemas suscita, aunque no insalvables al menos desde un punto de vista teórico, el ejercicio de esta facultad en una sucesión intestada. En principio, como plantea GITRAMA³¹, instar en provecho propio la declaración judicial de heredero abintestato debe ser considerado un supuesto de aceptación tácita de la herencia (puesto que en principio significa la voluntad de asumir la cualidad de tal), y así lo ha considerado el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de abril de 1928, 27 de abril y 23 de mayo de 1955, 31 de diciembre de 1956). Sin embargo, como también afirma este autor, expresando una opinión compartida por LACRUZ BERDEJO³², “es posible que con mejor criterio resolviere la Sala de lo Contencioso-Administrativo del propio Alto Tribunal en Sentencia de 8 de junio de 1901, que el heredero abintestato declarado tal a su instancia que luego repudia la herencia, debe entenderse que nunca la ha poseído, puesto que pedir una persona la declaración de ser heredero no implica aceptación de la herencia, sino sólo un medio adecuado para adquirir la certeza de ser tal heredero”. Para GITRAMA, de este modo se rinde tributo al artículo 991, ya que para poder aceptar, el que acepta debe estar cierto de su derecho a la herencia, “no habiendo testamento, o testamento eficaz, corresponde a la autoridad judicial declarar heredero a quien por ley corresponda y puede ocurrir que el así declarado (y que, en consecuencia, puede aceptar o repudiar) no sea precisamente quien instó la declaración, habiéndolo hecho quizá en la ignorancia de la existencia de parientes del causante más próximos en grado, que luego resultan ser los llamados”.

En el mismo sentido, ha manifestado O’CALLAGHAN³³, citando la STS de 29 de octubre de 1910, que lo que hace la declaración de herederos es aclarar la delación y, sabiéndola el delado, puede aceptar. La declaración de herederos, a su juicio, “no significa aceptación, sino que es el medio adecuado para tener la certeza de ser heredero, es decir, de la delación”. Resulta evidente que, si admitimos este razonamiento, tampoco plantearía problema alguno el ulterior ejercicio de la acción posesoria, pudiendo ser considerado, en función de las

³⁰El administrador hereditario de nuestro Derecho, explica GITRAMA, “se halla provisto de la posesión natural “alieno nomine” de los bienes de la herencia que ha de administrar. Mal podría tomar todas las medidas previsorias de conservación y sana administración hallándose dichos bienes en poder de personas ajenas. Ahora bien, como la posesión del administrador ha de ser provisional y en cuanto resulte indispensable para el desempeño del cargo, es evidente que reúne todos los caracteres de la que el art. 430 del Código civil denomina posesión natural, esto es, aquella que consiste en la mera tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona”. GITRAMA GONZALEZ, M., *La Administración de Herencia...*, *op. cit.*, pág. 192.

³¹GITRAMA GONZALEZ, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIV, vol. 1º, *op. cit.*, pág. 204 nota 39.

³²*Vid.* LACRUZ BERDEJO, J.L.-SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., *op. cit.*, pág. 75.

³³LACRUZ, J.L.-ALBALADEJO, M., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 290; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentario del Código civil*, (art. 999), tomo I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 2361.

circunstancias del caso, como una mera actividad conservativa o de administración provisional.

Por otro lado, por la misma razón que entendemos que existe legitimación para el ejercicio de acciones posesorias en defensa de los bienes, consideramos que el llamado a una herencia puede tomar posesión material por autoridad propia de los bienes hereditarios no poseídos por nadie, sin que esto suponga necesariamente la aceptación de la herencia³⁴.

Se trata, como ya explicamos, de una posesión dirigida a la conservación del patrimonio yacente cuya existencia el Código civil reconoce en los artículos 999.4 y 1014, y que ha de ser caracterizada de provisional y no apta para la prescripción y percepción de frutos a su favor.

3.3. Alteraciones en la posesión durante el período de yacencia hereditaria.

La posesión puede experimentar múltiples cambios durante la fase de herencia yacente. De hecho, la posesión que recibe el heredero con motivo de su aceptación no es la misma que la que disfrutaba el causante en el momento de su fallecimiento, sino que, como explica ALBALADEJO³⁵, a partir de que el llamado es ya heredero, es colocado por disposición de la ley “en la misma situación posesoria que tendría el causante si viviese, considerándose que en tema de posesión ha ocupado el puesto de aquél desde que murió”. Como destaca LALAGUNA DOMINGUEZ³⁶ que, “no cabe atribuir a la posesión civilísima la virtud de conferir al heredero en el momento de aceptar la misma posesión que tenía el causante en el instante de morir, como si entre ambos momentos el tiempo no hubiera pasado”. A modo de ejemplo, afirma este autor que un tercero puede adquirir la posesión de un bien hereditario si mantiene su situación de poder por más de un año (art. 460.4 CC), y que la posesión como base para la adquisición de los derechos está sujeta a la aplicación del régimen establecido en el art. 1934 CC

Además, el llamado ha podido ejercitar en beneficio de la herencia una acción posesoria que correspondía al causante recuperando la posesión de algún bien hereditario y, del mismo modo, al igual que sucedía en el régimen romano de la herencia yacente, a la propia herencia se han incorporado los frutos producidos por los bienes poseídos de buena fe por el causante (art. 451.1 CC)³⁷.

³⁴Así lo entiende la doctrina dominante, *vid.*, por todos, HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, M^a.D., *La herencia yacente*, *op. cit.*, págs. 169 y 175; CALVO MEIJIDE, A., *La posesión en el Derecho hereditario*, *op. cit.*, págs. 194 y 206.

³⁵ALBALADEJO GARCIA, M., *Curso de Derecho civil*, V, 5^a ed., *op. cit.*, pág. 37.

³⁶LALAGUNA DOMINGUEZ, E., “Adquisición de la posesión de bienes hereditarios”, *op. cit.*, pág. 187.

³⁷A los efectos de determinar los frutos que definitivamente formarán parte del patrimonio hereditario una vez adquirido éste por el heredero deberá tenerse en cuenta la regla contenida en el art. 442 CC *Vid.* CALVO MEIJIDE, A., *La posesión en el Derecho hereditario*, *op. cit.*, págs. 57 y ss. Sin entrar de lleno en esta cuestión, simplemente añadiremos que la posesión del artículo 440 no confiere por sí derecho a los frutos, “si un tercero de buena fe tiene las cosas hereditarias podrá oponer al heredero el art. 451”. LACRUZ, J.L.-ALBALADEJO, M., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, pág. 141. En el mismo sentido, *vid.* LALAGUNA DOMINGUEZ, E., “Adquisición de la posesión de bienes hereditarios”, *op. cit.*, pág. 204.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones 11ª ed, EDISOFER, Madrid, 2015.
- CALVO MEIJIDE, A., *La posesión en el Derecho hereditario*, Universidad Complutense, Madrid, 1990.
- DUALDE, J., *La posesión civilísima*, Editorial Aries, Barcelona, 1959.
- ESPIN CANOVAS, D., “*La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*”, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1965.
- GARCÍA HERRERA, V., *La usucapión a favor de la herencia yacente*, Dykinson, Madrid, 2008.
- GARCÍA VALDECASAS, G., “La adquisición de la herencia en el Derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, 1944.
- GARCÍA HERRERA, V., “Continuación y consumación de la usucapión tras la muerte del usucapiente (1)”, *Actualidad Civil*, N° 5, Sección Derecho de Sucesiones/A fondo, Wolters Kluwer, Madrid, Mayo 2019, (LA LEY 5545/2019).
- GARCÍA VALDECASAS, G., “De nuevo sobre la adquisición de la herencia”, *Revista de Derecho Privado*, 1951.
- GARCIA VALDECASAS, G., “*La posesión incorporal del despojado y la posesión de año*”, *Revista de Derecho Privado*, 1946.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIV, vol. 1º, artículos 988 a 1034 del Código civil, EDERSA, Madrid, 1989.
- GUTIERREZ BARRENENGOA, A.-MONJE BALMASEDA, O. “*La administración y representación de la herencia en el Derecho español*” en MONJE BALMASEDA (Coord.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2015.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Mª.D., *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 1995.
- JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis” (una contribución al estudio de la adquisición sucesoria “mortis causa”)*, Civitas, Madrid, 1990.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.-SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil*, V, 5ª ed., Derecho de Sucesiones, Bosch, Barcelona, 1990.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Adquisición de la posesión de bienes hereditarios*, R.G.L.J., XCVI, 1988.
- LASARTE ALVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil*, VII, 13ª ed, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- LLEDO YAGÜE, F., *Derecho de Sucesiones*, vol. II, 1ª parte, La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991.
- MARÍN PEREZ, A., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo VI, artículos 430 a 466 del Código Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- MONJE BALMASEDA, O., *La herencia yacente*, Dykinson, Madrid, 2001.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Comentario del Código civil*, (art. 999), tomo I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

ROCA SASTRE, R.M^a, “La adquisición y repudiación de la herencia en el Derecho común y en el Derecho foral”, *Estudios de Derecho Privado*, II, Sucesiones, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.

ROCA SASTRE, R.M^a., “La adquisición hereditaria de la posesión”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n^o extraordinario conmemorativo del centenario, XXV, 1953.

SANCHEZ HERNANDEZ, C., *La herencia yacente (vertientes personal y patrimonial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. I, Editorial Montecorvo, Madrid, 1980.

LOS NUEVOS DESAFIOS QUE PLANTEAN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ÁMBITO DE LA DESVINCULACIÓN LABORAL

Blanca Ballester Casanella
Profesora Titular de Derecho de la empresa
Universidad de EAE Business School

Fecha de recepción: 15 de junio de 2023
Fecha de aceptación: 14 de septiembre de 2023

RESUMEN: Las nuevas tecnologías están generando que la legislación laboral deba hacer frente a los muchos desafíos que provoca su aplicación y uso, en el vínculo que se establece entre el empleador y el empleado. Por una parte, el contrato podrá extinguirse por causas objetivas ante falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo cuando, entre otros requisitos, dichos cambios sean razonables. Pero así mismo, debemos destacar la existencia de ciertos comportamientos tecnológicos que, aún siendo reconducibles a incumplimientos contractuales graves y culpables, están justificando la procedencia del despido disciplinario en base a la trasgresión de la buena fe contractual. Son reiterados los pronunciamientos de los tribunales en una materia que, si bien no es nueva en cuanto a su origen causal, sí es actual por la intromisión que las nuevas tecnologías vienen teniendo en relación a la desvinculación contractual.

ABSTRACT: New technologies are causing labor legislation to face the many challenges caused by their application and use in the relationship established between the employer and the employee. On the one hand, the contract may be terminated for objective reasons due to the employee's failure to adapt to the technical modifications made to his or her job, when, among other requirements, such changes are reasonable. However, we must also highlight the existence of certain technological behaviors which, even though they can be attributed to serious and culpable breaches of contract, are justifying disciplinary dismissal on the grounds of breach of contractual good faith. There have been repeated pronouncements by the courts on a matter which, although not new in terms of its causal origin, is current due to the interference that new technologies have been having in relation to contractual termination.

PALABRAS CLAVE: nuevas tecnologías, despido, internet, derechos fundamentales, redes sociales.

KEYWORDS: new technologies, dismissal, email, internet, fundamental rights, social networks.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Marco legal de referencia: una aproximación a los derechos fundamentales y laborales; 3. Un breve apunte sobre el despido objetivo por inadaptación del trabajador a los cambios tecnológicos; 4. El despido disciplinario basado en la conexión no autorizada a internet en horas de trabajo; 5. La problemática específica del despido disciplinario por comentarios ofensivos en redes sociales; 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La tecnología aplicada al trabajo, ha generado múltiples efectos positivos relacionados la mayoría de las veces, con una mayor producción gracias a la digitalización de los procesos y a la sistematización que implica su incorporación a la actividad empresarial. Todo ello, también ha supuesto el desarrollo de competencias digitales en los empleados y la apertura de nuevos mercados. Podemos así afirmar, que las nuevas tecnologías en el entorno empresarial han aportado, no sólo innovación, sino la oportunidad de que los empresarios se posicionen a nivel competitivo.

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) permiten el progreso en el campo productivo; estamos pues, ante la llamada era tecnológica en la que prima la digitalización, la automatización y la tecnología digital. Su uso está transformando la manera de trabajar de las organizaciones y también de las personas, y aunque genera el nacimiento de nuevas competencias, también provoca la pérdida de puestos de trabajo, pues su influencia en el mercado laboral a raíz de la automatización mencionada, ha supuesto la desaparición de muchas profesiones¹.

Así mismo es evidente la existencia de otros elementos negativos tales como, los nuevos desafíos y retos que implica su introducción en la sociedad en general y en el ámbito laboral en particular, cómo por ejemplo, el aumento en la carga de trabajo en aquellos sectores en los que el uso de las TICs es continuo.

Otro de los retos significativos que provoca la incorporación de las nuevas tecnologías al mundo de la empresa, es la manera en la que a día de hoy se lleva a cabo el control y la vigilancia de la prestación laboral, al haberse introducido en los puestos de trabajo nuevas herramientas tales como dispositivos electrónicos e internet. Estos dispositivos, si bien por una parte favorecen la tan necesaria conciliación familiar a través del teletrabajo², también están incidiendo en las relaciones laborales que se están viendo envueltas en una constante transformación.

El principal problema que presenta la presencia de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales, es la capacidad que tienen de constituir motivo legal de despido objetivo o despido disciplinario, por la falta de destreza en su uso o por el mal uso que, de las mismas, puede llegar a hacer el empleado.

Al respecto, nos encontramos con una legislación laboral poco adaptada a las circunstancias descritas, lo cual ha obligado a los tribunales a pronunciarse teniendo en cuenta las particularidades y circunstancias de cada caso. De ahí, su importante papel a la hora de

¹ Ficapal, P., y Torrent, J. (2019). El trabajo en la sociedad del conocimiento Tecnologías digitales, empleo, desempleo y salarios. Universidad Oberta de Catalunya. Extraído el 22 de Diciembre de 2019 http://materials.cv.uoc.edu/daisy/Materials/PID_00245954/pdf/PID_00245954.pdf

² GORDO GONZÁLEZ, L. (2017). “El Derecho del Trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías”, Revista de Información Laboral, n.12, p.171.

crear una jurisprudencia³ que permita solventar la problemática que genera dicha laguna legal.

Así pues, la realidad con la que nos encontramos, es que tal y como ocurre con el ordenamiento laboral español, la mayoría de los ordenamientos jurídicos no está ofreciendo una respuesta a los problemas que produce, por ejemplo, el uso para fines particulares de los medios tecnológicos facilitados por la empresa (teléfono, correo electrónico, internet etc).

Ha sido como hemos indicado la jurisprudencia, la que se ha tenido que encargar de definir la compatibilización de los derechos de los trabajadores, con las exigencias empresariales de vigilancia, control y ordenación de las actividades productivas. Para ello, ha establecido como deberían de ser, tanto las instrucciones dadas por los empresarios a los empleados, como el uso que los empleados deberían hacer de los medios empresariales puestos a su disposición.

En definitiva, la problemática analizada en el presente trabajo, es aquella consistente en determinar el binomio entre, los derechos fundamentales de los trabajadores (derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, respeto a la dignidad) y el derecho de los empresarios a llevar a cabo la vigilancia y control de los medios informáticos puestos a disposición del trabajador tales como ordenadores, teléfonos, tabletas o correos electrónicos. Y es que los derechos fundamentales de los que gozan los trabajadores en el seno de las empresas les corresponden, no sólo por ser empleados, sino sobre todo como ciudadanos. Por ese motivo, la afectación de dichos derechos por parte de los empresarios, deberá ser la estrictamente necesaria para la consecución de sus intereses y siempre proporcional a dicho logro⁴.

2. EL MARCO LEGAL DE REFERENCIA: UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LABORALES

Como consecuencia de esta ausencia normativa a la que hemos hecho referencia en el anterior apartado, los límites relativos al uso de las tecnologías de la información en el ámbito de las relaciones laborales, se articula a través de la protección de determinados derechos recogidos, no sólo en la Constitución Española (CE)⁵ y el Estatuto de los Trabajadores (ET)⁶, sino también en la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD)⁷.

No hay pues que olvidar, que el trabajador además de ser sujeto de los derechos estrictamente laborales, es también titular de los derechos fundamentales inherentes a todo ser humano⁸. Por ello, cuando el empresario tome decisiones que afecten a dichos derechos, deberá poder justificarlas y sujetarlas a cierta proporcionalidad⁹.

³ CARDONA RUBERT, M.B. (2023) “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, n.1, p.159.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 7 de octubre de 170/2013

⁵ Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

⁶ Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

⁷ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018).

⁸ SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. (2013). “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites”, Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, n.122, p. 200

⁹ TRUJILLO PONS, F. (2016). “El uso del correo electrónico en el ambiente laboral y el modo en que éste puede afectar al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones”, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, n. 41, p.120.

Los derechos con mayor tendencia a sufrir una vulneración son, el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad y subsidiariamente el derecho a la libertad de expresión. El derecho a la intimidad viene recogido en el artículo 18.1 CE y establece lo siguiente: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Es evidente que el mencionado derecho es aplicable al entorno de las relaciones laborales y supone tal y como indica la jurisprudencia, “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”¹⁰.

Por su parte, el derecho al secreto de las comunicaciones regulado en el artículo 18.3 CE dispone que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Pese a que se trata de un derecho con unas características más estrictas y rigurosas que las exigidas en el derecho a la intimidad, la jurisprudencia también garantiza su aplicación en el ámbito laboral, protegiendo las comunicaciones de los trabajadores¹¹.

El último de los principales derechos que puede verse afectado en la relación entre el empresario y el trabajador por el uso de estas nuevas tecnologías, es el derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 20 CE.

Partiendo de la base de que es posible arrojar juicios de valor sobre alguien o sobre una circunstancia determinada, ese hecho no debe ser incompatible con el vínculo laboral surgido de un contrato de trabajo. Es importante tener en cuenta que, al estar subordinado a una relación laboral con las consiguientes obligaciones y derechos que ello conlleva, la posible difusión de opiniones, no puede suponer vulnerar los Derechos de otros sujetos sean físicos o jurídicos.

El derecho a la libertad de expresión no debe verse coartado dentro de la esfera de las relaciones laborales, no obstante, queda condicionado a la necesaria existencia entre las partes, de una obligación recíproca, de respetar la buena fe contractual exigida por el vínculo que las une.

En la mayoría de supuestos donde entran en colisión los derechos del empresario, como el derecho a la dignidad y al honor, con los derechos fundamentales del trabajador, tales como el derecho a la libertad de la expresión, su análisis siempre es casuístico, es decir, la decisión del tribunal se debe fundamentar en el análisis detallado y concreto de los comentarios publicados, ya que dependiendo de su contenido se determinará si puede llegar a ser ofensivo y dañar otros derechos fundamentales en juego. En el mismo sentido, es importante recordar la doctrina constitucional la cual pone de relieve la importancia de analizar, no solo el contenido sino también el contexto en el que se efectúan las declaraciones¹².

3. UN BREVE APUNTE SOBRE EL DESPIDO OBJETIVO POR INADAPTACIÓN DEL TRABAJADOR A LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS

Dentro de las distintas causas objetivas de despido, el Artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores contempla la posibilidad de llevar a cabo un despido motivado en la falta de

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril 98/2000. Fundamento jurídico quinto.

¹¹ DEL PINO PADRÓN, M.C. (2018). “El impacto de las tecnologías de la información en el Derecho laboral, especial referencia a la intimidad del trabajador y el secreto de sus comunicaciones”, *Cadernos de derecho actual*, n.8, p. 160.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional 151/2004, de 20 de septiembre de 2004.

adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.

Así, el mencionado Artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores señala, en su letra b), que el contrato de trabajo podrá extinguirse: "Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación".

Esta causa de despido ya existía con anterioridad, pero su redacción ha sido modificada por la Ley 3/2012, de 6 de Julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral¹³, ya que introduce como requisito para llevar a cabo un despido por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, que dichos cambios sean razonables y que previamente el empresario cumpla con la obligación de ofrecer al trabajador un curso enfocado a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas.

Tal y como estamos evidenciando, la aparición de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, están influyendo notablemente en el derecho laboral, concretamente en el tratamiento de los derechos y obligaciones de los distintas partes que constituyen dicho vínculo contractual.

En este contexto, podemos distinguir entre despido objetivo por motivos de reestructuración empresarial basada en la introducción de nuevos medios tecnológicos, es decir, debido al incremento en el uso de maquinaria automatizada y el correspondiente descenso del personal requerido¹⁴ (art. 52.c ET). Y el despido objetivo provocado por la inadaptación de los empleados a las herramientas tecnológicas introducidas por la empresa (art. 52.b ET).

De todas formas, no hay que olvidar que el despido también puede producirse por causas disciplinarias a raíz del uso inadecuado por parte del trabajador de los medios informáticos puestos por el empresario a su disposición para el ejercicio de las funciones propias de su puesto¹⁵ tal y como veremos más adelante.

En relación al despido objetivo debido a la inadaptación de los empleados a las herramientas tecnológicas introducidas por la empresa, es necesario tener en cuenta lo que hemos ya indicado. Por un lado, se obliga a que los cambios que se producen en el puesto de trabajo sean unos cambios "razonables" y por otro, que la extinción de la relación laboral se produzca una vez sucedidos dos meses "desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación" ya que en virtud del Artículo 52 b) ET, es obligación del empresario ofrecer la impartición de cursos que permitan al trabajador poder habituarse a los cambios introducidos.

Es fundamental que la extinción del contrato de trabajo tenga su origen en la existencia de un cambio técnico en el puesto, pero también dicho cambio técnico debe estar fundamentado por la introducción de mejoras en los mecanismos e instrumentos utilizados, teniendo como fin el perfeccionamiento del proceso de producción. Además, dicha modificación, debe tener un

¹³ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE núm. 162, de 07 de julio 2012).

¹⁴ ÉCIJA ABOGADOS, (2019). "El despido tecnológico ante la automatización del mercado laboral", Artículos Derecho Laboral (Disponible en <https://ecija.com/sala-de-prensa/despido-tecnologico-ante-la-automatizacion-del-mercado-laboral/> ; última consulta 20/3/2019)

¹⁵ BLASCO PELLICER, C. (2019). "Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICS) en las reestructuraciones de las empresas", Aranzadi Social: Revista Doctrinal, Vol. 2, n.15, p.134.

impacto directo en las labores del trabajador y en las funciones que normalmente lleva a cabo, de manera que sea imperativa su adaptación a dichos cambios técnicos.

Así mismo, no cabe alegar como causa de despido objetivo la inadaptación del empleado cuando las variaciones introducidas no afecten a su trabajo habitual. Por ello se requiere, por una parte, la existencia de una correlación entre el puesto de trabajo y la modificación técnica de las tareas desempeñadas por el trabajador. Y, por otra parte, la existencia de una relación de causalidad entre los cambios tecnológicos impuestos y la falta de adaptación del empleado¹⁶.

Por último, los cambios introducidos en el puesto de trabajo del empleado por parte del empleador no pueden ser arbitrarios y han de ser cambios que entren dentro de la razonabilidad. Es por ello que la jurisprudencia aquí, juega también un relevante papel ya que los tribunales son los que deben ponderar los motivos alegados por el empresario para proceder al despido y confrontarlos con las circunstancias concurrentes.

Constituye así un hecho relevante, que los cambios tecnológicos introducidos, no supongan una transformación del puesto de trabajo que implique el ejercicio por parte del trabajador de funciones completamente distintas a las que está habituado.

A pesar de que este sea un despido legal, las compañías deben actuar dentro de la legalidad, por ello, la ineptitud que presente el empleado debe ser conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. En el caso de no ocurrir en este orden, no estaríamos ante un despido por causas objetivas.

Por otro lado, en el motivo de falta de adaptación al puesto, es importante puntualizar que la empresa debe facilitar, a través de medios propios o de terceros, la adecuada formación previa para que el nuevo empleado sepa cómo realizar sus tareas y adquiera las habilidades necesarias para gestionar correctamente los cambios introducidos en su puesto de trabajo. Solo se podrá comunicar el despido por este hecho, al menos dos meses después del fin de la formación.

En realidad, no está previsto legalmente el establecimiento de un periodo concreto de tiempo, pero la jurisprudencia ha establecido que tenga la duración que tenga, se considerará tiempo de trabajo efectivo y por lo tanto el trabajador tendrá derecho a salario. Así mismo, el empleado tiene la obligación de asistir a dichos cursos porque de lo contrario, incurriría en causa de despido.

Por otra parte, es relevante recordar que, si finalmente el empleado no consigue tras la formación oportuna, adaptarse a los cambios tecnológicos, el ET le reconoce un derecho a indemnización de veinte días por año trabajado, que para los periodos de tiempo inferiores a un año se prorratearía por meses, con un máximo de doce mensualidades.

Corroboramos pues, que se requiere una gran actividad empresarial para acreditar las razones que motivan el despido, lo que implica contar con un buen asesoramiento previo por parte de un profesional especializado, que ayude a enfocar con unas mínimas garantías de éxito, la decisión de proceder a esta modalidad de despido objetivo; y es que la no acreditación del cumplimiento de los requisitos y formalidades llevará irremediablemente a que el despido sea declarado improcedente o en el peor de los casos, nulo.

Por último, es una realidad que la falta de conocimientos tecnológicos podría convertirse en un factor excluyente para ciertos trabajadores. El uso de la tecnología es fundamental para las empresas, por ello tal y como hemos indicado, puede provocar que, en un futuro inmediato,

¹⁶ POQUET CATALÁ, R. (2014). “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, Revista Aranzadi Doctrinal, n.7, p.75.

sobre todo los más “senior”, pierdan su empleo al necesitar más tiempo que los jóvenes para adaptarse a los cambios.

Sin perjuicio de todo ello, no podemos negar las bondades producidas por la introducción de la tecnología en el mundo empresarial, no sólo porque implican una clara aceleración de los procesos de producción y del crecimiento económico, sino también porque han facilitado el trabajo y nos ha hecho entrar en el mercado virtual.

4. EL DESPIDO DISCIPLINARIO BASADO EN LA CONEXIÓN NO AUTORIZADA A INTERNET EN HORAS DE TRABAJO

La transgresión de la buena fe y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, constituyen incumplimientos graves que pueden justificar el despido disciplinario del trabajador. No obstante, dicha extinción del contrato de trabajo por decisión empresarial es necesario que esté debidamente motivada a los efectos de que no pueda ser declarado el despido como improcedente.

El despido disciplinario, basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, es necesario que sea notificado al empleado por escrito, haciendo constar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto. De lo contrario y tal y como ya hemos indicado, el despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario, e improcedente cuando en su forma no se ajuste a lo establecido legalmente.

Existen varios precedentes donde los tribunales han considerado justificado el despido debido al uso indebido de internet. Estos casos suelen analizar la gravedad de la infracción y también se tiene en cuenta si se violaron políticas claras de la empresa, puesto que los contratos de empleo a menudo contienen cláusulas específicas relacionadas con esta cuestión, cuya violación puede justificar el despido. Será por tanto necesario, delimitar su utilización a través de disposiciones incluidas en el contrato de trabajo, o en los reglamentos internos de la empresa o a través de avisos en el propio incluidos en el propio sistema¹⁷.

En la era digital, es una realidad innegable, que el uso de internet en el lugar de trabajo se ha convertido en una necesidad, pero el acceso no autorizado a internet durante las horas laborales plantea desafíos significativos para los empleadores, por ello en este apartado queremos exponer que implicaciones legales tiene esta situación y las consideraciones prácticas asociadas con el despido de un empleado por este motivo.

El despido de un trabajador por conexión no autorizada a internet en horas de trabajo, es un tema complejo que requiere un análisis cuidadoso de las normativas legales y las políticas de la empresa; por ello, cada caso debe ser evaluado individualmente para garantizar un proceso justo y legalmente sólido.

Podemos afirmar, que el uso no autorizado de internet puede afectar negativamente la productividad del empleado, pero el acceso a sitios web no autorizados puede también, entre otras cosas, comprometer la seguridad de los datos de la empresa. Sin perjuicio de ello, es como hemos apuntado muy importante antes de proceder con el despido, evaluar cada caso individualmente, considerando la gravedad de la infracción y los antecedentes del empleado.

¹⁷ BARROS GARCÍA, M. (2004). “Problemas derivados de la utilización del correo electrónico e internet en el ámbito laboral” Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, 8, p.52.

Se debe seguir un proceso justo y documentado, incluyendo la notificación al empleado y la posibilidad de que este se defienda, porque el principal problema sigue siendo la colisión entre los derechos constitucionales reconocidos a estos y los derechos de los empleadores a poder llevar a cabo el control y la vigilancia necesarios que permitan evitar determinados comportamientos por parte de los trabajadores.

En el supuesto en el que nos encontramos, se pone básicamente en juego el derecho a la intimidad del trabajador ya que, por un lado, el historial de Internet y el propio sistema informático del ordenador almacena y guarda todos los datos relativos a las páginas web visitadas por el empleado. Por otro lado, también se instalan programas que permiten vigilar desde otro ordenador de la empresa, la conexión a internet en tiempo real de trabajador, sin que él tenga conocimiento de dicha vigilancia puesto que no se requiere su consentimiento.

La problemática es que, de esta forma, es posible obtener información confidencial, por ello resulta clave que el empresario deje claramente establecido que el acceso a internet debe estar destinado de forma exclusiva a un uso profesional.

El establecer el uso al que debe estar destinado dicho acceso, debe de quedar claramente estipulado en el contrato de trabajo o en los reglamentos internos de la propia empresa, porque de esta manera se podría proceder a un despido¹⁸ basado en la trasgresión a la buena fe contractual y abuso de confianza¹⁹, independientemente de si el empleado obtuvo gracias a dicha conducta, algún beneficio o de si se ha causado finalmente, algún perjuicio al empleador²⁰.

Otro motivo que el empresario puede alegar como causa de despido, es la disminución continuada en el rendimiento de trabajo (art. 54.2 e) ET), ya que un uso prologado de los medios tecnológicos, puede impedir que el empleado lleve a cabo sus funciones de forma satisfactoria²¹.

Por todo ello, si la empresa está autorizada a establecer normas o medidas imperativas para el personal como impedir el acceso a determinadas plataformas “online”, sea mediante el uso de los propios recursos de la empresa o mediante dispositivos personales, tenemos que entender que paralelamente se puede constatar si el trabajador esta invirtiendo su tiempo de trabajo en plataformas que no son necesarias para realizar sus funciones laborales.

Lo más importante es pues, proceder a notificar al empleado cuales son las normas internas y probar, no sólo que ha incumplido dicha normativa, sino que se la he notificado previamente de forma legal.

En segundo lugar, para que se pueda declarar como procedente el despido, se tendrá que valorar si la supervisión ejercida por el empresario ha sido la adecuada y no ha supuesto una intrusión en la vida privada del empleado. En definitiva, la empresa tiene la carga de la prueba y debe demostrar, no sólo que no había un modo menos intrusivo para comprobar los hechos, sino también que el trabajador ha estado invirtiendo gran parte de su jornada laboral en navegar por internet o en redes sociales con fines personales. Un medio de prueba sería llevar a cabo una auditoría del ordenador usado por el empleado y si la empresa puede probar el menor rendimiento de la actividad por este motivo, ésta puede proceder al despido disciplinario.

¹⁸ CUADROS GARRIDO, M. (2017), “La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017”, Revista Aranzadi doctrinal, n.11, p. 140.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010 (RJ 2010\7126). Fundamento jurídico quinto.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010 (RJ 2010\7126)

²¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de junio 1956/2016. Fundamento jurídico quinto.

Un ejemplo de ello, lo tenemos en una sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero del 2018²², en la que se declaró el despido como procedente, al haberse producido en ese caso en particular, todas las circunstancias arriba mencionadas, circunstancias que debemos aclarar, han sido establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y en virtud de las cuales puede concluirse que el comportamiento del empleado, es digno de ser sancionado con el despido.

En la misma línea, el Tribunal de Justicia en fecha 22 de marzo del 2018²³ declaró como disciplinario el despido por haber realizado el demandado, un uso excesivo de internet para fines particulares, gracias a la realización de una auditoría informática encargada por la directora de Recursos Humanos de la compañía, mediante la cual quedó constancia de que navegaba de forma continua y constante en páginas webs que no guardaban relación alguna con su puesto de trabajo, entre ellas: Facebook, Twitter, Amazon, vertele.com y diario madridista.

La auditoría se solicitó, porque se había detectado que el demandado invertía parte importante de su jornada a navegar por la red, no siendo tal actividad necesaria para la realización de sus funciones, que consistían en la remisión de encuestas de satisfacción a los clientes tras la celebración de eventos y en la realización de todos aquellos actos posteriores al mismo, dirigidos a constatar, tanto las posibilidades de mejora del servicio existentes, como el grado de satisfacción obtenido, así como la fidelización del cliente para eventos futuros.

El resultado de la investigación informática realizada corrobora el consumo de banda ancha y acceso a Internet por parte del trabajador dentro de su jornada laboral desde las 8 am hasta las 15 pm, en el periodo comprendido entre el 3 y el 26 de octubre de 2016.

Sin perjuicio de que el empleador también alegaba en su defensa la comisión por parte del empleado, de varias infracciones en relación a sus deberes como trabajador, el TSJ de Madrid ratificó la declaración de procedencia del despido disciplinario por el uso reiterado de internet para fines puramente particulares y no tuvo en consideración el resto de infracciones alegadas por la empresa, al considerar que dicho uso inadecuado era suficiente para declarar procedente el despido y el resto de incumplimientos alegados, sólo eran susceptibles de ser sancionados con medidas menos drásticas.

Además, también argumenta el Alto Tribunal que el trabajador interactuaba de forma continua y constante con los principales contenidos web que visitaba. Este comportamiento, razona la sentencia, “hay que ponerlo en relación con la entrega por la empresa, en abril de 2016, de un manual de usuario de tecnologías de la información en el que se indicaba que no estaba permitido el uso de Internet para cualquier actividad que sea lucrativa o tenga carácter comercial individual, así como para propósitos fraudulentos, publicitarios o para agraviar o propagar mensajes no relacionados con la actividad laboral”. Y en este sentido, concluye la sentencia, “que el incumplimiento producido tiene la trascendencia suficiente para convalidar la decisión extintiva, lo que lleva a confirmar la declaración de procedencia del despido disciplinario”.

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018 (RJ 119/2018).

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2018 (RJ 217/2018).

5. LA PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO POR COMENTARIOS OFENSIVOS EN REDES SOCIALES

En España, el uso de redes sociales por parte de los empleados ha generado un nuevo desafío legal en el ámbito laboral, especialmente cuando los comentarios publicados son ofensivos o perjudiciales para la empresa o sus trabajadores. La jurisprudencia española ha comenzado a abordar estos casos y a resaltar, por un lado, la importancia de que los trabajadores lleven a cabo un uso responsable de las redes sociales y, por otro lado, ha hecho especial hincapié en la necesidad de equilibrar el derecho fundamental a la libertad de expresión y el derecho a que los intereses de la empresa y de los trabajadores que trabajan en ella, sean adecuadamente protegidos.

Han sido pues los Tribunales, los que han establecido precedentes importantes sobre cuándo estos comentarios pueden ser motivo suficiente para un despido procedente. Ejemplo de ello, lo tenemos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ) que ha declarado procedente el despido de trabajadores por difundir comentarios inapropiados e insultos sobre sus responsables y compañeros de la empresa a través de las redes sociales. Esta sentencia destaca la relevancia del contenido publicado en redes y su impacto en el ambiente laboral²⁴.

Así mismo, una sentencia de 2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº2 de Palma de Mallorca²⁵, se estudió el caso de un trabajador que fue despedido tras publicar en Facebook, donde se identificaba como empleado de la empresa, imágenes burlándose de situaciones sensibles como la guerra de Siria. La sentencia respaldó el despido, subrayando la importancia de la reputación de la empresa y la sensibilidad ha tener en cuenta cuando se trata de temas tan delicados.

La sentencia dictada por el TSJ de Cataluña²⁶ falló en su día que: “si los comentarios en redes sociales son ofensivos o peyorativos y causan un daño manifiesto, el despido puede considerarse procedente”. Con todo ello, podemos poner de manifiesto que la libertad de expresión del empleado tiene límites, especialmente cuando afecta negativamente a la empresa o a sus trabajadores.

Al respecto, cabe también hacer especial mención a las sentencias del TSJ de Madrid, en concreto, resulta relevante la Sentencia 804/2019²⁷, en virtud de la cual el alto Tribunal ha indicado que el despido disciplinario es procedente en casos de “tuits” injuriosos y ofensivos contra la empresa y otros empleados. Esta sentencia recalca la seriedad de los comentarios ofensivos publicados en redes sociales y su impacto en las relaciones laborales.

El caso en cuestión, basó el despido de este trabajador en el hecho de que, durante su horario de trabajo utilizaba la red social “twitter” publicando varios comentarios que claramente hacían referencia a su puesto de trabajo. En cuanto la empresa tuvo conocimiento de los mismos, procedió a sancionarle al considerar que las ofensas verbales referentes a sus responsables y compañeros constituyen un incumplimiento contractual. En concreto, tipifica los hechos como un abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual, al realizar un uso fraudulento de los equipos y dispositivos de la empresa.

Sabemos que el derecho a la libertad de expresión no debe verse limitado a pesar de haber

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo 254/2022.

²⁵ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Palma de Mallorca de 28 de febrero 74/2018.

²⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de noviembre 6585/2015.

²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de abril 804/2019.

suscrito el empleado un contrato de trabajo, no obstante, queda dicho derecho puede llegar a quedar condicionado, al mediar entre las partes una obligación recíproca de respetar la buena fe contractual exigida por dicho vínculo contractual que les une.

Sabemos que las redes sociales “online”, son entendidas como los “servicios prestados a través de internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo”²⁸. Pero también hemos constatado que su aparición ha sido fuente de numerosos problemas en distintas ramas del ordenamiento jurídico, entre ellas en el derecho del trabajo²⁹.

Sin perjuicio de que las publicaciones en redes sociales se realizan en la práctica, dentro de un ámbito privado, existen circunstancias bajo las cuales estos actos, pueden desembocar en un despido procedente por llevar a cabo un uso inadecuado de las mismas³⁰. La jurisprudencia ha estado jugando como podemos constatar, un importante papel porque entre otras cosas, se ha tenido que ir ocupando de delimitar la frontera entre el derecho fundamental a la libertad de expresión del que gozan los empleados y los derechos e intereses de la empresa y de sus trabajadores, derechos e intereses que pueden verse seriamente afectados por dichas publicaciones.

Son varios los aspectos que los tribunales toman en consideración para determinar la procedencia o improcedencia del despido, teniendo en cuenta que en muchos casos se produce una colisión entre, por un lado, el mencionado derecho a la libertad de expresión y, por otro lado, el derecho a la intimidad del trabajador imputado y el derecho al honor y la propia imagen de la parte afectada.

Estos criterios son a grandes rasgos los siguientes ³¹:

1. En primer lugar, se tiene en consideración el contexto y también en que entorno se realizan esos comentarios. Para ello, la intención oculta del empleado existente a la hora de verter sus comentarios es de fundamental importancia, ya que delatará la finalidad perseguida a la hora de ser efectuados.

La sentencia dictada por el TSJ de Extremadura de 23 de marzo de 2017³² declaró la improcedencia del despido de una trabajadora que había sido destituida de su cargo por publicar comentarios que atentaban contra sus compañeros y también contra la propia empresa en la que trabajaba, comentarios que realizó a través de la red social “Facebook”. Según el criterio del Alto Tribunal, la trabajadora no tenía voluntad intencionada de verter ofensas contra nadie, lo cual quedó acreditado por no haberlos referidos a persona alguna en concreto. También se tuvo en cuenta la delicada situación familiar que vivía en ese momento, lo cual podría haber propiciado la manifestación de dichos comentarios como medio de desahogo.

2. En segundo lugar, el tono utilizado o el empleo de palabras ofensivas, es otro de los criterios que la jurisprudencia tiene en cuenta a la hora de determinar si se produce una causa de despido disciplinario. Al respecto, resulta relevante diferenciar si son faltas de educación o de respeto como pueden ser los insultos, que nunca quedarían justificados³³, o si

²⁸ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y EL INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN, “Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online”, 2009 (Disponible en <https://www.uv.es/limprot/boletin9/inteco.pdf> ; última consulta el 26/03/2019)

²⁹ NORES TORRES, L. E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones”, Revista de información laboral, n.7, 2016, p.24

³⁰ NORES TORRES, L. E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión...”, ob. cit., p.24 y 25.

³¹ TALENS VISCONTI, E.E., “Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en internet”, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, n.35, 2014, p.343.

³² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 23 de marzo 187/2017

³³ ANGULO GARZARO, A. Y ANGULO GARZARO, N., “Límites a la utilización de las redes...”,

por el contrario sólo son opiniones personales llevadas a cabo en virtud del derecho a la libertad de expresión.

En la práctica, existen litigios en los que no existe tal claridad dado que los tribunales consideran que la libertad de expresión ampara las críticas vertidas contra la empresa o contra los compañeros que se produzcan de manera jocosa³⁴ o en un contexto de conflicto laboral donde se buscaba el desahogo³⁵.

Pero también hay casos en los que los jueces consideran suficientemente probada la existencia de una extralimitación de la libertad de expresión, como ocurre en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de octubre de 2014, en la que se declara procedente el despido de un trabajador de la Casa Sacerdotal de la Diócesis de Ourense por haber realizado comentarios ofensivos contra la misma en una red social alegando que³⁶ “[...] es evidente que la libertad de expresión ampara la crítica, pero no las injurias ni, mucho menos, comportamientos que bien pudieran integrarse en la calumnia”. Además, considera que el acusado lo que hace es faltar al respeto a su empleadora, lanzando unas duras acusaciones, genéricas que lo único que tratan es de desprestigiarla y vulnerar su imagen de cara al público.

3. Así mismo, todo aquel que publica en una red social no desconoce el nivel de la repercusión que una publicación puede tener en tanto en cuanto muchas de estas páginas web, permiten que los comentarios y opiniones vertidos en ellas, puedan ser conocidos en cualquier parte del mundo ya que no establecen ningún tipo de impedimento para poder acceder a ellas⁷⁵.

Podríamos afirmar, que la conducta se puede considerar más o menos grave por el mero hecho de haber sido realizada a través de las redes sociales, así lo recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de marzo de 2017³⁷ cuando dispone que: “[...] la propia capacidad de difusión del comentario obsceno y ofensivo por el medio en que se realizó *-facebook-* denota la gravedad, de modo que si por ofensas verbales entendemos las expresiones orales o escritas, que implican un desprestigio o humillación moral para la persona que la sufre o recibe, aquí se produjo la conducta sancionada con el despido al bastar con una sola ofensa verbal para justificar la procedencia del mismo, siempre que se acredite la gravedad y culpabilidad exigibles; aquí esos elementos del tipo están más que acreditados, tanto por el medio en que se comete como por la difusión vertiginosa que implica”.

Ahora bien, la gravedad que supone en sí misma la utilización de las redes sociales para la publicación de comentarios sobre compañeros o jefes, puede verse graduada según los tribunales en función de las características del perfil en el que se publican (es necesario diferenciar entre los perfiles de acceso público y los de acceso cerrado o privado) y en función de los “amigos” o “followers” que se tengan en las mismas, pues la trascendencia será distinta.

En relación a la difusión pública de los comentarios, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de mayo de 2016³⁸ establece que “[...] el derecho a la intimidad, que garantiza un ámbito propio y reservado frente al conocimiento de los demás, no puede amparar la conducta de una trabajadora que insulta gravemente a otros trabajadores en una red social, a sabiendas de la difusión que habitualmente tienen estos

ob. cit., p.110.

³⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo 254/2012.

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de marzo 1431/2016.

³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de octubre 4798/2014. Fundamento jurídico cuarto.

³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de marzo 932/2017. Fundamento tercero.

³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de mayo 350/2016. Fundamento jurídico sexto.

comentarios en estas redes”.

4.- En cuarto lugar, tiene especial relevancia si los comentarios vertidos por los empleados a través de las redes sociales son realizados verbalmente o por escrito. Y es que, cuando los comentarios tienen lugar de forma verbal, la mayoría de la jurisprudencia considera menos grave la situación porque entiende, que las opiniones habladas se llevan a cabo sin un periodo de reflexión que permita valorar con mayor detenimiento, las posibles repercusiones y consecuencias que estas puedan generar³⁹. Contrariamente, cuando dichos comentarios son efectuados por escrito, los tribunales utilizan este argumento para agravar los hechos⁴⁰. De todas formas, sin perjuicio de que se produzcan por escrito o verbalmente, siempre será necesario tener en cuenta las circunstancias del caso en concreto⁴¹.

Es por lo tanto esencial dejar lo más claro posible que, aunque los empleados tienen el derecho a expresar sus opiniones, este derecho no es absoluto y puede llegar a generar sanciones disciplinarias cuando sus acciones lleguen a producir algún daño a la empresa o violen la dignidad de otros trabajadores.

6. CONCLUSIONES

El uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías, esta generado que la legislación laboral deba lidiar con nuevas situaciones que están afectando al vinculo jurídico que se establece entre el empresario y los trabajadores a los que contrata. Uno de los mayores desafíos está siendo la falta de previsión que a día de hoy encontramos en el ordenamiento jurídico, lo que genera una laguna legal que está siendo cubierta por la jurisprudencia.

Así pues, el rol que están asumiendo los jueces es primordial, puesto que, ante la falta generalizada de normativa específica en esta materia y la necesidad de establecer límites aplicables al uso de estas tecnologías, la jurisprudencia nos está proporcionando soluciones y un marco jurídico en base al cual, prever las consecuencias que conlleva la existencia de las TICs en el ámbito laboral.

Nuestra relación con la tecnología ha cambiado sobre todo a raíz de la pandemia, lo que nos ha llevado a considerar nuestros dispositivos como algo que necesitamos imperiosamente para trabajar, estudiar o para muchas más cosas. Por lo tanto, tratamos de mantenernos actualizados y preparados para un uso cotidiano cada vez más imperioso.

Las personas y las empresas están viviendo pues, un momento de transformación digital, y por eso la forma en la que interactuamos con cada nuevo avance ha cambiado la manera en la que entendemos, no solamente la tecnología, sino también el mundo. Ahora disponemos de herramientas que hace unos años eran difíciles de imaginar y que nos han hecho la vida más fácil y sencilla, generando un importante cambio de paradigma.

De entre todas las consecuencias generadas por la implantación de las nuevas tecnologías en el trabajo, destacan las alteraciones introducidas en el tratamiento de la extinción contractual y no solamente desde una perspectiva de las causas que lo justifican, sino también, en relación al modo de proceder a su comunicación a los trabajadores, así como en la manera de probar su procedencia en el caso en el que dicho despido fuese impugnado por los mismos.

Pero no solo hemos digitalizado nuestro entorno laboral, nuestro ocio pasa cada vez más por

³⁹ NORES TORRES, L. E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión...”, ob.cit.,p.34.

⁴⁰ TALENS VISCONTI, E.E., “Despido de un trabajador por comentarios...”, ob.cit.,p.346.

⁴¹ NORES TORRES, L. E., “Algunos puntos críticos sobre la repercusión...”, ob.cit.,p.37.

internet ya que las opciones se han multiplicado, por ello, en ocasiones podemos constatar que el despido de un trabajador también puede estar motivado por una trasgresión de la buena fe contractual provocada por la inadecuada utilización de los dispositivos electrónicos puestos a disposición por el empresario, en concreto, por la conexión no autorizada a internet en la jornada laboral.

Si bien hemos podido constatar que la licitud del despido disciplinario dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, el artículo 20 bis del Estatuto de los trabajadores o las disposiciones relativas a los derechos digitales introducidas en la nueva Ley de Protección de Datos⁴², no son suficientes para poder afrontar de forma más precisa, los problemas y conflictos laborales que se generan en relación al uso por los trabajadores de los dispositivos electrónicos puestos a su disposición por el empleador.

Por todo ello, y a sabiendas de que las nuevas tecnologías siguen avanzando a diario de forma vertiginosa, será preciso establecer un marco normativo más exhaustivo que facilite dirimir las controversias que genera su uso en el ámbito laboral.

Hasta ahora, nos está sirviendo como hemos ya comentado, la jurisprudencia dictada sobre esta cuestión, jurisprudencia que, por un lado, exige para fundamentar un despido disciplinario por el uso abusivo de la tecnología, que se produzca un verdadero perjuicio a la actividad empresarial y, por otro lado, que la conducta abusiva realizada por el empleado, sea reiterada en el tiempo.

Además, será necesario que el empresario en el ejercicio de su poder de control, no vulnere los derechos fundamentales del trabajador relativos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, para lo que deberá establecer y comunicar a los empleados normas restrictivas sobre el uso de los medios electrónicos propiedad de la empresa, siendo también obligatorio que la actuación de vigilancia del empresario sea idónea, necesaria y ponderada.

Dichos derechos fundamentales, tampoco se podrán ver afectados en el supuesto en el que el empresario decida despedir a aquel trabajador que haya utilizado las redes sociales para hacer comentarios ofensivos sobre la empresa o sus integrantes. Y es que los tribunales alegan que, en estos casos, será imprescindible una profunda evaluación del lugar y contexto en el que se efectuaron, de la forma en que se llevaron a cabo, de las características del perfil y del tono utilizado en los mismos, no estando amparado por ningún motivo el “derecho al insulto”.

Se deberá en consecuencia, sopesar si los comentarios se llevaron de forma oral o escrita o si el empleado cuenta o no con un gran número de seguidores, así como si su cuenta es de acceso público, en cuyo caso se estaría facilitando la difusión de esos comentarios presuntamente ofensivos.

En conclusión y a pesar de que no podemos negar que el uso de las nuevas tecnologías ha supuesto un gran cambio positivo en el ámbito de las relaciones laborales, tampoco podemos obviar que los derechos y deberes que antes de la existencia de las TICs estaban únicamente circunscritos en el seno de la relación entre trabajador y empresario, continúan estando ahí, lo que no debería implicar a que los mismos hayan de ser interpretados con una nueva perspectiva hasta ahora, prácticamente inexistente.

⁴² Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (BOE núm. 294, de 06/12/2018).

7. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS Y EL INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN, “Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online”, 2009 (disponible en <https://www.uv.es/limprot/boletin9/inteco.pdf>; última consulta el 26/03/2019).

ANGULO GARZARO, A. Y ANGULO GARZARO, N. (2017), “Límites a la utilización de las redes sociales como medio de expresión: la lesión al honor o la imagen y el despido como consecuencias indeseables”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n.43, 2017.

BARROS GARCÍA, M. (2014). “Problemas derivados de la utilización del correo electrónico e internet en el ámbito laboral” *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, 8.

BARTH, E. (2015). Informe Global de Tecnología de la Información 2015. WORLD ECONOMIC FORUM. Extraído el 10 de Enero, 2020 de http://reports.weforum.org/global-information-technology-report-2015/preface-espen-barth-eide-world-economic-forum/?doing_wp_cron=1579098783.4178259372711181640625

BLASCO PELLICER, C. (2019), “Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICS) en las reestructuraciones de las empresas”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 2, n.15.

CASTRO CONTE, M. (2016). “Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas relativas a la persona del trabajador”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.190.

CARDONA RUBERT, M.B. (2013) “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, n.1.

CUADROS GARRIDO, M. (2020). “La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017”, *Revista Aranzadi doctrinal*, n.11.

DEL PINO PADRÓN, M.C. (2022). “El impacto de las tecnologías de la información en el Derecho laboral, especial referencia a la intimidad del trabajador y el secreto de sus comunicaciones”, *Cadernos de derecho actual*, n.8.

ÉCIJA ABOGADOS. (2019). “El despido tecnológico ante la automatización del mercado laboral”, *Artículos Derecho Laboral (Disponible en <https://ecija.com/sala-de-prensa/despido-tecnologico-ante-la-automatizacion-del-mercado-laboral/> ; última consulta 20/3/2019).*

FICAPAL, P., y TORRENT, J. (2017). El trabajo en la sociedad del conocimiento Tecnologías digitales, empleo, desempleo y salarios. Universidad Oberta de Catalunya. Extraído el 22 de Diciembre, 2019. http://materials.cv.uoc.edu/daisy/Materials/PID_00245954/pdf/PID_00245954.pdf

GORDO GONZÁLEZ, L.(2017). “El Derecho del Trabajo 2.0: la necesidad de actualizar el marco de las relaciones laborales a las nuevas tecnologías”, *Revista de Información Laboral*, n.12, 2017.

NORES TORRES. L.E. (2016). “Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones”, *Revista de información laboral*, n.7.

POQUET CATALÁ, R. (2014). “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.7, p.75.

TALENS VISCONTI, E.E. (2014). “Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en internet”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n.35.

TRUJILLO PONS, F. (2016). “El uso del correo electrónico en el ambiente laboral y el modo en que éste puede afectar al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 41.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. (2013). “Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.122

LA ÉTICA EN LA CRIOGENIZACIÓN: REFLEXIONES SOBRE EL FUTURO

Emilia M^a SANTANA RAMOS
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2023
Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2023

RESUMEN: El debate en torno a la criogenia pone de manifiesto los desafíos legales y éticos en relación a la vida, la muerte y la resurrección. El transhumanismo, como movimiento filosófico, defiende la idea de mejorar la calidad de vida humana a través del uso de tecnologías avanzadas. De tal manera que, se podría trascender las propias limitaciones naturales de la condición humana, como el proceso de envejecimiento, las enfermedades y la propia muerte.

La reflexión sobre la inmortalidad cibernética y su relación con la filosofía transhumanista nos invita a cuestionar profundamente la esencia de la humanidad y el potencial de la tecnología para redefinirla.

ABSTRACT: The cryonics debate highlights the legal and ethical challenges surrounding life, death and resurrection. Transhumanism, as a philosophical movement, advocates the idea of improving the quality of human life through the use of advanced technologies. In such a way that the natural limitations of the human condition, such as the ageing process, illness and death itself, could be transcended.

Reflection on cybernetic immortality and its relation to transhumanist philosophy invites us to deeply question the essence of humanity and the potential of technology to redefine it.

PALABRAS CLAVE: Transhumanismo, criogenización, ética, autonomía de la voluntad, envejecimiento.

KEYWORDS: Transhumanism, cryogenics, ethics, autonomy of will, ageing.

SUMARIO: 1. El Transhumanismo y la evolución humana. 2. Inmortalidad anhelada: el transhumanismo como respuesta. 3. Envejecimiento y criogenización: el futuro de la longevidad. 4. La ética y su significación en el marco criogénico. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. EL TRANSHUMANISMO Y LA EVOLUCIÓN HUMANA

El creciente impacto de la tecnología en nuestras vidas ha desafiado las creencias históricas previas sobre la naturaleza de la técnica en general y la tecnología. Durante mucho tiempo, la tecnología se entendía principalmente en términos de objetos creados por el ser humano, y la técnica se limitaba a la ejecución de tareas prácticas, sin abordar las cuestiones racionales subyacentes. Esto condujo a una falta de espacios académicos dedicados a la reflexión sobre la tecnología en comparación con otros campos convencionales de estudio, como la naturaleza, la cultura, la ciencia y la sociedad.

A lo largo de la historia, se comprueba cómo desde distintos sectores se ha examinado la posibilidad de modificar o cambiar la esencia de la naturaleza humana. Este examen ha generado una amplia gama de visiones, que abarcan desde ideales utópicos hasta escenarios distópicos. Estas visiones contemplan mejoras drásticas en la existencia, la creación de sociedades perfectas, experiencias de trascendencia y control, así como avances en la calidad de vida humana en general, algunas de las cuales no siempre se basan en consideraciones puramente humanas o científicas¹.

Los avances tecnológicos nos han permitido adentrarnos en los complejos mecanismos que rigen la vida, el funcionamiento del cerebro y el organismo humano. De esta forma, es posible comprender la fragilidad biológica inherente a nuestra especie, que se evidencia en términos de salud y enfermedad, así como en la comprensión de procesos como la muerte y el envejecimiento. Todo ello, obliga a elaborar conceptos que permitan discernir lo que se considera dentro de la normalidad o fuera de ella en el amplio contexto de la naturaleza.

El transhumanismo se describe como un camino para transformar la esencia humana utilizando avances tecnológicos que potencien las habilidades físicas y cognitivas. Estos avances se aplican en diversas áreas, como el aumento de la longevidad, la mejora en aspectos físicos y de personalidad, así como la disminución del sufrimiento involuntario. Este enfoque promueve lo que se denomina “libertad morfológica”, permitiendo a las personas elegir de manera autónoma cómo desean mejorar sus vidas a través de una amplia gama de tecnologías. Estas tecnologías abarcan desde métodos para fortalecer la memoria y la concentración hasta terapias para extender la vida, opciones de reproducción selectiva, procedimientos criogénicos y otras posibles tecnologías diseñadas para realzar y alterar la naturaleza humana².

El transhumanismo provoca fuertes discrepancias de opinión en la sociedad. Mientras que algunos ven en él una amenaza para la humanidad al proponer la eliminación de lo que consideramos la naturaleza humana, hay otros que respaldan una visión optimista del mismo.

Para muchos, corrientes biotecnológicas como el transhumanismo todavía se perciben como elementos propios de la ciencia ficción. La noción de que los individuos puedan evolucionar y adquirir una naturaleza diferente ha despertado una gran expectación en el debate actual. Pues no cabe duda de que generalmente concebimos a la humanidad como una entidad acabada y definida. Sin embargo, ciertos factores, como la disminución de las grandes narrativas, la crisis de la corriente de pensamiento moderna y humanista, y los cambios provocados por la tecnología, suavizan estas perspectivas más conservadoras. La evolución de la especie humana aún no ha llegado a su conclusión; nos encontramos en un punto de transformación en nuestra evolución, y este proceso no se limita a influencias externas, sino que también involucra modificaciones internas en nuestra propia naturaleza. Los valores esenciales que guían a la humanidad y la misma naturaleza humana son flexibles y pueden cambiar con el tiempo. Por lo tanto, considerar la posibilidad de la aparición de nuevos tipos de seres humanos no es meramente una especulación sobre el futuro, sino una reflexión que concierne al presente.

¹ M.C. VIDAL ARIZABALETA. “El proyecto transhumanista. El renacimiento de una quimera: ¿nuevos humanos?”, *¿Revolucion(es) moral(es)? De la necesidad de pensar otros “mundos posibles” Una mirada reflexiva al transhumanismo*, Usta, Bogotá, 2020, p.22.

² J. GARCÍA-GUTIÉRREZ, et al. “el sujeto ético en los estudios universitarios de educación: humanismo, posthumanismo y democracia”, *Revista de Pedagogía*, vol. 69, núm. 4, 2017, p.21.

De acuerdo con Hannah Arendt, la clave para entender la naturaleza humana comienza por cuestionar si los seres humanos tienen una naturaleza o esencia de la misma manera que otros objetos o seres. Advierte que, si efectivamente tenemos una naturaleza o esencia, solo un ser divino podría conocerla y definirla, y esto implicaría tratar un “quién” como si fuera un “qué”. La dificultad surge sobre los métodos de conocimiento humano que son aplicables a objetos con características adscribibles a la condición natural de la persona, como parte de la especie más avanzada de la vida orgánica³.

El transhumanismo parte de la premisa de que la naturaleza humana es susceptible de perfeccionamiento, una idea respaldada por el humanismo. No obstante, va un paso más allá al afirmar que, mediante el uso de la ciencia y la tecnología, es posible trascender los límites naturales que antes se consideraban insuperables. Esta corriente aboga abiertamente por la tesis antinaturalista, que argumenta que la naturaleza carece de sacralidad, lo que significa que no existen obstáculos para modificarla, mejorarla o ampliarla. Se defiende, por tanto, que modificar y mejorar la naturaleza humana es un imperativo ético en relación con nuestra propia especie⁴.

El transhumanismo presenta nuevas promesas en un momento en el que las utopías anteriores han perdido su credibilidad. Estas promesas no son necesariamente más factibles que las de las utopías pasadas, pero se destacan por ser más llamativas y atractivas. Su poder radica, en gran medida, en la falta de competidores creíbles, a excepción de un resurgimiento en el ámbito religioso. No obstante, su principal atractivo reside en su habilidad para conectarse con los deseos insatisfechos de amplios sectores de la población en países desarrollados. Estos deseos, en cierta medida ambiguos, han sido enfocados por el transhumanismo en objetivos que antes parecían inalcanzables, pero que ahora se presentan como seguros y esenciales para aquellos que buscan nuevas formas de consumo o desean mantenerse al tanto de las últimas innovaciones tecnológicas⁵.

Advierte acertadamente Diéguez que el transhumanismo se manifiesta principalmente en sociedades desarrolladas. Su propósito no se limita únicamente a superar el fracaso de las utopías sobre la inmortalidad y el ser renacido, sino que también aborda las profundas inquietudes humanas en torno a la muerte y el sufrimiento. Esta filosofía se sostiene en el ideal moderno de progreso y viene avalado por los significativos avances científicos y tecnológicos. Su dualidad, al estar arraigado tanto en logros tangibles como en promesas de redención, coloca al transhumanismo dentro del contexto de las utopías.

El planteamiento ideal sobre el progreso y evolución humana nos obliga a diferenciar entre lo que podríamos llamar “progreso inherente” y “progreso deseado”. El primero hace referencia al desarrollo natural y espontáneo de las cosas, mientras que el segundo implica una intervención consciente por parte de los seres humanos para lograr avances. En este contexto, se resalta la importancia de equilibrar la estabilidad y el cambio al considerar el futuro, ya que este no está garantizado como un proceso de mejora automática. Para transformar la incertidumbre del futuro en un horizonte más claro, es necesario dar forma a la realidad presente a través de nuestras acciones y decisiones⁶.

Es relevante destacar que a lo largo de la historia, diversos filósofos han explorado la evolución de la humanidad y han tratado de anticipar su dirección futura. Esto subraya la idea de que la reflexión sobre el progreso y el futuro es un tema recurrente en la filosofía, ya que plantea cuestiones esenciales sobre la naturaleza humana y nuestra capacidad para influir en el curso de los acontecimientos.

El transhumanismo tiene como objetivo abordar las principales causas de sufrimiento en la experiencia humana, que incluyen la mortalidad, las enfermedades y el proceso de envejecimiento. Su meta fundamental es prolongar la vida de manera saludable y activa durante el mayor tiempo posible, tanto para el individuo como para sus seres queridos.

³ H. ARENDT. *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 2005, p.24.

⁴ L. FERRY. *La revolución transhumanista. Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*, MARTORELL, A. (trad.) Alianza Editorial, Madrid, 2017, p. 54.

⁵ A. DIÉGUEZ. *Transhumanismo: la búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, Herder, Barcelona, 2017, p.21.

⁶ N. BELLOSO MARTÍN, et al. “El derecho al futuro: Un nuevo ámbito para la reflexión iusfilosófica”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 17, 2022, p. 241.

Para alcanzar este propósito, se plantea la mejora de las capacidades biológicas humanas mediante el uso de la biotecnología. Se contempla la posibilidad de prolongar la vida fusionando aspectos biológicos y tecnológicos en una integración entre el ser humano y la máquina, incluso considerando la perspectiva de una existencia perpetua en un entorno digital. La criogenización también se vislumbra como una alternativa para aquellos que no tienen acceso a las innovaciones tecnológicas y aspiran a ser reanimados en el futuro con la esperanza de vivir indefinidamente.

El concepto de que los seres humanos pueden ser artificialmente mejorados para potenciar sus habilidades es un tema central en la filosofía de la tecnología y de la ciencia. Este enfoque ha llevado a los teóricos transhumanistas a proponer que la especie humana no representa el culmen de la evolución, sino más bien el comienzo de una nueva etapa en la misma. Según esta perspectiva, la naturaleza humana no se encuentra arraigada en una esencia inmutable, sino que está compuesta por características flexibles y adaptables que pueden ser alteradas⁷.

Desde la perspectiva transhumanista, si fuese posible mejorar las capacidades humanas y, por consiguiente, cambiar lo que significa ser humano, uno de los objetivos más significativos sería simplificar los contenidos mentales a operaciones lógicas y, a partir de ahí, a información que pudiera ser materializada.

2. INMORTALIDAD ANHELADA: EL TRANSHUMANISMO COMO RESPUESTA

A lo largo de la historia, el deseo de perfección, longevidad e incluso inmortalidad ha sido una constante en nuestra especie.

A través del transhumanismo como un movimiento cultural, intelectual y científico se aboga por la obligación moral de potenciar las habilidades físicas y mentales de la humanidad mediante la aplicación de tecnologías innovadoras, con el propósito de eliminar elementos no deseados y evitables de la condición humana, como el dolor, las enfermedades, el proceso de envejecimiento y hasta la propia mortalidad⁸.

El deseo de alcanzar la inmortalidad no es un fenómeno exclusivo de nuestra época. La búsqueda de la misma, propuesta por los transhumanistas carece de un propósito auténtico, ya que eliminan la significancia de la muerte sin ofrecer una alternativa con propósito⁹.

La reflexión sobre la inmortalidad cibernética y su relación con la filosofía transhumanista nos lleva a cuestionar profundamente la naturaleza de la humanidad y el potencial de la tecnología para redefinirla. En este sentido, nos planteamos sobre la posibilidad de que, en un futuro no tan lejano, podamos trascender nuestras limitaciones biológicas y convertirnos en seres “poshumanos” o “sujetos revividos”, con capacidades físicas, psicológicas e intelectuales mejoradas. Sin embargo, esta visión no está exenta de dilemas éticos y filosóficos importantes. ¿Qué significa ser humano si nuestras características fundamentales pueden ser modificadas o mejoradas a través de la tecnología?

La relación entre la filosofía transhumanista y la ciencia ficción nos recuerda que estas ideas no son nuevas, sino que han sido exploradas y debatidas durante décadas en el ámbito de la imaginación humana. La ciencia ficción nos ha brindado escenarios y reflexiones sobre las consecuencias de la búsqueda de la inmortalidad y la transformación de la humanidad, lo que nos ayuda a considerar las implicaciones éticas y sociales de estos avances¹⁰.

⁷ H. VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ. “Transhumanismo, libertad e identidad humana”, *Thémata. Revista de filosofía*, núm. 41, 2009, p.241.

⁸ N. BOSTROM. Una historia del pensamiento transhumanista, *Revista de evolución y tecnología*, vol. 14, núm. 1, 2005, pp.6-7.

⁹ A.V. BELLO. “La moral en la inmortalidad transhumanista: Consideraciones sobre la moral y la finitud a partir de una lectura del inmortal”. *Lógoi. Revista de Filosofía*, núm. 44, 2023, p. 187.

¹⁰ A.R. ESPÍRITU AVILA. “¿Es posible o no la inmortalidad cibernética?”, *Tierra Nuestra*, vol. 12, núm. 1, 2018, p. 49.

En última instancia, la discusión sobre la inmortalidad cibernética y el transhumanismo nos lleva a reflexionar sobre los límites de lo humano y a considerar cómo la tecnología puede cambiar la naturaleza misma de nuestra existencia¹¹. Es un recordatorio de que el progreso tecnológico conlleva responsabilidades éticas, que debemos abordar con un profundo sentido de la humanidad y la igualdad, para garantizar que los beneficios de estas innovaciones estén al alcance de todos.

En el campo de la búsqueda tecnológica de la inmortalidad, un área de gran interés es la terapia antienvjecimiento. En 2013, Google creó Calico, una empresa dedicada a esta investigación. Desde entonces, han surgido compañías similares en varias partes del mundo, con un enfoque particular en los Estados Unidos. Un ejemplo destacado es Human Longevity, fundada en 2013 con una inversión inicial de 300 millones de dólares¹². En un principio, se aseguraba que no tenían interés en la inmortalidad sino garantizar positivamente los efectos del envejecimiento.

Sergey Brin, uno de los cofundadores de Google y Calico, ha manifestado su intención de evitar la muerte. En el mismo sentido se expresa, Aubrey de Grey, un destacado gerontólogo y figura clave en el movimiento transhumanista¹³. Según sus teorías, la esperanza de vida ha experimentado un aumento significativo en las últimas décadas en los países desarrollados, y anticipa que los avances médicos continuarán ampliándola en el futuro, llegando a un punto en el que, por cada año que transcurra, la esperanza de vida se extenderá un año más, postergando de manera indefinida la inevitabilidad de la muerte¹⁴.

La búsqueda de la inmortalidad es un anhelo arraigado en la historia de la humanidad, y la posibilidad de alcanzarla mediante la tecnología cibernética plantea cuestiones profundamente filosóficas y éticas. En primer lugar, este deseo de inmortalidad revela una preocupación fundamental de los seres humanos por la finitud de la vida y la inevitabilidad de la muerte. A lo largo de la historia, diversas culturas y filosofías han explorado esta preocupación y han desarrollado conceptos como el alma y la mente como posibles vías hacia la inmortalidad.

El surgimiento de la tecnología cibernética como una herramienta para abordar la inmortalidad agrega una capa adicional a este debate. Implica la posibilidad de trascender las limitaciones biológicas a través de la fusión de la mente humana con la tecnología. Sin embargo, esta posibilidad plantea preguntas profundas sobre la naturaleza de la identidad y la conciencia. ¿Puede una mente transferida a una entidad cibernética seguir siendo verdaderamente "humana"? ¿Qué significa ser inmortal en este contexto?

Desde una perspectiva ética, la búsqueda de la inmortalidad cibernética también plantea preocupaciones sobre la equidad y el acceso. Si la inmortalidad se convierte en una realidad, ¿estará disponible para todos o solo para aquellos con los recursos para pagarla? Esta cuestión plantea desafíos importantes en términos de justicia social y distribución de beneficios¹⁵. En última instancia, la reflexión sobre la inmortalidad cibernética nos lleva a cuestionar nuestra comprensión de la vida, la muerte y la naturaleza misma de lo que significa ser humano. A medida que continuamos avanzando en la tecnología y explorando estas posibilidades, es cardinal que consideremos cuidadosamente las implicaciones filosóficas y éticas de nuestros esfuerzos en busca de la inmortalidad.

En un escenario en el que el transhumanismo lograra efectivamente superar la muerte, es fundamental tener en cuenta que este logro podría no estar al alcance de todos de manera equitativa. Por un lado, los partidarios de este movimiento argumentan que los

¹¹ L. LAVINA FAUSTMANN. "Transhumanismo, el último suspiro de dios: análisis del proyecto transhumanista desde la filosofía posthumanista posmoderna", *Cuadernos salmantinos de filosofía*, vol. 48, 2021, p. 290.

¹² Disponible en: <https://humanlongevity.com/who-we-are/>

¹³ M. TILVES. "Calico. La esperanza de Google para mejorar la calidad de vida en la vejez". Disponible en: <https://www.silicon.es/calico-la-esperanza-de-google-para-mejorar-la-calidad-de-vida-en-la-vejez-46454>

¹⁴ Espacio euroiberoamericano de diálogo sobre la innovación social, profesional y académica. "Calico. la empresa de Google que combatirá a la muerte". Disponible en: <https://www.iber-campus.es/calico-la-empresa-de-google-que-combatira-a-la-muerte-25531.htm>

¹⁵ F. LLEDÓ YAGÜE, O. GONZÁLEZ. "La criogenización hoy día es un acto de fe con el bolsillo lleno de posibles económicos". Disponible en: <https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/sociedad/2019/05/25/criogenizacion-hoy-dia-acto-fe-3844273.html>

beneficios no deberían discriminar a las personas por motivos de raza, género, especie, u otros prejuicios, con el fin de asegurar un acceso global y justo, permitiendo que cada individuo tenga la oportunidad de avanzar hacia un estado post-humano por sus propios medios. Sin embargo, es innegable que el problema principal radica en los recursos económicos que cada individuo posee para alcanzar esta meta, es decir, su capacidad financiera.

A pesar de que no se establece previamente que la inmortalidad deseada sea exclusiva para una élite, existe el riesgo de que solo los grupos más privilegiados tengan la capacidad de adquirir las nuevas tecnologías que extiendan su expectativa de vida. Por tanto, es prudente ser cauteloso con respecto a las aspiraciones del transhumanismo, ya que existe la posibilidad de que lo que se presenta como una solución pueda transformarse en un nuevo dilema¹⁶.

El transhumanismo tiene como objetivo abordar las principales causas de sufrimiento en la experiencia humana, que incluyen la mortalidad, las enfermedades y el proceso de envejecimiento. Su meta fundamental es prolongar la vida de manera saludable y activa durante el mayor tiempo posible, tanto para el individuo como para sus seres queridos. Para alcanzar este propósito, se plantea la mejora de las capacidades biológicas humanas mediante el uso de la biotecnología. Además, se contempla la posibilidad de prolongar la vida fusionando aspectos biológicos y tecnológicos en una integración entre el ser humano y la máquina, incluso considerando la perspectiva de una existencia perpetua en un entorno digital. La criogenización también se vislumbra como una alternativa para aquellos que no tienen acceso a las innovaciones tecnológicas y aspiran a ser reanimados en el futuro con la esperanza de vivir indefinidamente¹⁷.

La reflexión sobre el transhumanismo y sus objetivos nos lleva a considerar profundamente la naturaleza de la vida humana y nuestra relación con la mortalidad. El deseo de prolongar la vida y reducir el sufrimiento es innato en la experiencia humana, y el transhumanismo surge como una respuesta a estos anhelos universales.

La búsqueda de la mejora y la trascendencia de las limitaciones humanas a través de la tecnología nos obliga a plantearnos cuestiones sobre la ética y los valores que guían nuestra sociedad ¿Hasta qué punto estamos dispuestos a llegar en la búsqueda de la inmortalidad o la prolongación indefinida de la vida, teniendo en cuenta que la idea de fusionar la biología con la tecnología nos lleva a cuestionar nuestra identidad y lo que significa ser humano? ¿Cómo definiríamos la humanidad en un mundo donde la línea entre lo biológico y lo artificial se difumina?, ¿Mantendríamos nuestra esencia y valores humanos en un entorno digital?

3. ENVEJECIMIENTO Y CRIOGENIZACIÓN: EL FUTURO DE LA LONGEVIDAD

La superlongevidad no solo implica vivir mucho más tiempo, sino también la idea de que los seres humanos tienen el derecho de decidir cuándo y cómo poner fin a sus vidas, e incluso algunos plantean, sin una base sólida en la evidencia, la posibilidad de alcanzar la inmortalidad. Básicamente, el transhumanismo se presenta como una manera de intervenir y cambiar el curso de la evolución humana. Esto es extraordinario en el contexto terrestre, ya que ninguna otra especie animal tiene la capacidad de influir activamente en su propia evolución. Algunos de sus defensores argumentan que no solo es una posibilidad, sino también una responsabilidad moral, ya que implica la obligación de reducir el sufrimiento humano y aprovechar al máximo las oportunidades tanto naturales como artificiales, actuales y futuras¹⁸.

Los fines del transhumanismo plantean cuestiones fundamentales. La primera de ellas corresponde a la cuestión sobre qué significa exactamente “mejorar”, ya que no

¹⁶ P.H. GAJARDO JAÑA. “Matar la muerte: reflexiones sobre el transhumanismo y la técnica en perspectiva heideggeriana”, *Resonancias. Revista de Filosofía*, núm. 15, 2023, p. 78.

¹⁷ D. GARCÍA DÍAZ, et al. “Transhumanismo y deseo: una aproximación fenomenológica”, *Cuadernos de bioética*, vol. 32, núm. 105, 2021, p. 162.

¹⁸ Disponible en: <https://www.teseopress.com/mejoramientogenetico/chapter/el-transhumanismo/>

específica en qué aspecto se busca la mejora. La segunda cuestión es que no se precisa la persona o entidad que sería responsable de establecer los criterios para determinar quiénes necesitan mejorar y quiénes están en una condición adecuada. Esto da lugar a la pregunta sin respuesta de cómo tratar a aquellos que podrían beneficiarse de mejoras, pero se oponen a ellas: ¿deberían ser obligados, excluidos o se respetaría su libertad de elección?¹⁹.

Se pone de manifiesto que los seres humanos han buscado mejorar sus capacidades físicas e intelectuales mediante medios naturales o tecnológicos, como el uso de hierbas medicinales o gafas, audífonos, prótesis y cirugías de bypass. Sin embargo, el transhumanismo se diferencia sustancialmente de estas aspiraciones personales e individuales, ya que se enfoca en la mejora de toda la humanidad en su conjunto.

No cabe duda de que el transhumanismo se encuentra en el centro de la atención pública, dominando nuestras discusiones y nutriendo las aspiraciones personales y empresariales del futuro. Los avances del progreso tecnológico sin límites tienen como respuesta lógica visiones extremadamente optimistas del transhumanismo.

El envejecimiento, que se conoce como senescencia, es un fenómeno natural que impacta a los organismos a medida que transcurre el tiempo. Este proceso conlleva una serie de alteraciones tanto en la forma como en el funcionamiento del organismo debido al transcurso del tiempo. Se caracteriza por ser un fenómeno universal, irreversible, diversificado e individual, intrínseco y en última instancia mortal. El envejecimiento se ve influenciado por diversos factores, tanto internos como externos, que contribuyen a su desarrollo. Estos cambios se manifiestan a nivel molecular, celular y de los órganos y se presentan de manera única en cada persona.

La percepción de la vejez ha experimentado cambios a lo largo del tiempo, en gran parte debido a los roles y estereotipos arraigados en diferentes culturas y contextos históricos. Es innegable que el envejecimiento de la población se ha convertido en uno de los desafíos más prominentes en el ámbito de las políticas sociales y económicas de este siglo.

En la sociedad actual, analizar la tecnología nos lleva a reflexionar profundamente sobre la esencia de la humanidad y la interacción de los seres humanos con el entorno artificial que han creado. En este contexto, el transhumanismo emerge como un enfoque central que se dedica principalmente a explorar las oportunidades que la tecnología ofrece para trascender nuestra condición evolutiva actual y avanzar hacia un estado mejorado, e incluso, hacia una realidad posthumana.

El transhumanismo ha ganado una gran expectación en la actualidad gracias a las declaraciones optimistas de los futuristas tecnológicos. Si el proceso de envejecimiento es resultado de mecanismos biológicos, sin importar lo complejos que puedan llegar a ser o si están relacionados con la selección natural o genética, algunos sectores del transhumanismo ya plantean la posibilidad de tener influencia sobre el proceso de muerte natural.

Incluso en el escenario menos favorable, en el que los mecanismos de envejecimiento estén determinados por genes que tienen efectos secundarios negativos, lo que podría resultar en consecuencias no deseadas en otras áreas importantes de la vida humana, los tratamientos anti-envejecimiento seguirían siendo viables, aunque con desafíos adicionales. Se anticipa que los avances médicos alcancen un nivel en el cual sea posible rejuvenecer todas las células del cuerpo, incluyendo las del cerebro. En consecuencia, si la persona no enfrenta ningún percance, se plantea que la muerte se alejará indefinidamente en su futuro.

En síntesis, la técnica modifica el entorno de manera que se ajuste a las necesidades humanas, aportando un elemento de humanización en este proceso. Como resultado, la técnica tiene la capacidad de conseguir tres objetivos principales: asegurar que se satisfagan las necesidades, alcanzar esta satisfacción con un esfuerzo mínimo y generar objetos que abran nuevas posibilidades para las personas²⁰.

Desde una perspectiva sociológica, se argumenta que la vejez es una consecuencia de las transformaciones estructurales que se han producido en la sociedad, principalmente

¹⁹ Z. PUGLIESE. “Transhumanismo: Una promesa de mejoramiento humano carente de fundamento ético”, *Nuevo pensamiento*, vol. 10, núm. 16, 2020, p. 434.

²⁰ P. SANCHIS MATOSES. “Ortega y Gasset, J. Meditación de la técnica”, *Scio: revista de filosofía*, núm. 10, 2014, p. 188.

impulsadas por la disminución de la tasa de natalidad y el aumento de la esperanza de vida. Esto ha dado lugar a una sociedad en la que la proporción de personas mayores supera cada vez más a otros grupos de edad, situando a la población envejecida en la parte superior de la pirámide demográfica.

Desde una perspectiva antropológica, se reconoce que la vida humana, al igual que la vida en la órbita planetaria, sigue un ciclo natural que incluye un principio y un final. Aunque pueda resultar difícil aceptar esta realidad, es indiscutible que la vida humana, al igual que cualquier otra forma de vida, atraviesa diversas etapas orgánicas que finalmente culminan en la muerte natural.

Se ha identificado que existen tres edades: una edad cronológica que se manifiesta en la cantidad de años vividos, una edad biológica que se refleja en el proceso de envejecimiento físico y, por último, una edad social que se manifiesta a través de actitudes y comportamientos considerados apropiados para una determinada franja de edad.

Los avances tecnológicos y la mejora constante en la calidad de vida en las sociedades modernas han contribuido al aumento de la esperanza de vida de las personas. No obstante, esta realidad conlleva un cambio de paradigma inevitable, ya que la longevidad requiere una atención especial, así como la implementación de medidas que aseguren la completa integración de las personas en el proceso de envejecimiento natural en la sociedad.

Desde una perspectiva bioquímica, es fundamental subrayar que la muerte no debe ser considerada como una enfermedad, ni es apropiado denominar a un cuerpo que ha sido sometido a criopreservación como un paciente. La muerte representa la completa e irreversible cesación de todas las funciones vitales del organismo, marcando el fin de la actividad biológica.

El diagnóstico de la muerte se basa en dos criterios principales: la pérdida irreversible de la circulación sanguínea y el cese de todas las funciones cerebrales, incluyendo el tronco encefálico. Una definición ampliamente aceptada, particularmente entre neurólogos, establece que la muerte ocurre cuando la pérdida irreversible de la conciencia se manifiesta²¹.

En este contexto, se plantea la cuestión sobre si los cambios bioquímicos que tienen lugar durante el proceso de la muerte y los daños celulares resultantes, como la necrosis, podrían eventualmente ser revertidos o reparados en el caso de que un cuerpo criopreservado sea revivido en el futuro.

La criogenia se refiere a la práctica de conservar un cuerpo mediante la congelación con el propósito de resucitarlo en el futuro. Legalmente, este proceso debe iniciarse de inmediato después de que se haya declarado que una persona ha fallecido, con el fin de prevenir posibles daños cerebrales que pueden ocurrir de manera rápida, generalmente en un lapso de cinco a diez minutos después de la muerte. El propósito fundamental de la criogenia es suspender la vida cuando esta se encuentra amenazada por una enfermedad incurable, con la esperanza de que en el futuro se pueda encontrar una cura para esa enfermedad²².

Es lógico pensar que las nuevas tecnologías y los avances médicos han contribuido gradualmente a mejorar la calidad de vida social, personal y de salud de las personas. A raíz de esto, la percepción de la vejez debería evolucionar y dejar de verse como una etapa debilitante, tanto física como psicológicamente, para ser considerada como una fase que enriquece la comunidad y que, en muchas ocasiones, puede ser muy gratificante. Sin embargo, es importante destacar que los avances médicos no llegan a todas las dolencias ni son capaces de resolver fácilmente la pérdida de vitalidad, movilidad o incluso habilidades básicas en la vejez. Enfermedades graves que afectan tanto física como mentalmente pueden convertir la vejez en un desafío difícil de superar para mantener una vida estable y cómoda²³.

²¹ Ó. MONJE BALMASEDA. "Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos: el derecho a vivir después de la muerte (la brecha entre la vida y la muerte se reduce...)", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 13, 2018, p. 369.

²² *Ibidem*, p.370.

²³ M.C. FERNÁNDEZ ALONSO. "Porqué envejecemos y cómo la ciencia trata de impedirlo", *Fronteras de la Ciencia*, núm. 3, 2018, p. 19.

A medida que ocurre el proceso de envejecimiento, las células madre experimentan una reducción en su capacidad para regenerar tejidos y para dar origen a células especializadas en diversos tipos de tejidos. Este declive está asociado con la pérdida de salud y funcionalidad en los tejidos. Se han observado una serie de cambios específicos relacionados con el envejecimiento, que abarcan modificaciones en la actividad de las células madre, su capacidad y tendencia a diferenciarse en múltiples direcciones, la proliferación de grupos de células idénticas y la infiltración de células del sistema inmunológico²⁴.

En este contexto, es básico reconocer que el envejecimiento es una realidad innegable y un proceso necesario para todos los seres vivos. Las células vivas, de manera inevitable, disminuyen gradualmente su actividad hasta llegar a su última fase de existencia, que culmina con la muerte. En la mayoría de los casos, este ciclo vital concluye de forma natural cuando el individuo alcanza una edad relativamente avanzada.

Es relevante destacar que la criogenia se lleva a cabo después de que se ha declarado que una persona ha fallecido, y es importante subrayar que la detención de los latidos cardíacos y la respiración no se considera equivalente a la muerte biológica desde una perspectiva legal. En el marco legislativo en España, una persona se considera fallecida cuando se ha producido la muerte cerebral, que se diagnostica mediante la ausencia de actividad cerebral, como se evidencia en un electroencefalograma.

En la actualidad, la criogenización despierta reflexiones controvertidas desde varias perspectivas, desde la bioética, la filosofía y el ámbito legal. Los avances tecnológicos en sociedades avanzadas han planteado la posibilidad de preservar cuerpos o tejidos humanos a temperaturas extremadamente bajas con la esperanza de que, en el futuro, gracias a los avances científicos y tecnológicos, sea factible resucitar y tratar a la persona por las condiciones que causaron su muerte.

Esta práctica genera debates éticos y legales de gran envergadura dando lugar a numerosos cuestionamientos en los ámbitos legales y éticos que atraen la atención de cualquier observador interesado en esta impactante realidad social. La reflexión sobre este tema permanece abierta, y los avances en la investigación biotecnológica, especialmente en el campo de la “medicina regenerativa”, evolucionarán gradualmente con el tiempo. Actualmente, la criogenia es vista como una posibilidad lejana: se estima que pasarán muchos años antes de que se logre una implementación viable de esta técnica²⁵.

La criogenia, en el contexto de los debates actuales, se percibe a menudo como una respuesta que proviene de la utopía o de la ciencia ficción. Lo que se destaca de manera unánime en las conversaciones sociales es que esta práctica plantea una serie de cuestionamientos éticos que abordan temas relacionados con la vida, la muerte y la esencia misma de la existencia humana²⁶.

La criogenia, como práctica, implica la conservación de un cuerpo a través de la congelación con la finalidad de resucitarlo en el futuro. Desde una perspectiva legal, este proceso debe llevarse a cabo inmediatamente después de que una persona ha sido declarada muerta, con el fin de prevenir posibles daños cerebrales que pueden ocurrir en un corto período de tiempo, generalmente entre cinco y diez minutos después de la muerte. El objetivo de la criogenia es suspender la vida en casos de enfermedades incurables, hasta que se encuentre una cura. Sin embargo, es fundamental destacar que la criogenia se realiza después de que una persona ha sido oficialmente declarada muerta, y la detención de latidos cardíacos y la respiración no se considera equivalente a la muerte biológica. Desde una perspectiva legal, una persona se considera muerta cuando se ha producido la

²⁴ A. BRUNET, et al. “Envejecimiento y rejuvenecimiento de células madre tisulares y sus nichos”, *Reseñas de la naturaleza Biología celular molecular*, vol. 24, núm. 1, 2023, p. 48.

²⁵ F. AZEVEDO PINHEIRO. “El debate filosófico en torno a crionía y la identidad”. Disponible en: <https://www.tomorrow.bio/es/post/el-debate-filos%C3%B3fico-en-torno-a-la-crionica-y-la-identidad-2023-05-01>

²⁶ F. LLEDÓ YAGÜE. “Criogenización: el derecho a la vida después de la muerte, ¿fantasía o realidad?”, *Fronteras de la Ciencia*, núm. 3, 2018, p. 248.

muerte cerebral, lo cual se diagnostica mediante la ausencia de actividad cerebral detectable en un electroencefalograma²⁷.

Estamos presenciando cómo el campo del Derecho está adaptándose para abordar los nuevos desafíos que plantean la Biotecnología, la Epigenética y la reprogramación celular. Desde varios sectores apuntan sobre la posibilidad de que nuestro futuro sea muy alentador si conseguimos gestionar estas innovaciones tecnológicas de manera prudente y equilibrada²⁸.

En diversas áreas del Derecho, la muerte de una persona ha sido y seguirá siendo un tema central que involucra una serie de relaciones legales conocidas como “mortis causa”. Cuando se enfrenta el complejo problema del final de la vida humana, lo primero que se debe considerar es la existencia de un cadáver, que es la entidad física que antes albergó la personalidad de la persona fallecida²⁹. El ordenamiento jurídico debe tener en cuenta la situación y el destino de este cadáver.

Cuando analizamos el significado de la muerte desde la óptica del sujeto, considerando sus situaciones personales y su percepción del tiempo, el componente biológico se convierte en simplemente un elemento que contribuye a definir la muerte. Advierte Ferrater, en este sentido, que si vemos al ser humano como esencialmente material, formado en su mayoría por elementos físico-químicos, entonces la muerte humana se reduce al mero fin de esa entidad, dado que los componentes materiales del individuo habrán cesado de existir³⁰.

Desde una perspectiva legal, es importante preguntarse sobre la consideración y el estatus de los restos mortales de una persona, qué acciones legales se pueden o deben tomar con respecto al cuerpo fallecido, quién tiene el derecho o la autoridad para tomar decisiones sobre el cadáver, en qué forma y con qué limitaciones, si las hay. También es relevante determinar si los familiares tienen algún derecho sobre el cuerpo del difunto, si una persona puede disponer de su propio cuerpo después de la muerte y si es posible el comercio de cadáveres o restos mortales³¹.

La criogenización, desde luego, plantea interrogantes sobre la posibilidad de “despertar” en un futuro desconocido y cómo sería vivir en un mundo radicalmente diferente al que conocemos. Indiscutiblemente, el transhumanismo nos desafía a reflexionar sobre lo que valoramos en la vida; nos induce a equilibrar el deseo de mejorar nuestras vidas con las implicaciones éticas y filosóficas de trascender las limitaciones humanas.

En la misma línea, se despiertan otras reflexiones en torno a la naturaleza de la identidad y la conciencia. Si la ciencia cumple sus profecías y en un futuro incierto una persona revive después de estar criogenizada, las preguntas inmediatas serían ¿podrá recordar quién era? ¿mantendrán sus rasgos identitarios y personales? Estas, y otras cuestiones, nos conducen a plantearnos la inescindible relación existente entre la conciencia y el cuerpo.

Los partidarios de la criogenización argumentan que, si se realiza bajo las condiciones adecuadas, se pueden preservar la identidad, la memoria y la personalidad del individuo criogenizado. Estos aspectos se considera que están almacenados en la estructura y la química cerebral. En consecuencia, se sostiene que la persona conservaría los recuerdos de sus experiencias pasadas hasta el momento de su muerte, su conciencia sobre sí misma y su patrón de actividades, pensamientos, sentimientos y comportamientos característicos en ese momento³².

²⁷ F. LLEDÓ YAGÜE, O. MONJE BALMASEDA. “La criogenización: el vencimiento de la muerte, los derechos del ser criónico renacido”, *Revista derecho genoma humano*, núm. 50, 2019, p. 117.

²⁸ F. LLEDÓ YAGÜE, S. INFANTES ESTEBAN. *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos. El Derecho a vivir después de la muerte*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 21.

²⁹ L. GERMÁN ORTEGA-RUIZ, S.A. DUCUARA MOLINA. “El cadáver humano y su incidencia jurídica”, *Verba Iuris*, núm. 42, 2019, p.78.

³⁰ J. FERRATER MORA. “La muerte humana”, *El sentido de la muerte*, Buenos Aires, 1947, p.185.

³¹ F. LLEDÓ YAGÜE, S. INFANTES ESTEBAN. *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos. El Derecho a vivir después de la muerte*, cit., p. 39.

³² V. GARCÍA HERRERA. “La criogénesis: un servicio ¿de ciencia o ficción?”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 16, 2020, p. 35.

La práctica de la criogenización surge como una respuesta a la aspiración humana de vencer la inevitabilidad de la muerte. Sin embargo, desde una perspectiva legal, se plantea una incertidumbre en cuanto a cómo se manejarán los derechos en el futuro una vez que una persona haya fallecido y perdido su capacidad jurídica. La muerte implica la cesación del reconocimiento legal de los derechos de una persona, lo que crea un desafío en cuanto a cómo se restablecerán y justificarán esos derechos si la persona es revivida después de la criogenización.

La legislación en España no aborda ni regula la criogenización. En el marco legal del país, esta técnica no se menciona como un método para conservar temporalmente un cuerpo después del fallecimiento, tampoco se prohíbe por razones de orden público o éticas, ni se la considera como una actividad comercial relacionada con los cuerpos que se someten a criopreservación³³.

Este planteamiento podría ser superado, en relación al contenido del artículo 32 del Código Civil, donde reconoce que la personalidad llega a su fin con el fallecimiento de la persona. En este sentido, habría que matizar que la “personalidad legal”, definida en términos jurídicos, no concuerda totalmente con la personalidad en su sentido científico.

Desde una perspectiva científica, la personalidad se refiere al conjunto de actitudes, pensamientos y comportamientos que caracterizan a un individuo en un momento específico. En términos legales, la personalidad se desglosa en dos aspectos: la capacidad jurídica o de goce, que se relaciona con la habilidad para poseer y disfrutar de los derechos, y la capacidad de obrar o de ejercicio, que se relaciona con la aptitud para ejercer los derechos y celebrar actos legales.

La capacidad jurídica se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez que el individuo se ha separado completamente del seno materno, según lo establecido en el artículo 29 del Código Civil. La capacidad de obrar se alcanza a los 18 años, es decir, al llegar a la mayoría de edad, a menos que una sentencia judicial firme prive al individuo, total o parcialmente, de esta capacidad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 199, 315 y 322 del Código Civil.

Ambas capacidades, que componen la personalidad, terminan con el fallecimiento de la persona, según lo establecido en el artículo 32 del Código Civil. Una vez que la persona ha fallecido, deja de ser considerada como tal y se convierte en un cadáver.

Es relevante considerar la considerable inversión que se está realizando en la investigación y desarrollo de la criogenización. Esto suscita preocupaciones acerca de la posible disminución de recursos económicos disponibles para garantizar el bienestar presente de las personas.

El aumento en el interés por la criogenización ha dado lugar a numerosos dilemas legales, en gran medida debido a la carencia de regulaciones específicas en la mayoría de los países a nivel global. Mientras que en algunos países, como Estados Unidos y Rusia, se permite la práctica de la criogenización, en otros, como Canadá, está prohibida de manera explícita. Esta falta de coherencia en las regulaciones crea incertidumbre y plantea desafíos legales significativos en lo que respecta a la criogenización.

En la legislación española, actualmente, no se hace referencia alguna a la criogenización de seres humanos, lo que crea un vacío legal en este ámbito. El Decreto 2263/1974, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, establece en su artículo 6 que “Sin perjuicio de lo establecido por la legislación especial vigente sobre obtención de piezas anatómicas para trasplante y utilización de cadáveres para fines científicos y de enseñanza, el destino final de todo cadáver será uno de los tres siguientes: 1) enterramiento en un lugar autorizado; 2) incineración; 3) inmersión en alta mar”³⁴.

El avance del derecho ha estado históricamente vinculado a los progresos científicos, lo que ha dado lugar a la creación de categorías legales firmes y a un enfoque dogmático y positivista en la resolución de disputas legales. Esta falta de flexibilidad puede tener

³³ F. LLEDÓ YAGÜE, O. MONJE BALMASEDA. “La criogenización: el vencimiento de la muerte, los derechos del ser criónico renacido”, cit., p.138.

³⁴ Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1974-1358>

ventajas y desafíos. Por un lado, las categorías legales han proporcionado una base sólida para organizar prácticas comunes y decisiones judiciales, lo que garantiza la seguridad jurídica en la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, en contextos como la criogenización, la formulación de derechos relacionados con el envejecimiento, la vida y la muerte, la introducción de nuevos conceptos podría generar incertidumbre acerca de la efectividad de estos enfoques y plantear posibles complicaciones adicionales.

En este sentido, la criogenización se configura como un claro paradigma de cómo el avance científico y tecnológico obligan a reflexionar los valores de justicia y ética en relación con la vida y la muerte.

4. LA ÉTICA Y SU SIGNIFICACIÓN EN EL MARCO CRIOGÉNICO

A lo largo de los tiempos, la humanidad ha emprendido esfuerzos para eludir la muerte y alargar la existencia en la medida de lo posible. En épocas anteriores, el objetivo ha sido alcanzar la inmortalidad. En la actualidad, existen individuos que sostienen la idea de que la inteligencia artificial no solo puede ser útil para prolongar nuestra vida, sino que incluso podría proporcionar la opción de decidir cuándo deseamos fallecer.

Hasta ahora, los avances en inteligencia artificial se han enfocado en replicar la parte lógica del cerebro en lugar de su aspecto emocional. Hossein Rahnama, un profesor del Instituto Tecnológico de Massachusetts, sostiene que la idea de transferir nuestra conciencia con un simple botón es altamente improbable. Por lo tanto, está trabajando en lo que él denomina “eternidad aumentada”, que implica la creación de una versión digital de nosotros mismos que pueda retener nuestras emociones. Esto abriría la posibilidad para que las generaciones futuras interactúen con esta réplica digital y obtengan beneficios de ella³⁵.

En la actualidad, uno de los dilemas éticos en relación con la técnica criogénica está vinculada a la posibilidad de estafar a las personas que se someten a la criogenización. La razón de esto radica en que se les cobra por un servicio y procedimiento cuyos resultados no solo son inciertos, sino que tampoco se puede predecir cuánto tiempo llevará ver si tienen éxito o no. Las empresas aún se enfrentan desafíos para resolver los daños que sufren los cuerpos criogenizados debido a la formación de cristales de agua en las células, un problema que solía ocurrir antes del desarrollo de la vitrificación. Otras inquietudes se basan en la situación que enfrentarán las personas una vez que sean reanimadas. Es probable que carezcan de familiares, propiedades y conocimiento de la cultura y sociedad futuras, lo que podría generar problemas psicológicos, estrés e incluso la posibilidad de contraer nuevas enfermedades en cuerpos humanos no adaptados a los virus y bacterias de ese momento³⁶.

A pesar de estos desafíos éticos, se argumenta que las personas sometidas a la criogenización han expresado su voluntad y consentimiento a través de contratos escritos. Los debates éticos, religiosos y morales se consideran de menor importancia, ya que se basan en la autonomía de la voluntad y la auténtica autodeterminación con respecto a sus propios cuerpos.

En última instancia, incluso si se superaran todas estas dificultades, se plantea la pregunta fundamental de si la experiencia de alcanzar la “vida eterna” sería realmente valiosa. Se sostiene que esto solo sería posible para un grupo selecto de personas con poder, riqueza o valor para los Estados, lo que lleva a replantear debates sobre la apreciación de la diversidad, la no discriminación, la inteligencia y la creatividad de las personas, así como el aumento de la población a través de la nanotecnología, que mantendría la inmunidad al envejecimiento y, en última instancia, la inmortalidad.

³⁵ M. DE DIEGO CERREZO. La inteligencia artificial da pasos hacia la inmortalidad a través de avatares humanos, 2022. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20220208/documentos-tv-inteligencia-artificial-hacia-inmortalidad-personas/2238530.shtml>

³⁶ A.M. LOVAT. “Ectogénesis y criogenización humana. Desde el inicio del ser hasta su reanimación tras la muerte. Principios éticos y criterios de convergencia”, *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, año IV, núm. 1, 2016, p. 42.

La relación entre los seres humanos y la tecnología ha sido siempre de interdependencia. Actualmente, se encuentra ampliamente aceptado que prácticamente todos los avances contemporáneos se deben en gran medida al desarrollo de la tecnociencia o, al menos, a alguna forma de aplicación tecnológica. Un aspecto especialmente fructífero ha sido la interacción entre diferentes formas de humanismo y el pensamiento tecnocientífico. Esto se debe en gran parte a que la acción tecnológica, si se considera únicamente desde una perspectiva estrecha centrada en los artefactos tecnológicos, implica inherentemente la invención o creación inicial de máquinas y, por lo tanto, la construcción de un entorno social y artificial³⁷.

En lo que respecta al mejoramiento humano radical, es relevante señalar que esta búsqueda no es de origen reciente. Durante un largo período, los seres humanos han tenido el deseo de trascender las restricciones impuestas por la naturaleza y de ejercer un mayor control sobre su propio destino. No obstante, lo que marca una diferencia considerable en la actualidad es la intensidad y la atención deliberada con la que se está persiguiendo este mejoramiento biomédico³⁸. A lo largo de la historia, los seres humanos han intentado en vano encontrar una explicación para su condición de seres mortales y han soñado con la posibilidad de descubrir una fuente que les otorgue juventud eterna. Ante la inevitabilidad del envejecimiento y la muerte, hemos recurrido tradicionalmente a relatos épicos y a la antigua mitología para crear narraciones heroicas; en ellas los protagonistas luchan incansablemente por alcanzar un nivel de inmortalidad que generalmente se reserva a los dioses. Estos mitos ancestrales y la narrativa de ficción contemporánea han plasmado la inquietud existencial de la humanidad y su insatisfacción frente a la certeza de su finitud³⁹.

Dentro del marco criogénico, se pone especial énfasis en la relevancia de la libertad individual en la vida de las personas y en su interacción tanto con el ámbito jurídico como con la colectividad. Se sostiene que el Derecho es una herramienta diseñada para resguardar la libertad inherente al ser humano, posibilitando que este se desenvuelva como un individuo con su propio proyecto de vida. En consecuencia, se postula que la libertad se erige como el factor distintivo que caracteriza a una persona en su totalidad, permitiéndole destacarse entre las demás individuos que coexisten.

La criogenización genera interrogantes sobre su aplicabilidad a seres humanos. Se describe como un conjunto de procedimientos médicos diseñados para preservar a personas que han sido declaradas clínicamente muertas debido a diversas enfermedades, con la esperanza de que en el futuro los avances tecnológicos y médicos permitan su recuperación. En la actualidad, hay aproximadamente 2000 individuos en todo el mundo que han experimentado el proceso de criogenización, lo que evidencia que, aunque sea una práctica restringida, es una realidad en la sociedad⁴⁰.

Resulta necesario señalar que, en este contexto, no nos referimos tanto a personas que han sido criogenizadas como tal, sino más bien a cadáveres que han sido sometidos a este proceso después de la confirmación de su fallecimiento. Los debates relacionados con esta técnica son variados, y uno de los temas más críticos es la determinación del momento de la muerte biológica.

La pregunta clave es si la muerte clínica, definida como la detención del corazón y la respiración a pesar de que la actividad cerebral continúa, es suficiente para considerar que una persona ha fallecido, o si es necesario aguardar hasta que cese por completo la actividad cerebral.

Esta cuestión es de vital importancia en el contexto de la criogenización, ya que para que el procedimiento sea efectivo, la congelación debe realizarse dentro de los primeros 10

³⁷ J. PIEDRA ALEGRÍA. "Transhumanismo: un debate filosófico", *Revista Praxis*, núm. 75, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.15359/praxis.75.3>

³⁸ N. AGAR. *Truly Human Enhancement. A Philosophical Defense of Limits*. Cambridge (Massachusetts)-London: The MIT Press, 2014, p.1

³⁹ F. LLANO ALONSO. *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 72.

⁴⁰ J. BENÍTEZ. Hay 2.000 personas criogenizadas en el mundo. ¿Qué pasaría si despiertan?. Disponible en: <https://www.elmundo.es/papel/historias/2019/02/18/5c66e5cdfc6c832e188b46a9.html>

minutos después de que se haya confirmado la muerte del individuo, con el propósito de evitar daños irreparables en las células.

El tema del derecho a una muerte digna ha sido objeto de debates profundos, en los que se analiza si debe ser considerado como un derecho individual o si merece ser reconocido como un derecho fundamental en sí mismo. La aparición de la criogenización plantea una nueva situación que se deriva directamente del concepto de dignidad humana: destaca la imperiosa necesidad de reconocerla como un elemento fundamental en la protección de los derechos personales. Se resalta la responsabilidad en asegurar el pleno desarrollo personal como una salvaguardia esencial de la libertad que todos los individuos deben tener al tomar decisiones relacionadas con su propia vida. En este contexto, la autonomía de la voluntad, la dignidad y la libertad se convierten en elementos de gran relevancia, todos ellos centrados en el principio fundamental del libre desarrollo de la personalidad.

Como hemos venido defendiendo, la consideración de cuestiones éticas en el marco de la criogenización plantea dilemas complejos. El proceso de criogenización va más allá de aspectos puramente científicos o técnicos, ya que también implica reflexiones éticas y morales que afectan de manera significativa la esfera personal de los individuos y sobre las decisiones personales, sin olvidar el coste económico que supone la inversión.

La criogenización busca, a través de congelar a una persona, la esperanza de resucitarla en el futuro, ya sea en un plazo determinado o incierto. El objetivo es que, con el tiempo, se desarrolle una cura para la causa de su muerte o se logre extender artificialmente la vida, posiblemente mediante la implantación de nanorrobots para prevenir el envejecimiento de ciertas células del cuerpo humano. Sin embargo, no existe ninguna garantía absoluta de que la persona criogenizada pueda ser revivida con éxito.

Esta posibilidad que ofrece la ciencia y la medicina plantea la perspectiva de que los seres humanos puedan vivir más allá de la muerte, en un futuro incierto pero concebible, superando el límite natural de la vida y acercándose a la ansiada inmortalidad. Se trata de prolongar la vida en el mejor estado físico y mental posible, en lugar de simplemente prolongar una vida no deseada, y se considera la posibilidad de reemplazar tejidos dañados. Sin embargo, esta oportunidad de regresar a la vida no es tan perfecta como parece. Pues de entrada, se desconoce cómo se va a procesar la función orgánica de la persona, pues llegados a este punto, se podría hasta intuir la implementación de elementos robóticos que cumplan con las funciones del cuerpo.

Surge el problema de que, en caso de que la persona sea revivida en algún momento, podría enfrentar sentimientos encontrados al verse obligada a vivir en un mundo que ha cambiado significativamente desde su muerte.

Entra dentro de lo posible que sus conocimientos puedan ser obsoletos y sus capacidades físicas y mentales limitadas, lo que le llevaría a una situación abrumadora, desde donde se plantea la cuestión de la regulación de la eutanasia.

A lo largo de la historia, se ha concebido el derecho subjetivo como la capacidad o facultad que una persona posee debido a su reconocimiento en las leyes y regulaciones. Esto implica que un derecho subjetivo se compone de dos elementos distintos: uno interno, que se origina en la intención o preferencia de un individuo, y otro externo, que proviene de la autorización otorgada a una persona para exigir que otra respete su voluntad.

El derecho a la autonomía tiene una dimensión bidireccional, ya que se relaciona tanto con la libertad humana como con la dignidad. Sin embargo, es crucial destacar que, a pesar de que el ser humano se considera un ser autónomo e independiente, su identidad está estrechamente vinculada a su entorno social y cultural. En este sentido, la autonomía individual se ve influenciada por los valores y las normas de la sociedad en la que se encuentra.

En una perspectiva contemporánea, la autonomía se ha desvinculado de cualquier implicación ontológica y se basa en la capacidad de razonamiento de la persona. En este contexto, la autonomía se define como la capacidad de una persona para tomar sus propias decisiones, siempre y cuando no cause un daño significativo a terceros. Esto implica que la autonomía no supone que una persona siga sus propias reglas sin tener en cuenta las conexiones y limitaciones sociales, que son fundamentales para la interacción en sociedad de manera libre.

La inevitabilidad de la vida y la muerte plantean la cuestión fundamental de cómo una persona, con plena conciencia, elige enfrentar su propio fallecimiento. En este contexto, la capacidad de autogobierno de la persona cobra una gran importancia, ya que cuando se toma una decisión sobre un futuro incierto, es esencial ser cuidadoso con lo que se desea.

Para abordar este tema, es necesario considerar tres perspectivas fundamentales. En primer lugar, se encuentra la persona como titular de derechos, quien debe tener el poder de tomar decisiones respecto a su propia vida y muerte. En segundo lugar, los profesionales de la salud tienen la responsabilidad de cumplir con nuevos deberes relacionados con estas decisiones. Por último, se requiere una normativa que garantice la realización de estos derechos en un marco legal sólido y seguro.

En principio, este reconocimiento de la autonomía personal no debería generar controversias en nuestra cultura jurídica, dado que la dignidad se considera un valor intrínseco e indivisible de la libertad y la autonomía individual. En este contexto, la dignidad no es simplemente un ideal social, sino un principio que debe ser respetado y promovido en la relación entre los profesionales de la salud y los pacientes, especialmente en lo que respecta a la información y al consentimiento informado. Esto implica proteger la dignidad personal y la autonomía de los pacientes en todo momento.

En el ámbito de la medicina y la ciencia, la relevancia de la autonomía personal se manifiesta en diversas dimensiones, especialmente en el contexto de la atención médica. En el caso de la criogenización, nos encontramos ante una expresión de la voluntad de un individuo que establece instrucciones específicas para un futuro incierto. En este contexto, los individuos tienen el derecho de tomar decisiones informadas acerca de su propia salud y bienestar, así como de determinar qué sucederá con su cuerpo después de su fallecimiento.

Cuando nos referimos a decisiones informadas, surge la interrogante de si las personas que optan por la criogenización han recibido información suficiente y si sus decisiones están libres de influencias externas. Este asunto cobra particular importancia debido a la incertidumbre que rodea a la criogenización, ya que no existen datos empíricos que respalden de manera concluyente la viabilidad de sus resultados ni los posibles beneficios que se puedan obtener. Pues en el marco que nos ocupa, la opción de criogenización es un misterio, puesto que no se sabe cómo estará el estado de la ciencia en ese momento. Esto podría llevar a una nueva forma de existencia para las personas, ya que se tendría una copia de seguridad de sí mismos en ese cuerpo cibernético.

La conexión entre el derecho a la libertad biológica y la libertad de conciencia radica en la similitud entre el mejoramiento biológico y el desarrollo cultural. En gran medida, la búsqueda del mejoramiento, que abarca la virtud, la felicidad, el aumento de la inteligencia y la longevidad, se fundamenta en esta relación contemporánea entre lo biológico y lo cultural. En este contexto, la aspiración a un mundo de mayor calidad moral, mayor felicidad, poblado por individuos virtuosos e inteligentes, y con una vida prolongada y plena, se considera un proyecto de vida moralmente aceptable para la humanidad⁴¹.

El Derecho juega un papel esencial en este acelerado avance de la tecnología y la ciencia. Su función principal radica en establecer límites y normativas que busquen equilibrar el estímulo al progreso con el respeto a los derechos fundamentales y las libertades individuales. Promover el desarrollo tecnológico y científico es una responsabilidad compartida, pero siempre debe llevarse a cabo con un enfoque en el beneficio colectivo y el respeto a la dignidad humana. Estamos siendo testigos de un avance sin precedentes en la ciencia y la tecnología, pero, al mismo tiempo, es nuestra responsabilidad garantizar que este rápido progreso no menoscabe los valores culturales y éticos que sustentan nuestra sociedad⁴².

⁴¹ P. BOLA., et al. *¿Qué sigue?: Ni siquiera los científicos pueden predecir el futuro... ¿o sí?, Libros de perfil*, 2017, pp. 87-88.

⁴² J. AVEZUELA CÁRCEL. "El reto del Derecho y la Ética ante la civilización tecnológica" *Ecclesia*, núm. 3981, 2019, p. 7.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de la historia de la humanidad, hemos sido testigos de avances tecnológicos que han ampliado nuestro conocimiento acerca de los procesos biológicos que rigen la vida y la muerte, evidenciando la fragilidad intrínseca de nuestra existencia. Este contexto ha dado lugar al surgimiento del movimiento del transhumanismo, el cual aboga por sobrepasar las limitaciones biológicas humanas y brindar la posibilidad de la inmortalidad en un momento en el que las utopías del pasado han perdido su credibilidad. Aunque es posible que estas promesas no sean necesariamente más alcanzables, generan interés al enfocarse en la inmortalidad como un objetivo alcanzable.

A medida que las mejoras tecnológicas se vuelven más accesibles, existe el riesgo de que solo quienes cuenten con recursos económicos significativos puedan beneficiarse de ellas. En este sentido, el transhumanismo tiene como objetivo la transformación de seres poshumanos o sujetos revividos con mejoras en capacidades físicas, psicológicas e intelectuales. Sin embargo, este ideal plantea dilemas éticos y legales, especialmente en términos de equidad, capacidad jurídica del ser renacidos en la toma de decisiones informadas, responsabilidad, etc. La preocupación de que solo los más privilegiados puedan beneficiarse genera inquietudes sobre la justicia social y la distribución de beneficios.

En la misma línea, la capacidad jurídica del ser renacido o mejorado a través de tecnologías, también plantea nuevos desafíos. Hay que tener presente que, los sistemas legales actuales se basan en la idea de la responsabilidad y la capacidad de comprender y tomar decisiones informadas. Si las tecnologías de mejora cognitiva o de la inteligencia artificial permiten a las personas superar significativamente la inteligencia o la capacidad de toma de decisiones de los seres humanos no mejorados, entonces podría ser necesario reevaluar las leyes y regulaciones existentes sobre capacidad legal, responsabilidad y derechos civiles.

Conforme la tecnología avanza en esta dirección, resulta necesario que, tanto la sociedad como el marco ético-jurídico reflexionen detenidamente sobre estos aspectos tan relevantes para asegurar que los beneficios de la tecnología transhumanista estén al alcance de todos de manera justa y garantizar que se preserven la integridad y los derechos de las personas mejoradas.

6. BIBLIOGRAFÍA

N. AGAR. *Truly Human Enhancement. A Philosophical Defense of Limits*. Cambridge (Massachusetts)-London: The MIT Press, 2014.

H. ARENDT. *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 2005.

J. AVEZUELA CÁRCCEL. “El reto del Derecho y la Ética ante la civilización tecnológica” *Ecclesia*, nº 3981, 2019.

F. AZEVEDO PINHEIRO. “El debate filosófico en torno a criónica y la identidad”. Disponible en: <https://www.tomorrow.bio/es/post/el-debate-filos%C3%B3fico-en-torno-a-la-crionica-y-la-identidad-2023-05-01>

A.V. BELLO. “La moral en la inmortalidad transhumanista: Consideraciones sobre la moral y la finitud a partir de una lectura del inmortal”. *Lógoi. Revista de Filosofía*, nº 44, 2023.

N. BELLOSO MARTÍN, et al. “El derecho al futuro: Un nuevo ámbito para la reflexión iusfilosófica”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 17, 2022.

P. BOLA, et al. *¿Qué sigue?: Ni siquiera los científicos pueden predecir el futuro... ¿o sí?, Libros de perfil*, 2017.

N. BOSTROM, Una historia del pensamiento transhumanista, *Revista de evolución y tecnología*, vol. 14, nº 1, 2005.

A. BRUNET, et al. “Envejecimiento y rejuvenecimiento de células madre tisulares y sus nichos”, *Reseñas de la naturaleza Biología celular molecular*, vol. 24, nº 1, 2023.

A. DIÉGUEZ. *Transhumanismo: la búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, Herder, Barcelona, 2017.

A.R. ESPÍRITU AVILA. “¿Es posible o no la inmortalidad cibernética?”, *Tierra Nuestra*, vol. 12, nº 1, 2018.

M.C. FERNÁNDEZ ALONSO. “Porqué envejecemos y cómo la ciencia trata de impedirlo”, *Fronteras de la Ciencia*, nº. 3, 2018.

J. FERRATER MORA. “La muerte humana”, *El sentido de la muerte*, Buenos Aires, 1947.

L. FERRY. *La revolución transhumanista. Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*, MARTORELL, A. (trad.) Alianza Editorial, Madrid, 2017.

P.H. GAJARDO JAÑA. “Matar la muerte: reflexiones sobre el transhumanismo y la técnica en perspectiva heideggeriana”, *Resonancias. Revista de Filosofía*, núm. 15, 2023.

D. GARCÍA DÍAZ, et al. “Transhumanismo y deseo: una aproximación fenomenológica”, *Cuadernos de bioética*, vol. 32, núm. 105, 2021.

V. GARCÍA HERRERA. “La criogénesis: un servicio. ¿de ciencia o ficción?”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 16, 2020.

J. GARCÍA-GUTIÉRREZ, et al. “el sujeto ético en los estudios universitarios de educación: humanismo, posthumanismo y democracia”, *Revista de Pedagogía*, vol. 69, núm. 4, 2017.

L. GERMÁN ORTEGA-RUIZ, S.A. DUCUARA MOLINA. “El cadáver humano y su incidencia jurídica”, *Verba Iuris*, vol. 14, núm. 42, 2019.

L. LAVINA FAUSTMANN. “Transhumanismo, el último suspiro de dios: análisis del proyecto transhumanista desde la filosofía posthumanista posmoderna”, *Cuadernos salmantinos de filosofía*, vol. 48, 2021.

F. LLANO ALONSO. *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

F. LLEDÓ YAGÜE. “Criogenización: el derecho a la vida después de la muerte, ¿fantasía o realidad?”, *Fronteras de la Ciencia*, núm. 3, 2018.

F. LLEDÓ YAGÜE, O. MONJE BALMASEDA. “La criogenización: el vencimiento de la muerte, los derechos del ser criónico renacido”, *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, núm. 50, 2019.

F. LLEDÓ YAGÜE, S. INFANTES ESTEBAN, *Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos. El Derecho a vivir después de la muerte*, Dykinson, Madrid, 2019.

A.M. LOVAT. “Ectogénesis y criogenización humana. Desde el inicio del ser hasta su reanimación tras la muerte. Principios éticos y criterios de convergencia”, *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, año IV, núm. 1, 2016.

Ó. MONJE BALMASEDA. “Aspectos jurídico-científicos de la criónica en seres humanos: el derecho a vivir después de la muerte (la brecha entre la vida y la muerte se reduce...)”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 13, 2018.

J. PIEDRA ALEGRÍA. “Transhumanismo: un debate filosófico”, *Revista Praxis*, nº 75, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.15359/praxis.75.3>

Z. PUGLIESE. “Transhumanismo: Una promesa de mejoramiento humano carente de fundamento ético”, *Nuevo pensamiento*, vol. 10, núm. 16, 2020.

P. SANCHIS MATOSES. “Ortega y Gasset, J. Meditación de la técnica”, *Scio: revista de filosofía*, núm. 10, 2014.

H. VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ. “Transhumanismo, libertad e identidad humana”, *Thémata. Revista de filosofía*, núm. 41, 2009.

M.C. VIDAL ARIZABALETA. “El proyecto transhumanista. El renacimiento de una quimera: ¿nuevos humanos?”, *¿Revolucion(es) moral(es)? De la necesidad de pensar otros “mundos posibles” Una mirada reflexiva al transhumanismo*, Usta, Bogotá, 2020.

WEBGRAFÍA

J. BENÍTEZ, Hay 2.000 personas criogenizadas en el mundo. ¿Qué pasaría si despiertan?. Disponible en: <https://www.elmundo.es/papel/historias/2019/02/18/5c66e5cdfc6c832e188b46a9.html>

M. DE DIEGO CEREZO, La inteligencia artificial da pasos hacia la inmortalidad a través de avatares humanos, 2022. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20220208/documentos-tv-inteligencia-artificial-hacia-inmortalidad-personas/2238530.shtml>

Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1974-1358>

Espacio euroiberoamericano de diálogo sobre la innovación social, profesional y académica. “Calico. La empresa de Google que combatirá a la muerte”. Disponible en: <https://www.ibercampus.es/calico-la-empresa-de-google-que-combatira-a-la-muerte-25531.htm>

F. LLEDÓ YAGÜE, O. GONZÁLEZ, “La criogenización hoy día es un acto de fe con el bolsillo lleno de posibles económicos”. Disponible en: <https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/sociedad/2019/05/25/criogenizacion-hoy-dia-acto-fe-3844273.html>

M. TILVES, “Calico. La esperanza de Google para mejorar la calidad de vida en la vejez”. Disponible en: <https://www.silicon.es/calico-la-esperanza-de-google-para-mejorar-la-calidad-de-vida-en-la-vejez-46454>

SOBRE LA POLÍTICA CRIMINAL DEL SIGLO XXI. UN BREVE ESBOZO A SUS FUNDAMENTOS SOCIOLOGICOS Y JURÍDICOS

Edgar Iván Colina Ramírez*
Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2023
Fecha de aceptación: 15 de diciembre de 2023

RESUMEN: Uno de los problemas actuales de la Política criminal de nuestros días es el incremento desmedido y su alejamiento de los principios fundadores de un Estado Social y Democrático de Derecho, bajo ese paradigma es donde encuentran acomodo los nuevos modelos de seguridad ciudadana, que en aras de conseguir la anhelada seguridad en sus ciudadanos a cambio restringen y vulneran derechos fundamentales, que además no ayudan a reducir los índices delictivos, pues existen otros programas menos invasivos que han tenido mejores efectos que las políticas de la seguridad ciudadana.

ABSTRACT: One of the current problems of today's criminal policy is the disproportionate increase and its distance from the founding principles of a Social and Democratic State of Law, under this paradigm is where the new models of citizen security find accommodation, which in order to achieve the desired security in their citizens in exchange restrict and violate fundamental rights. They also do not help to reduce crime rates, since there are other less invasive programs that have had better effects than citizen security policies.

PALABRAS CLAVE: política criminal, justicia penal, seguridad ciudadana, riesgo.

KEYWORDS: Criminal Policy, Criminal Justice, Citizen Security, Risk.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Análisis de las diversas acepciones del concepto seguridad; A) Seguridad / comunitarismo; B) Seguridad y riesgo; C) Seguridad / libertad; 3. Modelos del ideal securitario; A) Las perversas consecuencias jurídico-sociológicas del ideal securitario; a) Tolerancia Cero; b) Ley three strikes and you're out; c) Ley Megan; 4. Conclusiones; 5. Bibliografía.

* El autor agradece a Soraya GALLEGO GARRIDO, la ayuda prestada en la realización del presente artículo. Este trabajo de investigación se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación "El acceso a la justicia de las personas vulnerables", subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos I+D+i de Generación de conocimiento (Ref. PID2021-123493OB-100), cuya investigadora principal es la Profa. Dra. Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA.

1. INTRODUCCIÓN.

Uno de los males endémicos de la sociedad actual, es sin lugar a duda el sentimiento de inseguridad; ya lacónicamente mencionó SILVA SÁNCHEZ que el ciudadano manifiesta que «*nos están matando, pero no acabamos de saber a ciencia cierta ni quién ni cómo ni a qué ritmo*»¹. Este sentimiento, no nace *ex nihilo*, sino que tiene su origen en la modernidad y en el proceso globalizador a que conlleva dicha modernidad². Con ellos, nos referimos a un *aspecto subjetivo* de la seguridad, pues la razón de que en las sociedades modernas sean excesivamente complejas tienen como contrapartida que la percepción de la realidad en todas las áreas de la vida hace, que las decisiones y justificaciones de expectativas seguras, resulte más difícil.

La relación del individuo con su entorno resulta *per se* bastante compleja. Si a ello le añadimos que el progreso y desarrollo no siempre o casi nunca resultan previsibles, ello producirá más incertidumbre en la sociedad; lo que tiene como lógica consecuencia que no exista un sentimiento de seguridad al menos como una expectativa fiable³. La promesa de seguridad del mundo moderno se ha vuelto frágil; la transformación incondicional de creer en la seguridad ha terminado por erosionar las expectativas de seguridad, por lo que se crea una sensación de inseguridad y de incertidumbre que se recrea en el espacio social y político ha tenido varias dimensiones (económica, social y política), tanto endógenas como exógenas⁴.

¿Cómo garantizar la seguridad tanto exterior como interior de una comunidad, ante las nuevas amenazas?, si la evolución de los mercados financieros internacionales, la delincuencia organizada transfronteriza o el terrorismo internacional, es cada vez más notoria. Resulta claro que la estructura político institucional es sólo parcialmente capaz de diseñar estrategias de respuesta y éxito adecuados y eficaces de implementar. La inercia de las instituciones y su insistencia en las habilidades de resolución de problemas no se correlaciona con la aparición acelerada de los nuevos problemas. Esta vocación de la internacionalización y la privatización amenazan el control y el monopolio del poder de los Estados nacionales.

Las teorías contractualistas (Thomas HOBBS⁵ y John LOCKE), radicaban en gran medida sobre la distribución de tareas del gobierno en el orden público y la seguridad, es decir en el ámbito de la protección de los ciudadanos contra el Estado y la protección del Estado a los ciudadanos. La seguridad está en el pensamiento constitucional moderno⁶, pues a través de esta es como encuentra significado la libertad; no obstante es en tiempo

* El autor agradece a Soraya GALLEGO GARRIDO, la ayuda prestada en la realización del presente artículo. Este trabajo de investigación se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “El acceso a la justicia de las personas vulnerables”, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos I+D+i de Generación de conocimiento (Ref. PID2021-123493OB-100), cuya investigadora principal es la Profa. Dra. Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA.

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª. ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pág. 16.

² Es doctrina unánime en la sociología atribuir el fenómeno de inseguridad, a la sociedad moderna, *Vid.* por todos a BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge NAVARRO, *et alli*, Paidós, Barcelona, 1998, *passim*.

³ GLAESSNER, Gert Joachim, «Sicherheit und Freiheit», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, N° 10/11, 2002, pág. 4.

⁴ GLAESSNER, Gert Joachim, «Sicherheit und...», *op. cit.*, 2002, pág. 4.

⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, trad. Carlos MELLIZO CUADRADO, Alianza Editorial, Madrid, 2009, *passim*. LOCKE, John *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, 7ª, reimp., Carlos MELLIZO, Alianza Editorial, Madrid, 2012, *passim*.

⁶ En este sentido *vid.* el art. 17.1 de la CE, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 5.1 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9. 1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue aprobada en la reunión del Consejo de Niza de diciembre de 2000.

reciente cuando el ideal de la seguridad, se ha convertido como un modelo orientador del ideal libertario.

Las ideas de las revoluciones americana y francesa vieron la República como el poder, que es responsable de la protección de los derechos estatales de las personas y que protege sus vidas, sus libertades individuales y su propiedad, de los ataques de terceros. En ese sentido, lo que se garantiza es la función de seguridad por parte del Estado. Anteriormente, en el estado pre-constitucional, especialmente en las monarquías se basaban en el fortalecimiento del *status quo*. En las obras constitucionales liberales del siglo XIX, introdujeron el concepto de seguridad jurídica, la delimitación de responsabilidades y la intervención del Estado, se redujo a la protección de la esfera individual de los ataques del Estado; la creación, protección y control de los procesos que deben garantizar que las libertades individuales, la libertad de los contratos y los derechos de propiedad pueden ser considerados como seguros. El concepto de seguridad, que había recibido, además de una dimensión social y política en el siglo XIX, llevado a cabo desde un pensamiento liberal, la consideración exclusiva de la relación del individuo con el Estado, se rompió, en el siglo XX; pues a este concepto se le añadió un componente filosófico e ideológico, que dejó los límites entre interior y exterior de manera confusa que en muchos casos va más allá del reconocimiento de seguridad en una doble relación (Estado / Individuo), para pasar a una relación multipolar del orden estatal, los individuos, los grupos económicos y sociales, movimientos políticos, etc.

Si bien, se consideró que en la modernidad se crearían amplios espacios de bienestar, los que la sociología denominó como: «coste de oportunidad»⁷, en este sentido tanto MARX como DURKHEIM, señalaron que la modernidad traería consigo beneficiosas posibilidades⁸.

Según MARX, la era de la modernidad traería consigo el surgimiento de un sistema social más humano, mientras que para DURKHEIM la industrialización tenía como referente una armoniosa y satisfactoria vida social formada a través de la combinación de la división del trabajo y el individualismo moral⁹. Tal vez la visión más pesimista de la modernidad fue la de WEBER, el vio el mundo moderno como una paradoja en la que el progreso material sólo se obtenía a través de la expansión de la burocracia que sistemáticamente aplastaba la creatividad y la autonomía individual¹⁰.

Para estos autores, la modernidad era un cambio tan radical en la sociedad que del despotismo del poder político pertenecía esencialmente al pasado, que era una característica propia de los estados pre-modernos, no obstante como señala GIDDENS el ascenso del fascismo, el Holocausto, el Estalinismo y otros episodios de la historia del siglo pasado, se puede observar que las posibilidades totalitarias están contenidas dentro de los parámetros institucionales de la modernidad¹¹ (*vgr.* El régimen Venezolano, Cuba, etc.), estos regímenes conectan al poder político con el militar y el ideológico, de forma más concentrada que la que era posible antes del surgimiento de los estados nacionales modernos.

2. ANÁLISIS DE LAS DIVERSAS ACEPCIONES DEL CONCEPTO SEGURIDAD

El concepto de seguridad es una construcción social, que no se refiere a hechos inmóviles, sino más bien a seguridades sociales, establecidas bajo determinadas formas. Por tanto, si se quiere establecer una noción social cuando menos razonable, se debe atender a diversos

⁷ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, trad. Ana LIZÓN RAMÓN, 1ª, reimp., Alianza Editorial, Madrid, 1994, pág. 20.

⁸ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias...*, *op. cit.*, 1994, pág. 20.

⁹ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias...*, *op. cit.*, 1994, pág. 20.

¹⁰ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias...*, *op. cit.*, 1994, pág. 20.

¹¹ GIDDENS, Anthony, *Consecuencias...*, *op. cit.*, 1994, pág. 21.

aspectos que se encuentran intrínsecos precisamente en la propia noción de seguridad, pues ya Kaufmann señaló refiriéndose a la seguridad que esta es: «una idea de valor social»¹².

En este sentido, se pueden señalar cuando menos cuatro estamentos sobre el concepto de seguridad¹³:

- Poder confiar, no ser defraudado y evitar riesgos. Se asocia con este término la ausencia de o la protección contra peligros.
- Seguridad del estatus, mantenimiento del nivel de vida alcanzado por los individuos y/o grupos sociales y la preservación del estatus quo social y político, en el cual los ciudadanos se han instalado.
- Cierta configuración institucional, que parece idónea para defenderse contra las amenazas internas y externas al orden social y político.
- Y en sentido jurídico, la integridad de derechos, cuya protección es tarea principal del Estado. Algunos autores hablan de la seguridad como un derecho fundamental del hombre y, en términos legales, significa la protección frente al ejercicio arbitrario del poder y el respeto de las reglas de la convivencia y del modo de vida individual.

A) SEGURIDAD / COMUNITARISMO

No cabe duda de que el hombre es gregario por naturaleza, nace, crece y se desarrolla en una comunidad determinada, en ella define su identidad, se reafirma y se constituye, asimismo, es decir en comunidad se siente seguro. No obstante, la paradoja de la comunidad es que esta se torna excluyente, ello para garantizar su supervivencia, todas las comunidades son una postulación, un proyecto y no una realidad, algo que viene después y no antes de la elección individual¹⁴.

En este sentido se puede decir que la idea de pertenencia a una comunidad niega cualquier noción de diferencia, por lo que inconscientemente desprecia a aquellos que se encuentran fuera de ella. Así, por ejemplo, el racismo y el menosprecio a la noción de clase, se acrecienta en razón, en base a un deseo de concebir a los otros como ellos se conciben a sí mismos, así como de ser concebidos como nosotros mismos nos concebimos. Por lo que, para poder hablar de un ideal securitario es necesario que exista una relación recíproca de entendimiento, lo que sólo se alcanza si existe un grupo homogéneo que se define a sí mismo mediante atributos comunes¹⁵.

Dicha identificación tiene como consecuencia común que se desarrollen dinámicas racistas y xenóforas, de ahí que la no pertenencia al grupo se observa como lo otro, el semi-humano menospreciado. Los excluidos crean divisiones entre ellos, esto crea problemas de seguridad y salvaguarda para otros miembros de la comunidad, así los excluidos; crean una identidad que margina y excluye, excluyen a otros usando la agresión y el rechazo, y son, a su vez, excluidos y rechazados por otros, ya sean los directores de las escuelas, los guardias de

¹² KAUFMANN, Franz Xaver, *Sicherheit als soziologisches und soziopolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Lit Verlag, Stuttgart, 1970, pág. 62.

¹³ GLAESSNER, Gert Joachim, «Sicherheit und...», *op. cit.*, 2002, págs. 3 y ss.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, 3ª reimp., trads. Mirta ROSENBERG / Jaime ARRAMBIDE SQUIRRU, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 181.

¹⁵ Vid. ampliamente a YOUNG, Jock, *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, presentación (El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social) de Roberto BERGALLI, trad. Roberto BERGALLI / Ramiro SAGARDUY, 2004, pág. 270.

seguridad de los centros comerciales, el ciudadano «honesto», o el agente de policía de servicio. Las dialécticas de la exclusión están en marcha: una amplificación de la desviación que progresivamente acentúa la marginalidad, dicho proceso, involucra tanto a la sociedad más amplia como, crucialmente, a los actores en sí que los atrapa, en el mejor de los casos, en una serie de trabajos sin futuro y, en el peor de los casos, en una clase marginal de holgazanería y de desesperación¹⁶.

Lo anterior, tiene como consecuencia que, la exclusión del extraño traiga consigo la privatización del espacio público en términos de zonas de comercios, parques privados, etc., ello en aras de garantizar la seguridad de la comunidad; así la industria de la seguridad, cuyo verdadero trabajo es la exclusión, se constituye en una de las áreas de mayor crecimiento. Las ciudades, se convierten barreras excluyentes, que a la postre no son más que sistemas de exclusión, visibles e invisibles, creados tanto por el rico como por el desposeído¹⁷.

B) SEGURIDAD / RIESGO.

En el binomio *seguridad / riesgo*, en donde este último se toma como baremo atenuado de inseguridad, donde el riesgo juega el papel de cálculo probabilístico, sin embargo dichas aproximaciones resultan cuando menos incompletas, pues la propia complejidad que encierra el vocablo *riesgo* consiste precisamente en que no se puede considerar únicamente como una operación aritmética de costos en base a pronósticos calculados previamente, tampoco se puede tomar en consideración en razón de una norma ética de moderación¹⁸. Otra visión parcial sobre el riesgo es partir de la sociedad moderna altamente tecnificada, pues no obstante que se prohibieran algunas tecnologías no por ello desaparecería la existencia de riesgos para la vida dentro de una civilización técnica¹⁹.

LUHMANN, establece que el concepto de seguridad es una constelación vacía, muy semejante a la noción de salud /enfermedad, dicho baremo solo funge como un concepto de reflexión, o como una categoría que sirve de válvula de escape para las propias exigencias sociales, al igual que sirve como parámetro de cálculo de decisiones²⁰, sin embargo juega una ficción social, ya que parte de la premisa, de que es lo que se entiende como seguro en las propias comunicaciones sociales, si se aceptan los riesgos que conlleva cada variante en un proceso de decisión, toda alternativa resulta arriesgada (no obstante que sea únicamente con el riesgo de no aprovechar las oportunidades identificables y así no obtener un beneficio), en este sentido, la distinción del concepto de seguridad se toma como un elemento de reflexión, sin embargo resulta vacío de contenido si no se le dota de esa ficción social.

C) SEGURIDAD / LIBERTAD.

Los actuales modelos político-criminales, se establecen bajo la premisa (dicho sea de paso manipulada) de que la seguridad es una garantía de la libertad, es decir se entiende que la seguridad es una entidad autónoma, en la que se subordinan todos los derechos (incluyendo la libertad), pues si no existe la mínima garantía de protección, estos derechos no se podrán ejercer con libertad.

¹⁶ YOUNG, Jock, *La sociedad...*, op. cit., pág. 30

¹⁷ YOUNG, Jock, *La sociedad...*, op. cit., pág. 40.

¹⁸ LUHMANN, Niklas, *Sociología...*, op. cit., 2006, pág. 56.

¹⁹ BECHMANN, Gotthard, «Riesgo y desarrollo técnico-científico. Sobre la importancia social de la investigación y valoración del riesgo», en *Cuadernos de Sección. Ciencias Sociales y Económicas*, No. 2, Donostia: Eusko Ikaskuntza, 1995, pág. 66.

²⁰ LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*, trad. Silvia PAPPE, et. ali, Universidad Iberoamericana, México, 2006, pág. 66.

Sin embargo, no se puede obviar que el derecho a la libertad resulta irrenunciable, *so pena* de abandonar el Estado social y democrático de derecho²¹. En este sentido se han plasmado diversos ordenamientos de carácter internacional, como el Tratado de la Unión Europea en el que se menciona que una de sus metas es el mantenimiento y desarrollo a través de un espacio de libertad, *seguridad* y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas (Art. 2, 4º del TUE). El Tratado menciona como fines de la «política exterior y de seguridad común», por un lado, «el fortalecimiento de la seguridad de la Unión en todas sus formas», pero también, por otro, «el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (Art. 11, apdo. 1, 2º y 5º TUE).

Y, en las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, se determinan más concretamente el objetivo y los medios de esta colaboración. El objetivo es «ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia».

Este marco jurídico europeo, fundamental en tanto que, formulado como derecho objetivo, se debe complementar con los enunciados que describen la situación del individuo como sujeto de derecho, como poseedor de libertades fundamentales y de derechos subjetivos jurídicamente garantizados.

De especial relevancia son los enunciados siguientes: el preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama «los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad», una enumeración que, a la par, sirve como principio de articulación de la Carta. Más adelante se señala en ésta: la Unión, «al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación».

El Capítulo Libertades de la Carta, aprobado solemnemente en la reunión del Consejo Europeo en Niza, en diciembre de 2000, comienza con la frase: «toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad» (Art. 6 Carta-UE).

No obstante, del conglomerado de disposiciones a nivel europeo aquí señaladas, en la actualidad se cierne una tendencia que se viene desarrollando debido en gran parte a la influencia de los atentados terroristas internacionales. En esta tendencia se puede advertir la obligación de que los Estados miembros se han impuesto de ofrecer a sus ciudadanos un alto grado de seguridad; con ello, seguramente, se quiere decir algo más, y también algo distinto, a que el cumplimiento de sus funciones sea correcto, legal y libre de arbitrariedades²², con ello nos referimos a la oferta de una seguridad (subjetiva), dicho de otra forma, el derecho a la seguridad.

Pues bien, esta oferta de seguridad por parte de los Estados, pierde terreno frente al espacio de libertad los ciudadanos, pues se restringe en muchas de las ocasiones el derecho a la libertad en aras de la seguridad, sin embargo este aspecto securitario resulta en muchas de las ocasiones indefinible definatorio, más bien la seguridad es, en sí misma, exorbitante e ilimitada, un ideal irrealizable, similar a la justicia o la libertad²³. No obstante, la idea subyacente en la actualidad es que la seguridad se debe implementar a toda costa, incluso más allá de los límites del Estado de Derecho señalados por el peligro y la sospecha concretos no conoce, conceptualmente, barreras respecto a la determinación del grupo de personas de riesgo, respecto a los medios de conocimiento y de defensa a utilizar, ni tampoco respecto a la determinación de las medidas a adoptar en interés de la seguridad.

²¹ Vid. DENNINGER, Erhard, «Freiheit durch Sicherheit?. Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, N.º 10-11, Bonn, 2002, pág. 22.

²² DENNINGER, Erhard, «Freiheit durch...», *op.cit.*, 2002, pág. 28.

²³ HANS, Peter Bull, Wie weit reicht das Sicherheitsversprechen des Staates gegenüber seinen Bürgern? en Dieter Simon (ed.), *Kurt Graulich Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, 2007, págs.303 y ss.

Esta esfera de actuación respecto del ámbito de las usuales actuaciones policiales preventivas, se implementan hoy día actuaciones represivas (no preventivas) que se creían desterradas, así bajo el ideal de la seguridad los derechos fundamentales ya no se perciben, como libertades fundamentales y derechos de defensa frente a la intervención estatal, sino más bien estos se consideran siempre en relación con el derecho a la seguridad.

Si la prohibición del exceso propia del Estado de Derecho servía para poner riendas a un legislador limitador de las libertades, ahora la prohibición del defecto, recibida por la jurisprudencia y empleada en el sentido de la prevención estatal, anima al legislador a llevar a cabo una actividad infatigable. Si los deberes de protección de los derechos fundamentales se entrelazan, por medio de un constructo jurídico, para formar un derecho fundamental a la seguridad, entonces la seguridad ya no significa, la certeza de la libertad garantizada al individuo, sino la promesa de una actividad estatal, en principio, ilimitada e interminable para la protección del ciudadano ante los peligros y riesgos sociales, técnicos, medioambientales o, incluso, ante aquellos de índole delictiva.

La seguridad como fin estatal se convierte en un vehículo de autorización de un orden de dimensión indeterminada, como el aislamiento total del imputado, escuchas telefónicas, la videovigilancia intensiva y el rastreo en bases de datos hasta el espionaje cibernético, sino también, el internamiento preventivo o de seguridad, medidas especiales de internamiento para las personas potencialmente peligrosas.

Cabe aquí preguntar si ¿Significa un riesgo para la seguridad que el Estado de Derecho concediera también la dignidad humana y las garantías jurídicas a aquellos que las pisotean y menosprecian?, pues la ponderación entre las necesidades de seguridad, por una parte, y las pretensiones de libertad, por otra, podría arrojar un resultado distinto. Ésta es, ciertamente, la cuestión.

3. MODELOS DEL IDEAL SECURITARIO.

Los modelos político criminales, que están surgiendo en la actualidad, corresponden en gran medida a las casusas señaladas en la lección I, estos modelos han tenido su entronización en las diversas legislaciones que en aras de la lucha contra la delincuencia, abanderan los postulados de una política criminal actuarial, que en *pos* de alcanzar un ideario de seguridad, han ido implementado con el beneplácito de la propia sociedad medidas normativas que restringen y en muchos de los casos vulneran los derechos fundamentales. La preocupante y creciente criminalidad por lo menos en América Latina, ha suscitado discursos legislativos, de mano dura contra la delincuencia, así se justifican leyes autoritarias que en otro tiempo se creían desterradas.

Desde una perspectiva del ciudadano medio, se pueden justificar los nuevos cambios en la legislación penal, en razón de que no cabe duda que se necesita mayor seguridad, y dado que una de las funciones del Estado es precisamente establecer la seguridad del conjunto social, así la norma penal encontrará legitimación, validez y sustento precisamente en la función de protección (llámese *bienes jurídicos* o *vigencia de la norma*), no obstante, dicha protección no se puede establecer al capricho del legislador, sino antes bien esta encuentra su razón de ser en la Constitución, en donde se sientan las bases de las garantías fundamentales de las que debe gozar toda persona, por lo que no todo vale en la lucha contra la criminalidad, sino antes bien se deben de respetar los postulados constitucionales que velan por las garantías individuales, las libertades de los ciudadanos y los derechos humanos.

Sin embargo y pese a lo anterior, no cabe duda que estas nuevas concepciones legislativas, se fundamentan en el *discurso de la emergencia*²⁴, mismo que encuentra su justificación en

²⁴ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 27.

el autoritarismo penal; bajo el pretexto de neutralización de forma inmediata de las amenazas que laceran a la sociedad, se implementan leyes que rompen con los postulados del Estado social y democrático de derecho, por lo que, para la implementación y operatividad de estas leyes, cualquier obstáculo que se interponga en la eficacia de seguridad debe ser removido a toda costa. Bajo la justificación de la emergencia se retorna de manera encubierta a la *Doctrina de la Seguridad Nacional*²⁵; doctrina que se sustenta en la seguridad del Estado, lo que justificaba la inclusión de los militares en puestos estratégicos, si bien en la actualidad no es así, se sigue manteniendo la idea de que existe un enemigo interno (ya no es el comunismo que se preconizaba en los años setentas, donde tiene mayor auge esta doctrina²⁶), sino más bien la delincuencia organizada, el secuestro, el narcotráfico, etc.

En aras de alcanzar el orden, la seguridad, la estabilidad, la eficiencia frente a la desorganización, la inquietud y el temor que se dejan sentir en la sociedad y que interesadamente se reconducen a un miedo generalizado frente a la criminalidad²⁷, se imponen propuestas como la castración química, localización permanente, cadena perpetua, tolerancia cero, *three strikes and you're out*, *Leyes Megan*, incluso se propone sin mayor pudor la pena de muerte. Esta tendencia ha experimentado un auge considerable, a partir de diversos fenómenos; por un lado, la proliferación de las leyes como las que acabamos de mencionar, es decir de un amplio cariz represivo / prospectivo y por otro la difusión de las teorías de la inocuización selectiva²⁸.

En efecto, en la actualidad la prognosis penal, se establece bajo teorías prevencionistas que tienen la necesidad de proteger a la sociedad contra diversas categorías especiales de delinquentes, por lo que se crean dispositivos normativos centrados en la idea de peligrosidad²⁹. Por lo que, para prevenir futuros delitos de manera efectiva, resulta más que justificada según estas teorías, la inocuización o incapacitación, ya sea mediante tratamientos o a través de un largo y efectivo periodo de encarcelamiento, con lo que se impide de manera fáctica que se cometa otro delito³⁰; de igual manera, bajo una idea prospectiva, esto es el adelantamiento de la sanción antes de que se llegue a cometer el delito, ha tenido gran acogida en muchas legislaciones penales, basta solamente con ver la regulación en México sobre la delincuencia organizada, o los diversos tipos penales que en marcan a los grupos criminales. Visto lo anterior, no se puede ignorar que bajo estas regulaciones jurídico-penales, se empieza la reconstrucción de un «Derecho de la peligrosidad», se plantean de nueva cuenta medios de aseguramiento cognitivo, junto a la pena como medio de aseguramiento contra fáctico de la vigencia de la norma³¹. Hoy día nos movemos en paradigmas verdaderamente preocupantes, pues no faltan las voces que

²⁵ La Doctrina de Seguridad Nacional es una concepción militar del Estado y del funcionamiento de la sociedad, que explica la importancia de la ocupación de las instituciones estatales por parte de los militares. Por ello sirvió para legitimar el nuevo militarismo surgido en los años sesenta en América Latina. La Doctrina tomó cuerpo alrededor de una serie de principios que llevaron a considerar como manifestaciones subversivas a la mayor parte de los problemas sociales. Tales principios tuvieron diversas influencias y se propagaron y utilizaron de manera diferente en distintos lugares. Por ello la Doctrina no se sistematizó, aunque sí tuvo algunas manifestaciones claras, que sirven de base para definirla y entenderla. *Vid.* al respecto y con la bibliografía ahí citada LEAL BUITRAGO, Francisco, «La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del sur», en *Revista de Estudios Sociales*, N° 15, Universidad de los Andes, Colombia, junio 2003, *passim*.

²⁶ LEAL BUITRAGO, Francisco, «La doctrina de seguridad...», *op. cit.*, 2003, pág. 75.

²⁷ MAQUEDA ABREU, María Luisa, «Políticas de Seguridad y Estado de Derecho», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (coord.), *Serta: in memoriam Alexandra Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pág. 1288.

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 92.

²⁹ ROTMAN, Edgardo, «El concepto de prevención del delito», en *Actualidad Penal*, N° 43, La Ley, Madrid, 1998, pág. 845.

³⁰ Cfr. ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida.*, trads. CANCIO MELIÁ, Manuel, *et alli*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 39.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal...*, *op. cit.* 2000, pág. 106.

establece que no hay que esperar a que se cometa el delito para establecer una reacción estatal³².

No obstante y pese al gran auge que dichas teorías tienen, la prevención del delito trae consigo la intrusión de la intimidad, por lo que pensar en una política preventiva, es también ver los daños que se pueden causar no sólo a determinados sujetos sino a toda la sociedad, si bien entendemos que por cada delito que se ha evitado se actúa en salvaguarda de las víctimas potenciales³³, lo cual resulta más que satisfactorio; sin embargo la cuestión va por otros derroteros, pues no se puede olvidar que se debe analizar en primer término cual es el fin, qué alcances y bajo qué condiciones se puede autorizar esas medidas preventivas.

Si bien no dejamos de reconocer que en la actualidad algunos países viven agobiados por la violencia desenfocada que transcurre en sus calles, no se puede buscar una solución al socaire de legislaciones meramente represivas, pues si únicamente se apela al Derecho Penal como medio de control social, utilizándolo como *prima ratio*, y endureciendo la pena privativa de libertad a límites insospechados, no se podrá lograr una reducción sustancial de la delincuencia, pues la delincuencia no ha nacido por generación espontánea, sino antes bien se ha ido enraizado en el tejido social poco a poco sin darnos cuenta, por lo que esperar que leyes penales más duras sean el remedio para esta lacra social, vamos por mal camino, pues no podemos olvidar que el Derecho Penal es sólo un medio más y no el único para prevenir el delito.

No podemos olvidar que la aplicación de estas leyes es de carácter general, y no solamente para los «otros», los delincuentes, bajo este contexto resulta clarificadora y casi profética aquella frase de VON BAR, que establece:

«Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedian con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad -pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima respublica, plurimae leges»³⁴

A) LAS PERVERSAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-SOCIOLÓGICAS DEL IDEAL SECURITARIO

a) Tolerancia cero

Las últimas tendencias político criminales, despliegan la creación de obediencia y control sobre los espacios de riesgo, así se implementan modelos utilitarios, que tratan de ganar confianza en la sociedad a través de reformas psicológicas y morales sobre las actitudes y comportamientos de la sociedad³⁵, por lo que se vislumbra que bajo esta política criminal no sólo se trata de disciplinar a los individuos sino también de controlarlos y excluirlos de los espacios físicos; así el formato más representativo del Derecho Penal, es decir la prisión se

³² En este sentido, *vid.* HERRERA PÉREZ, Agustín, «La prevención de los delitos: Elemento fundamental en la seguridad pública», en *Revista de Administración Pública. La administración de la seguridad pública y las policías en México*, No. 106, México, 2002, pág. 82.

³³ ROTMAN, Edgardo, «El concepto de prevención del delito», en *Actualidad Penal*, Madrid, 1998, pág. 846.

³⁴ VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrecht un der Strafrechtstheorin*, Berlin, 1882, (reimpr.), Aalen, 1929, pág. 334, citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión..., op. cit.*, 2001, pág. 17, cita 1.

³⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 39 y ss.

torna indispensable, empero su finalidad primordial no es la otrora resocialización del hombre delincuente, ideal que se mantuvo hasta la década de los setentas³⁶, sino antes bien, la prisión hoy día juega un papel de exclusión, separación y aislamiento de las clases peligrosas³⁷. Bajo este cariz, no resulta difícil que el modelo de *tolerancia cero* haya tenido un propicio caldo de cultivo, de tal manera que esto ha provocado el apoyo del sector político³⁸, así como de la propia sociedad, pues dicho modelo teórico ha logrado «*aparentemente*» reducir el índice delincuencia. Por lo que no se puede desconocer que en sociedades urgentes de respuestas eficaces contra la delincuencia se alce la voz para solicitar la implementación de este tipo de modelos.

Un ejemplo, lo podemos encontrar en México, pues según una investigación basada en estadísticas oficiales de seguridad pública y justicia penal, se reveló que México es 240 veces más peligroso que hace 30 años, que los delitos que mayoritariamente se cometen son: el robo a transeúnte, secuestro y homicidio dolosos, así el incremento de los delitos denunciados pasaron de los 900 mil en 1990 a 1 millón 838 mil 109 en 2011, de acuerdo al Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal y al documento de Presupuesto de Egresos de la Federación 2012 y la Secretaría de Seguridad Pública, lo que representa un crecimiento mayor a 204 por ciento³⁹.

El incremento de la delincuencia revela una situación verdaderamente seria, con lo cual resulta lógico que la sociedad pida que se intervenga de manera inmediata y eficaz; ahora que el pánico se ha apoderado de la sociedad, que el problema es latente, se puede desarrollar en todo su potencial la retórica del máximo esfuerzo contra la delincuencia⁴⁰; es decir, la implementación de la fórmula de tolerancia cero. No obstante es preciso adelantar que ello no es la solución para acabar con dicha patología social, pues como veremos, a dicha teoría se le atribuyen graves vulneraciones a los derechos fundamentales además de una utilización selectiva a juicio no de profesionales, sino del policía de a pie, que finalmente es quien se encarga de la implementación directa de dicha fórmula. Sin embargo, conviene señalar las líneas y accidentes en las que se gesta la teoría de *tolerancia cero*, cuya resonancia abre las puertas doradas de la seguridad, del orden y del decoro⁴¹, de igual manera ver cuáles han sido todas y cada una de sus consecuencias en todo el conjunto social.

En efecto, la teoría de la tolerancia cero tiene como antecedentes inmediatos a la teoría de las *ventanas rotas*, propuesta por WILSON y KELLING, en 1982⁴², indica que existe una relación sustancial entre la aparición de los desórdenes y el surgimiento de una delincuencia efectiva. El razonamiento de dicha teoría en términos generales establece que:

«Sí se permite que en un barrio una sola ventana rota siga sin arreglarse, se está lanzando un mensaje a los posibles infractores, que dice que ni la policía ni los residentes de la zona se preocupan por mantener la comunidad en buenas condiciones. Con el tiempo, a la ventana rota se le unirán otros signos de desorden: pintadas, basura, vandalismo y

³⁶ Cfr. ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «el castigo penal en EE.UU. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente», en RIVERA BEIRAS, Iñaki / BERGALLI, Roberto, (coords.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, 2004, págs. 251 yss.

³⁷ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal...*, op. cit., 2007, pág. 41.

³⁸ Vid. al respecto a COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, «¿Hipostenia o Hipertrofia del Legislador Penal?», en *Servicios de investigación y análisis de la Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión*, México, 2010, pág. 12.

³⁹ Vid. al respecto a VALADEZ, Blanca, «México, 240 veces más peligroso que hace 30 años, según recuento», en *Diario Milenio*, México, 9 de Abril de 2013.

⁴⁰ En este sentido DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, presentación y traducción de Iñaki RIVERA / Marta MONCLÚS, Virus editorial, Barcelona, 2005, pág. 155.

⁴¹ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, op. cit., 2005, pág. 155.

⁴² GIDDENS, Anthony, *Sociología*, con la colaboración de Karen BIRDSALL, trad. Jesús CUELLAR MENEZO, 4ª, ed., Alianza editorial, Madrid, 2004, pág. 281.

vehículos abandonados. El área comenzará a sufrir un proceso de deterioro gradual en el que los residentes «respetables» intentarán irse y serán sustituidos por recién llegados «desviados», como los traficantes de droga, los indigentes y personas en libertad condicionada⁴³».

Se podría decir que la teoría de las ventanas rotas (*Broken Windows*), es la génesis donde toman acomodo científico las políticas de tolerancia cero, cuya idea central se basa en que para reducir el número de delitos (de toda especie) debe seguirse un proceso continuo de mantenimiento del orden; por lo que se debe centrar la seguridad, no tanto en la macro criminalidad o en las grandes mafias, sino en primer lugar hay que fijar la atención y control tanto de pequeños delitos, como formas de conducta perturbadora; por ejemplo, el vandalismo urbano, holgazanear en la calle, pedir dinero a la gente y estar borracho en lugares públicos, quitar a los aparcacoches, etc⁴⁴. La intención de estas medidas, radica en que si la policía reacciona contra las desviaciones de menor índole, tendrá efectos positivos que a corto plazo producirán la reducción de formas de delincuencia más graves⁴⁵. Por lo que, la función de la policía juega un papel esencial, así se le dará patente de curso para reprimir aquellos comportamientos que si bien no constituyen sustancialmente un delito, estos resultan molestos para el conjunto social⁴⁶.

Los componentes de esta teoría, se pueden resumir en la disminución de la tolerancia hacia el delito y la desviación; la utilización de medidas punitivas y algo más drásticas para alcanzar la paz social; con lo que se pretende el retorno a lo que se percibe como niveles de respetabilidad, orden y civilidad del pasado; la adquisición de conciencia acerca de que las conductas incívicas y el delito, son problemas tanto del quebrantamiento de reglas de bajo perfil respecto a calidad de vida, cuanto los delitos graves y finalmente la creencia de que hay una relación entre delitos y conductas incívicas o no consideradas por el conjunto social como correctas, pues si estas son ignoradas, llevan por variadas rutas a un aumento del delito⁴⁷.

El auge de la teoría de la tolerancia cero, surge en Nueva York de la mano del entonces alcalde de la ciudad Rudolph GIULLIANI, cuya campaña electoral se suscribió precisamente en el tema de la criminalidad, la seguridad y la recuperación de la ciudad⁴⁸, bajo tal situación el alcalde declara de manera manifiesta su guerra contra la delincuencia callejera, apelando a los valores más radicales de la sociedad norteamericana. El programa implementado por GIULLIANI, necesitaba de la ayuda y cooperación de William BRATTON⁴⁹, quien había dado muestras de su afiliación a la ideología del alcalde, pues como encargado del *Transit Police Department* (organismo responsable de la seguridad del transporte público en Nueva York) en el periodo de 1990 a 1993, se distinguió por combatir ferozmente a la micro criminalidad que hasta ese momento se venía presentado en el transporte público, sus métodos se basaron de manera principal en la eliminación total de los *graffitis* del metro, el alejamiento de los sin techo que utilizaban el metro como cobijo nocturno y la prohibición de pedir limosna en dichos espacios⁵⁰; lo cual de manera sorprendente el metro de Nueva York fue prácticamente renovado.

⁴³ Vid. ampliamente GIDDENS, Anthony, *Sociología, op. cit.*, 2004, pág. 282, DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, *op. cit.*, 2005, pág. 157, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo...*, *op. cit.*, 2009, pág. 31.

⁴⁴ GIDDENS, Anthony, *Sociología, op. cit.*, 2004, pág. 282.

⁴⁵ GIDDENS, Anthony, *Sociología, op. cit.*, 2004, pág. 282.

⁴⁶ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, *op. cit.*, 2005, pág. 158.

⁴⁷ YOCK, Joung, *La sociedad excluyente...*, *op. cit.*, 2006, págs. 195 y ss.

⁴⁸ Según DE GIORGI, Alessandro, en los noventas la ciudad de Nueva York, era una de las más violentas de los Estados Unidos, cuya delincuencia callejera se incrementó a partir de la primera mitad de los años ochenta, vid., en ID., *Tolerancia cero...*, *op. cit.*, 2005, pág. 159.

⁴⁹ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, *op. cit.*, 2005, pág. 159.

⁵⁰ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, *op. cit.*, 2005, pág. 160.

Al tomar posesión del cargo de jefe de la policía de Nueva York, ya BRATTON, advirtió textualmente que: «*Combatiremos casa por casa, barrio por barrio, ¡y venceremos!*»⁵¹; al año de gobierno de GIULLIANI, se mostraron estadísticas que daban cuenta de que la guerra se estaba ganando, pues a los que pedían limosnas o lavaban parabrisas se les arrestaba en vez de multarlos, las detenciones se habían triplicado, el número de policías había aumentado un 20 por ciento, y los delitos denunciados habían bajado un 30 por ciento⁵².

Esta nueva política securitaria, parecía haber dado sus frutos, pues además de la reducción de conductas antisociales, también disminuyeron los homicidios un 40 por ciento, los robos de vehículos un 15 por ciento; el total de delitos denunciados en el periodo de 1994 a 1995 descendió un 30 por ciento; las encuestas establecen que el 73 por ciento de los habitantes de Nueva York se sienten seguros y satisfechos con la actuación policial. El entusiasmo por la aplicación de esta teoría parece irrefrenable⁵³. Si bien las estadísticas son fulminantes respecto a la reducción radical de la delincuencia, su contracara se manifestó en las demandas por abusos policiales, pues en este periodo se duplicaron; asimismo el número de muertos por balas de la policía aumento un 35 por ciento y un 53 por ciento el de los fallecidos mientras estaban bajo la custodia policial⁵⁴. Un informe de Amnistía internacional⁵⁵ sobre «*Brutalidad policial y uso excesivo de la fuerza en el Departamento de Policía de la Ciudad de Nueva York*», señaló los excesos de este cuerpo de policía, en el que se referían a graves vulneraciones a los derechos fundamentales, que la actuación policial fue abiertamente racista, ya que según dicho informe el 75 por ciento de las personas que denunciaron los excesos en la actuación policial eran afroamericanos o latinos.

Uno de los grandes errores, de esta teoría consistió precisamente en que la policía identifica a su libre *albedrío*, los desórdenes sociales, puesto que una definición de desorden en este campo es altamente subjetiva, la policía tiene autorización para considerar que casi cualquier cosa es un síntoma de éste y que cualquiera es una amenaza⁵⁶. De igual manera, diversos sectores han manifestado que es falso que la fórmula tolerancia cero por si misma hubiese reducido los índices de criminalidad en Nueva York⁵⁷. En este sentido, se considera que la única realidad en el por así decirlo periodo GIULLIANI, es que el delito se redujo de manera sustancial⁵⁸, no obstante no se puede imputar de manera fehaciente que las practicas policiales en tal periodo contribuyeron a la disminución del delito, ya que entre 1993 a 1996 en Estados Unidos de Norte América, existió una estadística a la baja del delito, en 17 de los 25 Estados más grandes de la unión norte americana, inclusive algunas ciudades como Los Ángeles, Boston y San Diego, que utilizaron políticas menos agresivas (seguridad de aproximación a la comunidad), o inclusive redujeron personal policial, se dieron los mismos efectos⁵⁹, es decir la disminución del delito.

Bajo este panorama resulta claro que dicha teoría cuando menos dibuja un preocupante panorama que desmonta los logros que se habían alcanzado con un Derecho Penal racional y respetuoso con el Estado social y democrático de derecho, ya que distintas voces se manifiestan en que este tipo de tendencia político criminales derogan de manera contundente los principios más elementales del sistema penal⁶⁰. Asistimos sin duda a una

⁵¹ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, op. cit., 2005, pág. 161.

⁵² ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, 1ª reimp., Editores del puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 490.

⁵³ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, op. cit., 2005, pág. 162.

⁵⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los...*, op. cit., 2006, págs. 490 y ss.

⁵⁵ Vid. al respecto el documento «Brutalidad policial y uso excesivo de la fuerza en el Departamento de Policía de la Ciudad de Nueva York», en la página web de Amnistía internacional, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/036/1996/en/82ce3a84-eb05-11dd-aad1-ed57e7e5470b/amr510361996es.html>.

⁵⁶ GIDDENS, Anthony, Sociología, op. cit., 2004, pág. 283.

⁵⁷ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero...*, op. cit., 2005, págs. 162 y ss; YOCK, Joung, *La sociedad excluyente...*, op. cit., 2006, pág. 196.

⁵⁸ YOCK, Joung, *La sociedad excluyente...*, op. cit., 2006, pág. 197.

⁵⁹ YOCK, Joung, *La sociedad excluyente...*, op. cit., 2006, pág. 197.

⁶⁰ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «el castigo penal...», op. cit., 2004, pág. 305.

nueva justificación moral de la severidad y eficacia del castigo⁶¹, que trae como consecuencia no una mejor seguridad sino al contrario se gestan elevados niveles de conflictividad, de exclusión social y recortes de seguridad⁶².

b) *Ley three strikes and you're out*

En la actualidad, el sesgo político criminal como hemos señalado con antelación, marca una tendencia altamente punitiva, no sólo en campos de implementación del derecho administrativo sancionador, como los programa de *tolerancia cero*, sino que de igual manera dicho discurso punitivo se ha impregnado en las legislaciones penales, este es el caso de las denominadas leyes *three strikes and you're out*⁶³, que tiene como finalidad que los delincuentes habituales o reincidentes reciban la pena más alta posible (con excepción de la pena de muerte), es decir se trata de aplicar penas privativas de libertad de por vida, sin la posibilidad de la obtención de la libertad condicional (*parole*)⁶⁴. Bajo esta modalidad el Estado trata de establecer la prolongada estancia en prisión bajo la retórica de la ley y el orden, con el beneplácito de la audiencia pública, misma que ve en la condena y su cumplimiento efectivo, como una descarga expresiva de tensiones y un gratificante momento de unidad frente al delito y la inseguridad⁶⁵.

En los últimos años, la propagación de las leyes *three strikes and you're out*, se han implantado de alguna manera en los cincuenta estados de la unión americana y el Distrito de Columbia, estos tienen hoy día una regulación sobre el cumplimiento mínimo obligatorio de las penas privativas de libertad. Este tipo de legislación tuvo sus orígenes en el Estado de Washington, no obstante, tuvo mayor repercusión mediática en el Estado de California, cuyo lema *three strikes and you're out* se convirtió en el discurso político de legislaciones sobre el cumplimiento efectivo de penas, que fue discutido en debates televisivos⁶⁶. El activista conservador y comentarista de televisión local, John CARLSON, utilizó dicho debate para promover la cadena perpetua sin libertad condicional por una condena de tercer delito grave. Después del asesinato de Diane BALLASIOTES en 1988, CARLSON y la madre de la víctima realizaron una campaña a favor de las leyes de sentencias más severas en Washington⁶⁷. Si bien, dicha iniciativa (Iniciativa 590) no logró llegar a la Asamblea Legislativa, no obstante es hasta 1993, cuando la poderosa *National Rifle Asociación* prestó apoyo a la campaña de los *three strikes and you're out* en forma de financiación y el acceso a su extensa lista de correo⁶⁸.

A pesar de la presión que se había hecho con la iniciativa 590, esta no tuvo sus frutos hasta 1993, con la iniciativa 593, en el que la propuesta *three strikes and you're out*, encuentra recoveco formal en la legislación del Estado de California, ya que los ánimos eran bastante propicios para dicha propuesta, pues en junio de 1992, un joven de 18 años de edad, Kimber REYNOLDS, fue asesinado durante un intento de robo por Joe DAVIS, un hombre con una serie de condenas anteriores por drogas, robos y delitos de automóviles. El padre de Kimber (Mike REYNOLDS), comenzó a hacer campaña para el establecimiento de condenas más

⁶¹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo...*, op. cit., 2009, pág. 34.

⁶² LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo...*, op. cit., 2009, pág. 35.

⁶³ Cuyo eslogan literalmente significa al *tercer golpe estas fuera*, proveniente de las reglas del béisbol.

⁶⁴ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 113.

⁶⁵ GARLAND, David, *La cultura del control...*, op. cit., 2005, pág. 239.

⁶⁶ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona», en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005, pág. 270.

⁶⁷ WRIGHT, Paul, «¿Iniciativas ciudadanas contra la delincuencia?. De cómo el lobby de las armas financia la guerra contra la delincuencia», en BURTON-ROSE, Daniel (ed.), *El encarcelamiento de américa. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, trad. Marc BARROBÉS, Virus editorial, Barcelona, 2002, pág. 25.

⁶⁸ WRIGHT, Paul, «¿Iniciativas ciudadanas...», op. cit., 2002, pág. 26.

duras para delincuentes reincidentes; a principios de 1993 se convenció a un legislador del partido republicano para patrocinar el Proyecto de Ley 971, la versión legislativa de lo que más tarde se convirtió en la conocida *three strikes and you're out*.

En octubre de 1993, una niña de 12 años Polly KLAAS, fue secuestrada, violada y asesinada por un delincuente habitual que había obtenido su libertad provisional por buena conducta, (la sentencia que compurgaba era por un delito de secuestro⁶⁹), estos hechos recibieron la atención de la prensa nacional e internacional, lo que provocó el impulso propicio para la campaña de *three strikes and you're out*. Tal era la intensidad percibida del sentimiento público, que en el ámbito político se impulsó al movimiento *three strikes and you're out*, que el proyecto de ley fue aprobado sin modificaciones por una amplia mayoría de los miembros de la legislatura⁷⁰. Cabe llamar la atención, sobre el proceso legislativo de dicha ley, pues esta se elaboró y desarrolló casi totalmente desprovista de expertos⁷¹.

Un gran número de partidarios de dicha ley e incluso varios miembros de la legislatura estatal de California, funcionarios y miembros de la propia asesoría de REYNOLDS sugirieron diversas enmiendas, en específico que únicamente se aplicara a delincuentes violentos, no obstante, este se negó rotundamente, e incluso después de la aprobación del proyecto de ley en su forma actual, se continuó con el proceso de la iniciativa electoral con el fin de reducir las posibilidades futuras de modificación legislativa⁷². Otro factor decisivo para la aprobación de dicha ley, fue que el gobernador republicano buscaba la reelección⁷³, con lo cual de manera entusiasta tomó como eslogan de campaña en materia de seguridad el lema «*duro con el crimen*». El gobernador WILSON, manteniendo la promesa pública que hizo en el funeral de Polly KLAAS manifestó su preferencia por la versión de REYNOLDS.

Entre 1993 y 1995, 24 estados añaden las legislaciones de *three strikes and you're out*, traducida en el aumento de penas para los infractores reincidentes, sin embargo huelga decir que dicho movimiento no se limita a las jurisdicciones estatales, pues en la misma época surgió también en el ámbito federal, asimismo tampoco es necesario cometer tres delitos pues en algunos estados como Arkansas, Georgia, Kansas, Montana, Pennsylvania, California del Sur y Tennesse, con dos delitos es más que suficiente para la aplicación de estas leyes; de igual manera se difiere en razón de la sanción a imponer una vez contrastados los antecedentes, así en Georgia, Indiana, Luisiana, Maryland, Montana, Nueva Jersey, California del Norte, Carolina del Sur, Tennesse, Virginia y Washington, se establece una condena obligatoria a prisión perpetua sin posibilidad de alcanzar beneficios penitenciarios⁷⁴.

Diversos estados como, Connecticut, Kansas, Arkansas y Nevada han sancionado leyes especiales para delitos graves, no obstante dejan mayor arbitrio a los Tribunales para su imposición⁷⁵.

Las valoraciones de las leyes *three strikes and you're out*, como es de esperarse son funestas, desde la perspectiva del irrestricto respeto a los derechos fundamentales, máxime que no cabe duda que con legislaciones de este cariz se está regresando a un Derecho Penal de la peligrosidad, pues cuando las leyes no hacen diferencias en el castigo por matar a cinco personas, tener un arma, tener 650 gramos de una droga o robar 151 dólares, es que

⁶⁹ CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes. el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª, Época, No. 14, UNED, Madrid, 2004, págs. 59 y ss.

⁷⁰ DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico de legislación penal» en ID. / ROMEO CASABONA, Carlos María / GRACIA MARTÍN, Luis / HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Dr. Don José CEREZO MIR*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 307 y ss.

⁷¹ DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», *op. cit.*, 2002, pág. 308.

⁷² CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, pág. 60.

⁷³ DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», *op. cit.*, 2002, pág. 307.

⁷⁴ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación...*, *op. cit.*, 2013, pág. 114.

⁷⁵ ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación...*, *op. cit.*, 2013, pág. 114.

algo falla⁷⁶. En este sentido, diversos autores⁷⁷ han puesto como ejemplo sentencias paradigmáticas basadas en esta *neo* política-criminal.

Sirva de ejemplo la sentencia impuesta a Gary Albert EWING, quien⁷⁸: *«El 12 de marzo de 2000, que se hallaba cumpliendo en libertad condicional una pena de nueve años de prisión, abandonó la tienda de un club de golf de Los Ángeles llevando escondidos en sus pantalones tres palos con un valor de ciento noventa y nueve dólares cada uno. Un empleado del establecimiento que había advertido la sustracción avisó inmediatamente a la policía, que poco después procedió a su detención en un aparcamiento cercano. Gary Ewing era un viejo conocido de la justicia californiana. Ya en 1984 había sido condenado como autor de un hurto (theft) a una pena de seis meses de prisión que le fue suspendida, tres años de libertad vigilada y una multa de trescientos dólares. En 1988 fue condenado a un año de prisión y tres de libertad vigilada como autor del robo de un coche, no llegando a ingresar en prisión. En 1990 la condena fue de sesenta días de arresto y tres años de libertad vigilada por la comisión de un hurto leve (petty theft). En 1992 cometió un delito de lesiones con una pena de treinta días de arresto y dos años de libertad vigilada, así como un nuevo hurto, con una sanción de diez días de arresto y un año de libertad vigilada. Por fin, en 1993 se le declaró culpable de numerosas infracciones, como posesión de droga, apropiación de objetos perdidos, tenencia ilícita de armas y allanamiento de morada (trespassing), todas ellas castigadas con arresto y libertad vigilada, así como tres robos en casa habitada y un robo con intimidación (robbery), por los que le fue impuesta la pena de nueve años que se hallaba cumpliendo en libertad condicional cuando sustrajo los palos de golf. Por esta última sustracción la justicia californiana condenó a EWING como autor de un delito de hurto grave (grand theft), solicitándose por el fiscal que le fueran aplicadas las previsiones de la ley three strikes. Esta petición fue atendida por el juez sentenciador, que condenó a EWING a una **pena de reclusión perpetua con un mínimo de veinticinco años de cumplimiento obligatorio** en tanto que autor responsable de un delito con dos o más condenas previas por delitos graves o violentos. La sanción sería posteriormente confirmada por el Tribunal de Apelaciones de California y también por el Tribunal Supremo de este estado»* (cursivas añadidas)

Otro ejemplo de la aplicación de estas leyes, lo podemos encontrar en el caso FISHER, éste el 15 de abril de 1994, fue condenado a cadena perpetua por su tercer strike por el Tribunal Superior del condado de Snohomish, en Washington. FISHER fue sentenciado por meterse el dedo en el bolsillo, simular que era una pistola y robar en una tienda de bocadillos y 151 dólares. Una hora más tarde, la policía le detuvo en un bar a una manzana de allí mientras se bebía una cerveza. Los dos strikes anteriores de Fisher implicaban haberle robado 360 dólares a su abuelo en 1986 y robar 100 dólares en una pizzería. En total, el botín de la carrera criminal de FISHER suma 611 dólares; nunca ha dañado físicamente a nadie⁷⁹.

Existen muchas cosas negativas en este tipo de legislaciones, que sería casi imposible enumerar cada una de ellas, no obstante, me enfocaré en los aspectos más grotescos que saltan a la luz de manera más evidente. En primer lugar, parece ser que se utiliza un tipo de política criminal sectorial, pues parecer ser que la espada de Damocles cae exclusivamente en personas marginadas, ya que llama la atención que los delitos económicos ni siquiera se mencionen en este tipo de leyes, me refiero a las grandes estafas bursátiles, defraudaciones tributarias, etc.; por otro lado nos enfrentamos a la ruptura del principio de proporcionalidad, que a nuestro juicio en estas leyes es un sin sentido, pues plantearse si los castigos previstos son o no desproporcionados, pues si entendemos que la proporcionalidad es un concepto retributivo y, por tanto, poco puede aportar como

⁷⁶ WRIGHT, Paul, « Los «tres golpes» ganan», en BURTON-ROSE, Daniel (ed.), *El encarcelamiento de américa. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, trad. Marc BARROBÉS, Virus editorial, Barcelona, 2002, págs. 36 y ss.

⁷⁷ Vid. por todos a CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, págs. 59 y ss.

⁷⁸ CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, págs. 62 y ss.

⁷⁹ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 38.

parámetro para valorar unas normas que en su mismo origen han renunciado a toda retribución, además de que resulta claro que la sanción debe de obedecer al hecho cometido y no así al grado de peligrosidad del sujeto.

Ya WRIGHT⁸⁰, señala que es una lógica perversa que impulsores de este tipo de leyes citen con satisfacción el número creciente de gente que recibe tales condenas, sea cadena perpetua sin condicional o pena de muerte, afirmando que son disuasorias. No obstante la lógica nos dice otra cosa, si este tipo de leyes fuesen verdaderamente disuasorias, tendría que ser el efecto contrario, es decir disminuirían las causas penales y no así irían en aumento como lo pregonan sus defensores⁸¹. De igual forma los magistrados REHNQUIST, KENNEDY y O'CONNOR, (mismos que están a favor de la aplicación de este tipo de legislaciones), establecieron en la sentencia con motivo del Recurso de Casación, presentado por EWING, que el objetivo de proteger la seguridad pública legítima la aplicación de la ley *three strikes* a aquellos que ya hayan sido condenados al menos por un delito grave o violento, pues las estadísticas demuestran el elevado peligro para la seguridad pública que suponen en la práctica los sujetos reincidentes⁸².

Ahora bien, a partir de una perspectiva de la función de la pena, resulta claro que la creación de estas leyes, están originadas con un objetivo claro: la *intimidación* y la *inocuidación*⁸³. Así, el objeto de la intimidación se establece bajo la idea de que penas tan graves como las establecidas disuaden a potenciales delincuentes de cometer nuevos delitos; mientras que la inocuidación se establece en la fórmula de que un criminal entre rejas no puede cometer delitos en las calles⁸⁴. Bajo estas leyes podemos ver la persecución de objetivos inocuidadores e intimidatorios, hasta el punto de ignorar por completo funciones como la retribución o la resocialización, que, a diferencia de lo que ha sido habitual en el Derecho Penal contemporáneo, no desempeñan aquí papel alguno, ni si quiera limitador⁸⁵.

La consecuencia lógica de la aplicación de estas leyes es la alta tasa de pobres en las cárceles, más violencia y más represión del Estado. Estas leyes de *three strikes* dan la impresión de que muchos acusados tienen una oportunidad las primeras veces⁸⁶. No obstante, cabe decir que la mayor parte de acusados entran en la sala de vistas por primera vez ya tienen un par de *strikes* en su contra, ya sea por su extracto social, sus problemas con el alcohol o las drogas, analfabetismo, desempleo, pobreza y, a menudo, su raza y un historial de abusos. Ello significa de facto que la sociedad los ha eliminado antes si quiera de cometer un delito, si asumimos que un acusado de *three strikes* ha estado en la cárcel dos veces antes de llegar al tercer strike, parecería lo más justo que recibiera una oportunidad decente para huir de las condiciones que le llevaron a la cárcel las primeras veces⁸⁷. Sin embargo, en casi todas las ocasiones, la mayor parte de las personas que salen de prisión vuelven a los mismos barrios, con la misma pobreza, desempleo, analfabetismo y otros problemas de los que procedían. Si a esto añadimos que el desencanto de la resocialización ha llegado su clímax, ello, nos enfrenta ante un proceso deshumanizador inherente a la experiencia carcelaria; por lo que bajo un pronóstico desalentador las perspectivas de reducir la violencia en las calles son prácticamente nulas.

Si bien, se ha preconizado que el índice de criminalidad ha disminuido en los últimos años, cabe decir que no ha sido gracias a las leyes *three strikes*, pues las estadísticas demuestran un descenso en la natalidad, así como el envejecimiento de la generación del *baby boom*, que ahora tiene entre 38 y 50 años, máxime que este tipo de legislación draconiana, resulta improbable que llegue a tener nunca un efecto apreciable en el índice de la criminalidad

⁸⁰ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 39.

⁸¹ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 39.

⁸² CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, pág. 74.

⁸³ CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, pág. 78.

⁸⁴ CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, pág. 78.

⁸⁵ CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes...», *op. cit.*, 2004, pág. 79.

⁸⁶ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 40.

⁸⁷ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 40.

porque sólo una pequeña minoría de los responsables de cometer delitos llegan a ser detenidos, procesados, juzgados y condenados⁸⁸. Asimismo, según un estudio de Vincent SCHIRALDI, Christopher DAVIS y Richard ESTES del Centro de Justicia Juvenil y Penal de San Francisco⁸⁹, señala que la disparidad racial en las condenas basadas en las leyes *three strikes*, queda en evidencia, pues llama la atención de que los negros son condenados a penas privativas de libertad bajo esta ley 13 veces más a menudo que los blancos. Si tomamos en consideración que el 43% de los presos con una condena de *three strikes* son negros, aunque sólo un 7% de la población total del estado es negra, y representan una quinta parte de todos los californianos detenidos por delitos graves⁹⁰.

De igual manera, cabe destacar que en el Estado de California, que es donde más se ha implementado esta ley, los medios de información y la opinión pública han convertido en cabezas de turco a los presos, un grupo sin poder que no cuenta con un lobby económico, ni con apoyo organizado. La gente que hay en las cárceles no es la causa de los problemas de California, pues la delincuencia es un proceso multifuncional y por tanto se debe de buscar soluciones no solo en la ira de la ley (penal), pues mientras los legisladores sigan rehuyendo de su obligación (servir al interés público) para apelar a la mentalidad de la sociedad, los problemas continuarán empeorando y la deuda estatal continuará creciendo⁹¹.

Todo parece indicar que estas nuevas tendencias en la política criminal llevan a establecer de manera vertiginosa el abandono al respeto de los derechos fundamentales y llegará un día en que se abandonen este tipo de legislaciones para regular directamente con el clamor popular la pena de muerte. Los ejemplos mencionados con antelación (casos de los sentenciados bajo alguna ley *three strikes*), deberían servir para saber los riesgos que se corren bajo este tipo de política criminal.

c) Ley Megan

Otra modalidad dentro de las formas de incapacitación selectiva, la podemos observar en las denominadas *Leyes Megan*, cuya finalidad en términos generales es el registro de personas que han sido condenadas por delitos sexuales, ante los organismos policiales locales, ello con la intención de proveer al público de cierta información sobre el paradero de dichas personas, con el objetivo de que los miembros de la comunidad puedan protegerse a sí mismos y a sus hijos⁹².

Estas medidas de publicidad expositiva⁹³, surgen por los hechos acaecidos en julio de 1994, cuando una niña de siete años de Nueva Jersey (Megan KANKA), fue violada y asesinada por un conocido delincuente sexual registrado que se había mudado al otro lado de la calle de la casa de la familia sin el conocimiento de ellos. A raíz de la tragedia, la familia de la menor, busco que las comunidades locales estuvieran advertidas acerca de los delincuentes sexuales en el área⁹⁴. Este hecho tuvo una gran resonancia en los medios de comunicación, lo que provocó que a las dos semanas del asesinato de la menor, se pusiera en marcha el proceso legislativo sobre el registro de delincuentes sexuales, mismo que culminaría tres meses después⁹⁵, como la Ley de *Registro y Notificación a la Comunidad*. No obstante, la promulgación de esta ley fue sólo el principio de una amplia legislación a nivel federal sobre registro y notificación comunitaria, pues ya en 1997 casi todos los estados de la Unión

⁸⁸ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 48.

⁸⁹ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 48.

⁹⁰ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 49.

⁹¹ WRIGHT, Paul, «Los «tres golpes...», *op. cit.*, 2002, pág. 49.

⁹² *Vid.* al respecto la página web oficial del Departamento de justicia del Estado de California <http://www.meganslaw.ca.gov/homepage.aspx?lang=SPANISH> (consultada el 29 de mayo de 2013)

⁹³ HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*, Grigley, Lima, 2002, pág. 81.

⁹⁴ HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control...*, *op. cit.*, 2002, pág. 81.

⁹⁵ HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control...*, *op. cit.*, 2002, pág. 82.

Americana, habían propuesto en sus legislaciones la habilitación de registros y notificaciones a la comunidad sobre el domicilio de los pederastas liberados⁹⁶.

La *Jacob Wetterling Crimes against Children and Sexually Violent Offender Legislation*, para victimarios sexuales de niños, exigió de todos los Estados la instalación de un Programa unificado de registro, cuyo uso estaría permitido al *Federal Bureau of Investigation* (FBI), Ministerio Fiscal y Gobierno, incluyéndose al público en caso de necesidad de protección respecto de una persona específica obligada al registro⁹⁷.

Tanto la Ley Megan (de implantación federal), como la *Pam Lyncher Offender Tracking and Identification Act*, establecen las formas de regulación, así, por una parte se implementa el procedimiento para registrar a los ex-convictos por delitos sexuales; se busca una información eficaz a través del intercambio de registros de los diferentes operadores institucionales; se propone un sistema de verificación de datos registrales, así como la preservación de los datos en el registro, a lo largo de los años y finalmente se establecen mecanismos de notificación comunitaria⁹⁸.

Esta serie de directrices, dan un nuevo impulso a la política criminal, que en busca de respuestas por abatir la delincuencia, implementa mecanismos generalmente más gravosos para el reo, los criterios de clasificación para los delincuentes sexuales, sirve para determinar el tiempo que han de estar sometidos a la obligación de registro, dichos criterios se proponen a partir de la gravedad del ilícito cometido⁹⁹. Así, el nivel de riesgo con el que son relacionados y registrados, lo realizan los agentes del control penal público, en el que Fiscal es el encargado de obrar esta valoración, las *Guidelines for Law Enforcement for the Implementaton of Sex Offender Registration and Comunity Notification Laws*, incorporan una escala de individualización del riesgo¹⁰⁰; dicha clasificación comprende tres niveles según el grado de riesgo que los delincuentes sexuales, representan para la comunidad, por lo que el bajo riesgo comprende el nivel 1, riesgo moderado nivel 2, o alto riesgo nivel 3¹⁰¹.

Dependiendo del nivel de riesgo, previamente clasificado por la fiscalía, se notificará a una serie de actores institucionales y sociales. En el caso del nivel de riesgo bajo (Nivel 1), se notifica a los organismos que se encargan de hacer cumplir la ley. Si el nivel de riesgo es moderado (Nivel 2), además de dichos organismos, se notifica a escuelas, guarderías de niños autorizadas, colonias veraniegas y organizaciones comunitarias registradas sobre los delincuentes sexuales con los que probablemente se encuentren debido a la posibilidad de que los pedófilos y asaltantes sexuales sean atraídos a estos lugares. Si el nivel de riesgo es alto (Nivel 3), además de los organismos que se encargan de hacer cumplir la ley, se notifica también a las escuelas, guarderías de niños autorizadas, colonias veraniegas, organizaciones comunitarias registradas y miembros de la comunidad¹⁰².

En los tres niveles de notificación, la información que se proporciona incluye el nombre del delincuente sexual, su descripción y fotografía, domicilio, lugar de empleo o escuela si corresponde, una descripción del vehículo del delincuente y su número de matrícula, y una breve descripción del delito. Recibirán una notificación personal de la ubicación de todos los delincuentes sexuales de alto riesgo, con el los vecinos si estos tienen posibilidad de

⁹⁶ HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control...*, *op. cit.*, 2002, pág. 82.

⁹⁷ HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo de la publicidad inocularizadora. Líneas comparadas de Política criminal y naturaleza e implicaciones de Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 82, Edersa, Madrid, 2004, pág. 99.

⁹⁸ HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo...», *op. cit.*, 2004, pág. 100.

⁹⁹ RIMO, Alonso, «La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito», en *Revista General de Derecho Penal*, No. 17, Iustel, Madrid, 2012, pág. 10.

¹⁰⁰ HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo...», *op. cit.*, 2004, pág. 102.

¹⁰¹ Vid. al respecto a la Guía para Ciudadanos sobre la Ley Megan. Expedida como un servicio público por el Departamento de Leyes y Salud Pública de New Jersey conjuntamente con las fiscalías de 21 condados, pág. 6. (versión on line <http://www.state.nj.us/oag/dcj/megan/spanish-citizen-brochure.pdf>, consultada el 30 de mayo de 2013)

¹⁰² Cfr. Guía para Ciudadanos..., *op. cit.*, págs. 6 y ss.

encontrar al ex-convicto en el barrio. La notificación la llevará a cabo un oficial encargado de hacer cumplir la ley Megan, un agente de policía, un agente de la policía estatal o un investigador de la fiscalía del condado, mismos que entregaran la información de manera personal domicilio por domicilio¹⁰³.

La inscripción es obligatoria para las personas declaradas culpables por los delitos sexuales y se aplica automáticamente a los delitos listados y especificados e impone en cada persona condenada la obligación de por vida de inscribirse, para ello debe de presentarse en persona para realizar dicha inscripción en el Departamento de Policía de la ciudad en la que resida, o con el Departamento del sheriff; el plazo de inscripción es de cinco días hábiles después de su liberación, custodia o si se le concede libertad condicional. Para el ex-convicto que resida, o se encuentre viviendo como un transeúnte, o esté matriculado o sea empleado por cualquier Universidad, Colegio, Colegio Comunitario u otra institución de educación superior, debe inscribirse con el Departamento de Policía del campus, si tiene uno, o con el Departamento de Policía o del Sheriff de la jurisdicción en donde se encuentra el campus, además de inscribirse con la Policía Local que tenga jurisdicción sobre su dirección domiciliaria. Los inscritos con direcciones domiciliarias deben notificar a la última agencia en donde se inscribieron, por escrito, dentro de los cinco días hábiles tras su mudanza y deben inscribirse en persona si la mudanza es a una nueva jurisdicción; todos los inscritos deben actualizar su inscripción anualmente, dentro de los cinco días hábiles desde su fecha de nacimiento¹⁰⁴.

Es de llamar la atención que de igual manera los menores que compurgaron una pena por delitos sexuales, también se deben de inscribir como delincuentes sexuales hasta su liberación del Departamento de Correccionales y Rehabilitación de California, de la División de Servicios Juveniles, no obstante la información de los inscritos cuyos delitos fueron sentenciados en el Tribunal de menores no puede ser divulgada en el sitio web. Las Agencias Policiales locales pueden, a su discreción, notificar al público sobre los menores inscritos que plantean un riesgo para el público¹⁰⁵.

Una vez expuestas de manera general los lineamientos de las leyes Megan, cabe hacer un breve análisis de las mismas, pues son muchos los problemas que presentan de facto dichas normas, ya que como hemos venido señalando a lo largo del presente trabajo, no es posible desde un punto de vista de los derechos fundamentales la adopción de tales criterios, pues los vulneran de manera sistemática. En este sentido resulta esclarecedor lo mencionado por PORTILLA CONTRERAS, cuando dice que: «*El concepto norteamericano de prevención y seguridad se han convertido en el modelo para los sistemas europeos; una política criminal ejemplarizante que defrauda las expectativas generadas por el sueño americano y que prosigue la línea iniciada por el imperialismo de exportar todos sus fracasos: la política antidroga, el racismo y la tendencia a la construcción del Estado policial*¹⁰⁶» (cursivas añadidas)

El problema más importante que se plantea en la implementación de estas legislaciones redundante en como dotar de legitimidad y establecer los límites que tiene el Derecho Penal en cuanto a las medidas de seguridad. Por cuanto hace a los diversos mecanismos de propagación y notificación pública de los antecedentes penales, se enmarcan en la denominada política criminal securitaria¹⁰⁷, que se preocupa, ante todo, y más allá de las razones de culpabilidad, por combatir la peligrosidad del delincuente¹⁰⁸; con lo que esta política criminal establecida en la publicidad de las condenas y en la exhibición social,

¹⁰³ Guía para Ciudadanos..., *op. cit.*, pág. 7.

¹⁰⁴ *Vid.* <http://www.meganslaw.ca.gov/registration/law.aspx?lang=SPANISH>,

¹⁰⁵ *Vid.* <http://www.meganslaw.ca.gov/registration/law.aspx?lang=SPANISH>

¹⁰⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal...*, *op. cit.*, 2007, págs. 68 y ss.

¹⁰⁷ *Vid.* al respecto a ROBLES PLANAS, Ricardo, «Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», en *InDret* N° 4, Barcelona, 2007, págs. 14 y ss.

¹⁰⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, «Sexual Predators...», *op. cit.*, 2007, pág. 11.

hacen pensar de nuevo en el llamado retorno de la inocuización¹⁰⁹, de castigos infamantes¹¹⁰ y de la justicia expresiva¹¹¹. Lamentablemente este retorno, resulta a todas luces involutivo de un Derecho Penal que se creía haber desterrado desde hace mucho tiempo, y con la implantación de las leyes Megan, cuyo objetivo se traduce a la potenciación de la publicidad de los antecedentes penales y de identificación del condenado¹¹², parece un cambio de paradigma irreversible.

Hoy día prima este modelo securitario, no obstante, no se pueden hacer de lado que con dichas normativas se trasgreden bienes de incuestionable trascendencia constitucional como el honor, la intimidad o la reinserción social, asimismo entran en conflicto la libertad de información o, en un sentido más amplio, seguridad o necesidades preventivas en relación con infracciones graves. Asimismo, es de llamar la atención que, en este tipo de leyes no se tomó en consideración los problemas que a nivel constitucional se podrían plantear, pues no cabe duda que se deben fijar unos límites claros e infranqueables sobre el tratamiento informativo de la identidad e imagen de las personas inmersas en un proceso penal o que ya han sido condenadas.

Resulta aquí esclarecedor el razonamiento de HERRERA MORENO, cuando denuncia que se ha perdido el norte del antecedente delictivo, que se expande el pronóstico hacia los brumosos confines de la peligrosidad social del infractor, con lo que la marca de peligrosidad cumple el mismo objetivo simbólico al que, sirven las cadenas, los atuendos distintivos o las pegatinas inculporias¹¹³.

4 CONCLUSIONES

No cabe duda de que la expansión del Derecho penal ha llegado para quedarse, es más todas las legislaciones en mayor o menor medida tienen rasgos expansivos que parece van *in crescendo*, y no se reflejan visos de legislaciones de otro calado.

Uno de los factores que han contribuido con legislaciones de este calado es el sentimiento de inseguridad que tiene la población en referencia al delito, lo que a provocado obviamente la creación de una política criminal encaminada al combate al delito con independencia de sus consecuencias.

El tiempo ha demostrado que legislaciones de este calado no han resuelto los problemas delincuenciales o mejor dicho no han cambiado la percepción ciudadana referente al delito, por lo que políticas de tolerancia cero frente al delito no han cambiado ni mejorado en nada el problema que realmente subyace a ello que es la delincuencia.

5. BIBLIOGRAFÍA

ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, 1ª reimp., Editores del puerto, Buenos Aires, 2006.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «El retorno de la inocuización...», *op. cit.*, pág.701, en el mismo sentido HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo...», *op. cit.*, 2004, págs. 92 y ss.

¹¹⁰ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?», en *RECPC* 11-08 , Granada, 2009, págs. 12 y ss.

¹¹¹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «¿Hacia el Derecho penal...», *op. cit.*, 2009, págs. 12 y ss.

¹¹² *Vid.* al respecto a HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo...», *op. cit.*, 2004, pág. 104.

¹¹³ HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo...», *op. cit.*, 2004, pág. 106.

BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, 3ª. reimp., trads. Mirta ROSENBERG / Jaime ARRAMBIDE SQUIRRU, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

BECHMANN, Gotthard, «Riesgo y desarrollo técnico-científico. Sobre la importancia social de la investigación y valoración del riesgo», en *Cuadernos de Sección. Ciencias Sociales y Económicas*, No. 2, Donostia: Eusko Ikaskuntza, 1995.

BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Jorge NAVARRO, *et alli*, Paidós, Barcelona, 1998

CASTIÑEIRA, Ma. Teresa / RAGUÉS, Ramón «Three strikes. el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª, Época, No. 14, UNED, Madrid, 2004.

COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, «¿Hipostenia o Hipertrofia del Legislador Penal?», en *Servicios de investigación y análisis de la Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión*, México, 20

DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, presentación y traducción de Iñaki RIVERA / Marta MONCLÚS, Virus editorial, Barcelona, 2005

DENNINGER, Erhard, «Freiheit durch Sicherheit?. Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, N° 10-11, Bonn, 2002.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico de legislación penal» en ID. /ROMEO CASABONA, Carlos María / GRACIA MARTÍN, Luis / HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Dr. Don José CEREZO MIR*, Tecnos, Madrid, 2002.

GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, trad. Ana LIZÓN RAMÓN, 1ª, reimp., Alianza Editorial, Madrid, 1994.

GIDDENS, Anthony, *Sociología*, con la colaboración de Karen BIRDSALL, trad. Jesús CUELLAR MENEZO, 4ª, ed., Alianza editorial, Madrid, 2004.

GLAESSNER, Gert Joachim, «Sicherheit und Freiheit», en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, N° 10/11, 2002.

HANS, Peter Bull, Wie weit reicht das Sicherheitsversprechen des Staates gegenüber seinen Bürgern? en Dieter Simon (ed.), *Kurt Graulich Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit*, 2007.

HERRERA MORENO, Myriam, «El uso punitivo de la publicidad inocuizadora. Líneas comparadas de Política criminal y naturaleza e implicaciones de Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 82, Edersa, Madrid, 2004.

HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*, Grigley, Lima, 2002.

HERRERA PÉREZ, Agustín, «La prevención de los delitos: Elemento fundamental en la seguridad pública», en *Revista de Administración Pública. La administración de la seguridad pública y las policías en México*, No. 106, México, 2002.

HOBBS, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, trad. Carlos MELLIZO CUADRADO, Alianza Editorial, Madrid, 2009.

KAUFMANN, Franz Xaver, *Sicherheit als soziologisches und soziopolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Lit Verlag, Stuttgart, 1970.

- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- LEAL BUITRAGO, Francisco, «La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del sur», en *Revista de Estudios Sociales*, N.º 15, Universidad de los Andes, Colombia, junio 2003.
- LOCKE, John *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, 7ª, reimp., Carlos MELLIZO, Alianza Editorial, Madrid, 2012.
- LUHMANN, Niklas, *Sociología del riesgo*, trad. Silvia PAPPE, *et. alli*, Universidad Iberoamericana, México, 2006.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, «Políticas de Seguridad y Estado de Derecho», en PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (coord.), *Serta: in memoriam Alexandra Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2007.
- ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida.*, trads. CANCIO MELIÁ, Manuel, et alli, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, «Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», en *InDret* N.º 4, Barcelona, 2007.
- ROTMAN, Edgardo, «El concepto de prevención del delito», en *Actualidad Penal*, Madrid, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª, ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Política criminal y persona*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- VALADEZ, Blanca, «México, 240 veces más peligroso que hace 30 años, según recuento», en *Diario Milenio*, México, 9 de Abril de 2013.
- VON BAR, *Geschichte des deutschen Strafrecht un der Strafrechtstheorin*, Berlin, 1882, (reimpr.), Aalen, 1929
- WRIGHT, Paul, « Los «tres golpes» ganan», en BURTON-ROSE, Daniel (ed.), *El encarcelamiento de américa. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, trad. Marc BARROBÉS, Virus editorial, Barcelona, 2002.
- WRIGHT, Paul, «¿Iniciativas ciudadanas contra la delincuencia?. De cómo el lobby de las armas financia la guerra contra la delincuencia», en BURTON-ROSE, Daniel (ed.), *El encarcelamiento de américa. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, trad. Marc BARROBÉS, Virus editorial, Barcelona, 2002.
- YOCK, Joung, *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, trad. Roberto BERGALLI / Ramiro SAGARDUY, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006
- YOUNG, Jock, *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, presentación (El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social) de Roberto BERGALLI, trad. Roberto BERGALLI / Ramiro SAGARDUY, 2004.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Leyes y convenios

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en la reunión del Consejo de Niza de diciembre de 2000.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Guía para Ciudadanos sobre la Ley Megan.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE Y DERECHOS FUNDAMENTALES CONCERNIDOS SEGUN LA LEY 2/2023, DE 20 DE FEBRERO

Ana María Gil Antón
*Doctora en Derecho. Delegada de Protección de datos certificada esquema AEPD
Profesor Tutor Master de Acceso Abogacía de la UNED*

Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2023
Fecha de aceptación: 27 de octubre de 2023

RESUMEN: Con la aprobación de la ley 2/2023, de 20 de febrero, se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, para proteger a los informantes y establecer las normas mínimas de los canales de información, porque se considera, que es “más efectivo” que la información sobre prácticas irregulares se conozca por la propia organización para corregirlas o reparar lo antes posible los daños, fijándose una serie de garantías para las personas informantes que realicen las denuncias, un **verdadero Estatuto de protección del informante**, , sin olvidar las propias garantías que ostentan las personas que pueden quedar afectadas con la denuncia de hechos tipificados como delitos e infracciones graves o muy graves. En el presente estudio se procederá a un análisis de esas garantías con las que cuentan los informantes, con objeto evitar represalias y salvaguardar tanto la aplicación del Derecho fundamental a la defensa y la tutela judicial efectiva, así como el de la protección de datos, previstos ambos en la Constitución española. A los tres meses desde la entrada en vigor de la Ley, esto es, **el 13 de junio de 2023**, se estableció la obligatoriedad para las entidades del sector público salvo los municipios de menos de 10.000 habitantes, para las entidades jurídicas del sector privado de 250 o más trabajadores, así como para los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las fundaciones creadas por unos y otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos. Pero es a partir del **1 de diciembre del 2023** cuando quedarán obligadas las entidades jurídicas del sector privado de entre 50 y 249 trabajadores, al igual que los municipios de menos de 10.000 habitantes.

ABSTRACT: With the approval of ACT 2/2023, of February 20, Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council, of October 23, 2019, is incorporated into Spanish Law, to protect informants and establish the minimum standards of the information channels, because it is “more effective” that the information about irregular practices be known by the organization itself in order to correct them or repair the damage as soon as possible, being notable the fact that that a series of guarantees are established for the informants who make the complaints, a true Statute of protection of the informant without forgetting the guarantees held by the people who may be affected by the report of events classified as serious or very serious crimes and infractions. . In this study, an analysis will be made of those guarantees that informants have, in order to avoid reprisals and safeguard both the application of the fundamental right to defense and effective judicial protection, as well as that of data protection, provided both in the Spanish Constitution. Three months after the entry into force of the Law, that is, on June 13, 2023, the obligation was established for public sector entities except municipalities with less than 10,000 inhabitants, for legal entities in the private sector of 250 or more workers, as well as for political parties, unions, business organizations and foundations created by them, as long as they receive or manage public funds. But it is as of December 1, 2023 that legal entities in the private sector with between 50 and 249 workers will be obligated, as will municipalities with less than 10,000 inhabitants.

PALABRAS CLAVE: prácticas irregulares, canales de Información, garantías de Protección

KEYWORDS: irregular practices, information channels, protection guarantees

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principios de aplicación en los Sistemas Internos de Información. 3. Personas protegidas frente a las represalias. 4. Garantías y medidas de protección del Informante. 5. Limitaciones del derecho de defensa ante la preservación de la identidad. 6. La garantía del anonimato en las denuncias. 7. Las garantías en los casos de revelación pública. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Cumplir ejemplar y diligentemente con la legalidad vigente, actuando siempre desde un enfoque preventivo y de minimización de riesgos -tanto económicos, como sociales, ambientales y fiscales-, y garantizar y promover un comportamiento societario y corporativo ejemplar, a través de la adopción de las mejores prácticas de gobierno corporativo, transparencia, integridad y ética empresarial, son valores que en general tanto el sector público como el privado han de cumplir. Se trata de establecer mecanismos y medios que generen credibilidad y confianza en los ciudadanos y el público en general. No obstante, se ha constatado que ello no es siempre así, y las prácticas no éticas, las corruptelas y los ilícitos siguen produciéndose en el ámbito de las Administraciones públicas como en el

empresarial, tanto a nivel nacional, como comunitario, y por consiguiente se requiere de un sistema que aliente a los informantes para la denuncia de estas prácticas, lo que no está exento de que éstos sufran represalias, cuestión que se ha constatado que requiere de una regulación con objeto de que estas las personas que denuncian o alertan puedan quedar protegidas.

La Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre, Directiva “Whistleblowing”, ha pretendido reforzar en el ámbito de los estados miembros la cultura de cumplimiento de las entidades públicas y privadas y establecer unas normas mínimas comunes con el propósito de garantizar la protección de las personas que denuncian tales prácticas. La finalidad de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, con la que se incorporó al derecho español dicha Directiva, es la de proteger a las personas que en un contexto laboral o profesional detecten infracciones penales o administrativas graves o muy graves y las comuniquen mediante los mecanismos regulados en la misma, esto es los sistemas de información y sus canales de denuncia internos. No obstante, la nueva ley también prevé un canal externo, a través de una nueva Autoridad de control que se crea, la Agencia Independiente de Protección del Informante A.A.I., aunque en la interpretación de la ley, parece que el cauce más adecuado sería la denuncia interna.

La Ley 2/2023, no hace sino cumplir una obligación de nuestra pertenencia a la Unión Europea y se enmarca en un contexto internacional de protección del denunciante, que se ha de entender, que se extiende más allá de las fronteras de la Unión, como se recoge en Convenciones internacionales, como la de Nueva York. Trata de fijar mecanismos e instrumentos para proteger a quienes informen sobre las infracciones del Derecho de la Unión previstas en la Directiva, abarcando también las infracciones penales y administrativas graves y muy graves de nuestro ordenamiento jurídico.

Con carácter general, la norma determina que cada una de las denominadas “*personas jurídicas obligadas*” en la misma ha de cumplir con la obligación de disponer de su propio sistema interno de información (art. 4.2) y su canal del informante, que afecta tanto a las empresas del sector privado como al sector público. Este deber únicamente se exceptiona para las entidades del sector privado que tengan menos de cincuenta trabajadores y no intervengan en los servicios previstos en el artículo 10.1.b) de la Ley, pero no para las personas jurídicas del sector público (artículos 13 y 14.3), que se encuentran todas ellas obligadas a contar con estos sistemas. El legislador español al incorporar la norma al ordenamiento jurídico, ha hecho uso de forma parcial de la opción de exonerar a las entidades privadas de menos de 50 empleados, de disponer de un sistema interno de información, si bien debe tenerse en cuenta, que el propio art.10.2 dispone que las entidades no obligadas puedan establecer dicho sistema de información interno, que en todo caso, debe ajustarse a las previsiones legales, en casos de existir.

Frente a lo previsto para la entrada en vigor de esta norma en relación con el sector público y empresas privadas de más de 250 trabajadores- respecto a la necesidad de fijación de los canales de denuncia y sistemas de información- que se fijó a los tres meses de su entrada en vigor¹, esto es el pasado 13 de junio, sin embargo, para aquellas privadas que tuvieran

¹Disposición Transitoria Segunda. Plazo máximo para el establecimiento de Sistemas internos de información y adaptación de los ya existentes. 1. Las Administraciones, organismos, empresas y demás entidades obligadas a contar con un Sistema interno de información deberán implantarlo en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta ley. 2. Como excepción, en el caso de las entidades jurídicas del sector privado con doscientos cuarenta y nueve trabajadores o menos, así como de los municipios de menos de diez mil habitantes, el plazo previsto en el párrafo anterior se extenderá hasta el 1 de diciembre de 2023.

3. Los canales y procedimientos de información externa se regirán por su normativa específica resultando de aplicación las disposiciones de esta ley en aquellos aspectos en los que no se adecúen a la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019. Dicha adaptación deberá producirse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley. En estos

entre 50 y 249 empleados se ha determinado que deberán contar con dichos sistemas en fecha de 1 de diciembre de 2023, según dispone la Disposición Transitoria Segunda.

Por su parte, respecto de los Grupos de sociedades la regulación se dispone en el art.11 de la Ley indicando que *“En el caso de un grupo de empresas.....(..), la sociedad dominante aprobará una política general relativa al Sistema interno de información a que se refiere el artículo 5 y a la defensa del informante, y asegurará la aplicación de sus principios en todas las entidades que lo integran, sin perjuicio de la autonomía e independencia de cada sociedad, subgrupo o conjunto de sociedades integrantes que, en su caso, pueda establecer el respectivo sistema de gobierno corporativo o de gobernanza del grupo,..(..)”*, es decir en el supuesto de los grupos de sociedades podríamos entender de aplicación la Teoría de la Organización), por cuanto las actividades relacionadas con la función de cumplimiento normativo o con el *“compliance”* se consideran *“actividades de gobierno”* o de gobernanza y vertebran, en el caso de grupos, a todos sus integrantes. El derecho de sociedades mercantiles las incluye en la categoría de *“gobierno corporativo”* o de *“buen gobierno societario”*, y en ese mismo grupo de actividades habrá que incluir las actuaciones vinculadas a la Ley 2/2023, en la medida en que sigue la misma finalidad, al enmarcarlas en el ámbito del fortalecimiento de la cultura de información, integridad y cumplimiento, como destaca su artículo 1.2.

En este sentido, se pronuncia positivamente la Comisión Europea, en relación a mecanismos a nivel de grupo, en la interpretación que hace del alcance de la Directiva (UE) 2019/1937 en dos cartas interpretativas de 2021, emitidas en respuesta a varias consultas de *Business Europe*². Así en la carta de 2 de junio de 2021 se afirma que *“basándose en el apartado 6 del artículo 8, cuando en un determinado grupo empresarial los programas de cumplimiento se organicen a nivel de la sede central, podría ser compatible con la Directiva que una filial se beneficie de la capacidad de investigación de su sociedad matriz siempre que se den determinados requisitos”*³. Ahora bien, en todo caso, estos instrumentos que se permiten para los grupos de sociedades serán válidos en la medida, como señala la Comisión, que sean los propios informantes los que libre y voluntariamente decidan utilizarlos, por considerar que pueden tratar de manera más efectiva la infracción comunicada y que no hay riesgo de represalia. Hay que recordar que la voluntariedad es un principio esencial en el esquema de la Ley 2/2023 para los sistemas internos, hasta el punto de que la Ley ni siquiera impone como obligatoria la existencia de una denuncia interna. En todo caso, los mecanismos alternativos o complementarios no conllevan ni pueden implicar que haya una minoración o relajación de las obligaciones específicas que incumben a las personas y entidades obligadas a tener su propio sistema interno, ni puede impactar sobre el nivel de exigencia de los sistemas internos de información preceptivos.

Aunque las cartas interpretativas de la Comisión Europea dan respuesta a planteamientos sobre grupos de empresas del sector privado, sus planteamientos están basados en las reglas generales de la Directiva. Como se deduce de la carta interpretativa de la Comisión Europea⁴ de 02.06.2021, una política empresarial que infunda confianza en la función de denuncia de irregularidades del grupo, posiblemente acompañada de una buena política de

supuestos, el informante gozará de la protección establecida en esta ley siempre que la relación laboral o profesional en cuyo contexto se produzca la infracción, se rija por la ley española y, en su caso, adicionalmente de la protección establecida en la normativa específica

² (identificadas como Brussels, 29.06.2021. JUST/C2/MM/rp/ (2021)4667786 y Brussels, 02.06.2021 JUST/C2/MM/rp/ (2021)3939215)

³ 1) la empresa filial sea de tamaño medio (tenga entre 50 y 249 trabajadores) 2) existan y sigan existiendo canales de información a nivel de la filial 3) se facilite información clara a los denunciantes sobre el hecho de que una persona/departamento designado a nivel de la sede central estaría autorizado a acceder a la denuncia (con el fin de llevar a cabo la investigación necesaria), y el denunciante tenga derecho a oponerse a ello y a solicitar que la conducta denunciada sólo se investigue a nivel de la filial; 4) se adopte cualquier otra medida de seguimiento y se informe al denunciante a nivel de la filial

⁴ JUST/C2/MM 2.06.2021

información que dé a conocer su disponibilidad y anime a los denunciante a informar a las funciones centrales de denuncia de irregularidades del grupo, puede dar lugar a que los denunciante tiendan a elegir informar allí. No obstante, la posibilidad de informar a la filial en la que trabaja el denunciante debe seguir estando siempre efectivamente disponible.

Podemos por tanto concluir, que en el ámbito privado, siguiendo la previsión de la Directiva, estarán obligadas a configurar un sistema interno de información todas aquellas empresas que tengan más de cincuenta trabajadores.

Por tanto, en los grupos de empresas, de acuerdo con lo dispuesto en el art.11 de la Ley, será la sociedad dominante la que pueda implantar los principios y políticas que inspiren la organización del sistema para la adecuada organización y coordinación de los canales de denuncia en cada una de las entidades que forman parte de aquel. Y por su parte, siendo consciente la ley, del coste que esta nueva obligación pueda generar en las empresas, permite que aquellas que, superando la cifra de cincuenta trabajadores cuenten con menos de doscientos cincuenta, puedan compartir medios y recursos para la gestión de las informaciones que reciban, quedando siempre clara la existencia de canales propios en cada empresa, y ello para las empresas privadas, de conformidad con lo previsto en el art.12.

En los términos expuestos, en relación con las personas obligadas a disponer de un sistema interno de información, el artículo 5.2 de la Ley prevé no obstante la posibilidad de distintas fórmulas de gestión, aunque éstas deberán respetar los principios y criterios de los artículos 4 a 15. Entre estas fórmulas de gestión del sistema interno de información se admite expresamente la gestión por tercero externo en su artículo 6, aunque en dicho supuesto dicha gestión del sistema, se ha de considerar limitada a la recepción de informaciones, sin perjuicio de posibles interpretaciones a la luz de los preceptos de la Ley.

En definitiva, la gestión del sistema interno se puede llevar a cabo dentro de la propia entidad obligada, directamente o empleando los medios compartidos previstos en los artículos 12 y 14, o a través, con ciertas condiciones, de un tercero externo (artículos 6.1 y 15 de la Ley 2/2023). Ahora bien, en materia de externalización por un tercero, el régimen previsto para el sector privado no es el mismo que para el público (artículo 15), determinándose en los casos de externalización una limitación a la propia responsabilidad, por cuanto en su apartado 3 se refiere a que *“la gestión del sistema de información por un tercero, no podrá suponer un menoscabo de las garantías y requisitos que para dicho sistema establece la ley, ni una atribución de la responsabilidad sobre el mismo en persona distinta del Responsable del sistema a que se hace mención en su artículo 8.”*. Es decir, en cuanto a la externalización del sistema interno de información, se establecen dos cautelas: por un lado, el respeto absoluto a los principios de independencia, confidencialidad, protección de datos y secreto de las comunicaciones; y, por otro, que no suponga un menoscabo de las garantías previstas ni una alteración de la responsabilidad, que seguirá recayendo en el responsable del sistema de información, que de acuerdo con la Ley deberá ser designado por el órgano de administración u órgano competente de la entidad u organismos correspondiente.

2. PRINCIPIOS DE GARANTÍA EN LOS SISTEMAS INTERNOS DE INFORMACIÓN

De acuerdo con el objeto de la Ley 2/2023, se ofrecen una serie cauces adecuados tanto a las Administraciones y personas públicas y privadas de poner en su conocimiento no solo posibles actuaciones de corrupción, hechos tipificados como delitos, e infracciones graves y muy graves, sino también y simultáneamente, ofrecer una serie de garantías adecuadas frente a las represalias que puedan sufrir las personas físicas que informen, a través de los procedimientos previstos en la misma. Uno de los objetivos esenciales que busca la Ley, es la efectividad del funcionamiento de los sistemas internos de información y de la protección que debe conferir al informante.

La necesidad de hacer operativo el principio de la efectividad del sistema es una de las mayores pretensiones de la regulación de la Directiva, especialmente en la implantación de unos canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros, tal como se hace constar en los considerandos 3 y 47 y el artículo 7.2 de la misma, al exigir la aplicación de dichos principios en los canales de denuncia interna, *“siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva”*. Y este mismo principio se traslada a la regulación de la Ley 2/2023. En efecto, en su artículo 4, prevé que el sistema interno de información sea el cauce preferente para informar sobre las acciones u omisiones previstas en su ámbito objetivo (art. 2), para el art. 5.2.e), disponer que el sistema interno de información deberá *“Garantizar que las comunicaciones presentadas puedan tratarse de manera efectiva dentro de la correspondiente entidad u organismo con el objetivo de que el primero en conocer la posible irregularidad sea la propia entidad u organismo”*, es decir la entidad que pudiera estar afectada.

No obstante, como analizaremos, nuestra norma no solo va más allá en cuanto al objeto de la propia Directiva, ampliando los supuestos de posible información, sino también fijando una serie de condiciones que tratan de preservar los derechos fundamentales que se pudieran ver concernidos procedentes de la información y de los informantes, como la tutela judicial efectiva, derecho de defensa y presunción de inocencia, además de la protección de datos y el derecho al honor y, estableciendo todo un Estatuto de protección para el denunciante, pero sin obviar, como veremos, las normas del proceso penal y las personas que pudieren resultar afectadas, tanto personas físicas como jurídicas.

En consecuencia, para una adecuada interpretación que pueda darse a los preceptos de la Ley 2/2023 deberá también considerarse la necesidad de garantizar no sólo la efectividad del sistema interno de información o sus elementos integrantes, sino el respeto de los principios que deben presidir el tratamiento de la información en los sistemas, como el de transparencia, confidencialidad, seguridad vinculados con las garantías que se otorgan a los informantes, de tal manera que exige una serie de requisitos, destacando no sólo que se debe permitir a todas las personas referidas en el art.3 de la Ley, la comunicación de infracciones, sino que en su art. 5.2.b se indica que ha de *“estar diseñado, establecido y gestionado de forma segura, de modo que se garantice la confidencialidad y la identidad del informante y de cualquier tercero mencionado en la comunicación y de las actuaciones que se desarrollen en la gestión y tramitación de la misma, así como la protección de datos, impidiendo el acceso de personal no autorizado”*, y fijándose en el art.9.2 las condiciones y requisitos que habrán de cumplir dichos canales y sistemas de información.

3. PERSONAS PROTEGIDAS FRENTE A LAS REPRESALIAS

Con respecto a las personas informantes que están protegidas frente a posibles represalias, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 2/2023, son todas aquellas que tienen vínculos profesionales o laborales con entidades tanto del sector público como del sector privado, aquellas que ya han finalizado su relación profesional, voluntarios, trabajadores en prácticas o en período de formación, personas que participan en procesos de selección, y aquellos cuya relación laboral todavía no haya comenzado, cuando la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual, al igual que a las que prestan asistencia a los informantes, o a las personas de su entorno que puedan sufrir represalias, así como a las personas jurídicas propiedad del informante, entre otras. En este sentido, se expresa dicho precepto, que se refiere a *“los informantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional”*, concepto que comprende, en todo caso, a los empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena⁵,

⁵ Artículo 3.3 de la ley 2/2023 *“Y a sus representantes en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante”*.

autónomos, accionistas, partícipes y miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, y cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores.

Además las medidas de protección se aplican también, en su caso, a las personas físicas que en el marco de una organización en la que preste servicios el informante, asistan al mismo en el proceso; a las personas físicas relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias, como compañeros de trabajo o familiares del informante y a las personas jurídicas, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa, al igual que se aplicará a los denunciantes cuando comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral ya finalizada, tal como se contiene en el art.4 de la Directiva.

En dicho ámbito de sujetos obligados se incluye, en consecuencia, tanto a los empresarios personas físicas, como a las personas jurídicas, y dentro de estas con independencia del tipo societario o asociativo o fundaciones que adopten. En este sentido se incluirían las entidades sin personalidad jurídica como comunidades de bienes, herencias yacentes, sociedades irregulares o en formación, sociedades ocultas y Uniones Temporales de empresas⁶. También se incluyen los partidos políticos, los sindicatos, organizaciones empresariales y las fundaciones creadas por unos u otros, siempre que reciban o gestionen fondos públicos.

4. GARANTÍAS Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE

La finalidad de la Ley 2/2023, como venimos diciendo, es clara siguiendo la línea marcada por la Directiva, de una parte alentar las informaciones sobre ilícitos o actuaciones de corrupción, pero al tiempo establecer una serie de condiciones de protección para evitar las represalias al informante, regulando dos condiciones, que las personas que revelen infracciones han de tener motivos razonables para considerar que están ofreciendo una información veraz, y que la denuncia se canalice por alguno de los mecanismos fijados en la Ley, bien canal interno o canal externo de la Autoridad Independiente de Protección del Informante o del correspondiente órgano u organismo de la Comunidad Autónoma, de existir, o acudiendo a la revelación pública, tal como señala el art.35, que parte de la buena fe del informante, ya que se ampara a *“aquellas personas que mantienen una actitud cívica y de respeto democrático”*, en el ámbito de las vías de comunicación previstas en la Ley, lo que no excluiría las denuncias ante la Policía o ante la Fiscalía o un Juez, situación ante las que el denunciante no tendría las garantías de la Ley 2/2023, pero sí las que le brinda la ley a los testigos en el procedimiento penal.

En realidad el espíritu de la Ley 2/2023, es fijar una serie de garantías del informante que tratan de hacerse posible con la gestión de los sistemas de información y canales de denuncia, de una parte, con el respeto al derecho fundamental a la protección de sus datos personales, y de otra garantizar y evitar las eventuales represalias, a través del establecimiento de mecanismos que al tiempo que traten de prevenir y detectar actuaciones irregulares⁷, establezcan medidas de garantía que habrán de respetarse en la gestión de comunicaciones y tramitaciones, el derecho fundamental a la protección de datos, el derecho al honor, a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa, así como el deber de seguridad y confidencialidad, con la preservación de la identidad del informante al denunciado y terceros, o a través del anonimato. Por su parte, en cuanto a la gestión de las

⁶Art.10 b y c de la Ley 2/2023

⁷ Guidelines on processing personal information within a whistleblowing procedure, publicadas en el mes de julio de 2016 y actualizadas en diciembre de 2019. Disponible en https://edps.europa.eu/dataprotection/our-work/our-work-by-type/guidelines_en.

informaciones se establece así mismo, otra serie de principios en el ámbito de la protección de datos como la minimización de los datos, los plazos de conservación de la información, el derecho de información y, en definitiva, un tratamiento de los datos del denunciante y de terceros afectados en las informaciones, acordes con la normativa de protección de datos, cuestiones sobre las que ya se han pronunciado tanto el Consejo del Poder Judicial⁸, como la propia AEPD⁹ en diversos informes.

La pretensión de la Ley fijar unos principios, garantías y límites en la aplicación de los sistemas de *compliance*, y, por tanto en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁰ y su normativa reguladora,¹¹ al considerar lo más recomendable, que sea la propia organización donde se producen las irregularidades la que depure, de forma temprana, transparente y con pleno respeto de los derechos del informante y de los afectados por la denuncia, estos comportamientos ilícitos o prácticas indeseables, si bien prohibiendo las represalias, entendidas como cualesquiera actos u omisiones que esté prohibidos por la Ley, o que de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren, en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes o por haber hecho una revelación pública(art.36.2 de la Ley, mencionando a título enunciativo una relación de conductas, y contemplando una serie de medidas de protección frente a eventuales represalias (art.36.5, 38 y 39 de la Ley).

Pero con carácter previo, y para garantizar que no se produzcan dichas conductas de represalia por identificación del denunciante, el artículo 33.2 de la Ley 2/2023, exige que los sistemas internos de información, los canales externos y quienes reciban revelaciones públicas deberán contar con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas y a cualquier tercero que se mencione en la información suministrada, especialmente la identidad del informante en caso de que se hubiera identificado. Ello incide en el cumplimiento reforzado de los principios de confidencialidad e integridad, debiendo implementar medidas de seguridad apropiadas en los sistemas de *whistleblowing*, que han de ser suficientemente sólidas como para impedir no solo brechas de seguridad, sino accesos no autorizados a los canales de denuncias, con lo que se vulneraría la confidencialidad y la seguridad, pudiendo facilitar dichas represalias.

Otro de los principios a tener en cuenta en la tramitación, es el de la conservación de los datos, que no deben conservarse “más tiempo del necesario para los fines del tratamiento”(art. 5.1 e) del RGPD, prescribiendo los artículos 26.2 y 32 de la Ley 2/2023, que los datos que pudieren ser objeto de tratamiento y almacenamiento, podrán conservarse en el sistema de información únicamente durante el tiempo imprescindible para la procedencia del inicio de una investigación sobre los hechos informados, y en consecuencia sólo mientras sea necesario para la tramitación de su denuncia, investigación, informe y por

⁸ Informe del Consejo del Poder judicial de 26 de mayo de 2022 sobre el anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se transpone la directiva (UE) 2019/1937 del parlamento europeo y del consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la unión

⁹0054/2023 Informe Gabinete Jurídico de la AEPD.

¹⁰Artículos 31 bis. 2, 1ª y 2ª, 31 bis.5, 4ª y 31 quater d) del Código Penal, introducidos por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de octubre.

¹¹ Vazquez de Castro, E; “La doble faceta de la protección de datos personales en los sistemas de compliance”. Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, numero 59(2022) “El compliance o cumplimiento normativo es un mecanismo preventivo que sirve para liberar de responsabilidad a las personas jurídicas. Uno de los aspectos importantes que deben tenerse en cuenta a la hora de prevenir incumplimientos es el derecho a la protección de datos personales. Este derecho fundamental a la protección de datos personales debe integrarse en los sistemas de compliance desde una doble faceta: de un lado, la protección de datos personales de los denunciantes y afectados por las denuncias en la gestión de los canales de denuncia internos y, de otro lado, en la creación de reglas en los códigos de buenas prácticas y riesgos para el interés público”.

un plazo tres meses que podrá ampliarse a un máximo de los seis meses que determina la Ley¹²(art.32.3 y 4) y sin perjuicio de lo previsto en el art.26 en relación con el libro-registro, si bien de acuerdo con los modos y plazos de conservación de los datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento. Lo anterior, no es óbice para una eventual conservación de los datos por aplicación, de otras normas que prevén distintas posibilidades de conservar determinada información, como las que se derivan del artículo 31bis.2 y artículo 31 quarter.1, letra d) del Código Penal, esto es los sistemas de *compliance*.

En esta línea, la Ley distingue de un lado, la información contenida en el sistema de información, de aquella otra del libro-registro del art.26, fijando que dicho libro-registro no será público y únicamente se podrá acceder a dicha información a petición razonada de la Autoridad judicial competente mediante auto, y en el marco de un procedimiento judicial y bajo la tutela de aquella, pudiéndose conservar durante los plazos en atención a la investigación y el tipo delictivo de que se trate. Sin embargo, para los datos personales de los informantes y terceros concernidos contenidos en los sistemas de información, se dispone que solo se conservarán durante el período que sea necesario y proporcionado a efectos de cumplir con esta ley, tal como se indica en los citados apartados 3 y 4 del artículo 32. En cualquier caso, si hubieran transcurrido tres meses desde la recepción de la comunicación sin que se hubieran iniciado las actuaciones de investigación, se procederá a la supresión de dichas informaciones, salvo que la finalidad fuera la de dejar evidencia del funcionamiento del sistema de información, pudiendo constar en el sistema las comunicaciones a las que no se hubiera dado curso, si bien de forma anonimizada.

Según el Informe 0060/2023¹³ de la Agencia de Protección de Datos-AEPD- se permitiría compatibilizar la necesaria supresión de los datos personales en los sistemas internos de información, sometidos a un régimen de acceso más amplio una vez transcurridos los plazos que se recogen en el artículo 32 de la Ley, (limitados al tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación), con un plazo máximo de tres meses, prorrogable por otros tres meses más de forma excepcional, transcurrido el cual deberán ser suprimidos o anonimizados, con la obligación de la entidad responsable del tratamiento de llevar el citado libro-registro, en el que se establece un plazo de conservación más amplio que puede alcanzar los diez años, y que tiene garantías específicas. En el citado Informe la autoridad de control, indica que el responsable del tratamiento en cuanto a los sistemas de *compliance*, y a los efectos “*de poder ejercer con todas las garantías los derechos previstos en el artículo 24 de la Constitución, en un hipotético procedimiento penal, en relación con lo dispuesto en el artículo 31 bis 2 y artículo 31 quarter 1. d) del Código Penal, pueda conservar en un espacio ajeno y distinto a los que se derivan de la Ley 2/2023 de 20 de febrero, aquella información que resulte necesaria a tal fin, precisamente para cumplir con las finalidades que justifican dicho tratamiento con arreglo a otras leyes que también les obligan*”.

Al mismo tiempo, para proteger al informante y terceros afectados por las informaciones recibidas, si se acreditara que la información facilitada o parte de ella de los sistemas

¹²Informe 0060/2023 de la AEPD.

¹³De lo indicado hasta ahora se establece la existencia de dos espacios perfectamente diferenciados con un régimen distinto en términos cualitativos y cuantitativos. Por un lado, el Sistema Interno de Información, donde los plazos de conservación de la información son como máximo de tres meses si no se han iniciado las actuaciones correspondientes, y, si se han iniciado las actuaciones, deberá estarse a los plazos del “procedimiento” que tramite el sujeto obligado y si bien no se indica expresamente en la ley, de sus preceptos se puede deducir, en principio, que es de seis meses en ciertos casos al indicar el artículo 9. 2 d) lo siguiente: 2. El procedimiento establecerá las previsiones necesarias para que el Sistema interno de información y los canales internos de información existentes cumplan con los requisitos establecidos en esta ley. En particular, el procedimiento responderá al contenido mínimo y principios siguientes: d) Determinación del plazo máximo para dar respuesta a las actuaciones de investigación, que no podrá ser superior a tres meses a contar desde la recepción de la comunicación o, si no se remitió un acuse de recibo al informante, a tres meses a partir del vencimiento del plazo de siete días después de efectuarse la comunicación.

internos no es veraz, habrá de ser suprimida de forma inmediata, en cuanto se tuviera constancia de la ausencia de veracidad, excepto cuando dicha falta de veracidad pueda constituir un ilícito penal, en cuyo caso se conservará la información por el tiempo necesario durante el que se tramite el procedimiento judicial.

Con este mismo propósito de protección, los titulares de los datos personales en los sistemas internos de información deberán ser informados sobre sus datos personales en relación con las concretas denuncias en las que se vean involucrados (directa o indirectamente), por cuanto el art. 13 del RGPD, aplicable a los casos en los que los datos se obtengan directamente de los interesados, y el art. 14 del mismo texto, de aplicación a aquellos supuestos en los que estos no se obtengan de los interesados. El deber de información de la entidad obligada no se agota con la publicidad del canal de denuncias, tal y como únicamente exigen los artículos 24.1 de la LO 3/2018 y 32.5 de la Ley 2/2023, sino que exige igualmente dar dicho derecho respecto al tratamiento de los datos existentes en las informaciones.

Por su parte, resulta reseñable que el artículo 33¹⁴ de la Ley 2/2023, fija como una medida de garantía, la preservación de dicha identidad tanto del informante como de los terceros afectados, garantizando no solo la confidencialidad de los datos correspondientes a los mismos, sino fijando que no será objeto del derecho de acceso a datos personales el dato de la identidad del denunciante, quedando limitada la posibilidad de dicha comunicación¹⁵, y en consecuencia, la identidad del informante, que solo podrá ser comunicada, de acuerdo con su apartado 3¹⁶, tratándose de la autoridad judicial, Ministerio fiscal o autoridad administrativa en el marco de una investigación, aunque cabe que el mismo pudiera haber optado por el anonimato.

En relación con la garantía del art. 33 de la Ley 2/2023, se preceptúa que quienes lleven a cabo una información o una revelación pública, se les habrá de informar de forma expresa, que su identidad será en todo caso reservada, que no se comunicará a las personas a las que se refieren los hechos relatados ni a terceros, siendo en este sentido taxativo el art.33.apart.1 de la Ley *“Quien presente una comunicación o lleve a cabo una revelación pública tiene derecho a que su identidad no sea revelada a terceras personas”*.

No obstante, y a pesar de existir dicha regla general de la preservación de la identidad del denunciante, cabe la excepción a dicho *“pilar esencial”* en palabras de la Ley, cuando bien

¹⁴ Los sistemas internos de información, los canales externos y quienes reciban revelaciones públicas no obtendrán datos que permitan la identificación del informante y deberán contar con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas y a cualquier tercero que se mencione en la información suministrada, especialmente la identidad del informante en caso de que se hubiera identificado.

3. La identidad del informante solo podrá ser comunicada a la Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora.

Las revelaciones hechas en virtud de este apartado estarán sujetas a salvaguardas establecidas en la normativa aplicable. En particular, se trasladará al informante antes de revelar su identidad, salvo que dicha información pudiera comprometer la investigación o el procedimiento judicial. Cuando la autoridad competente lo comunique al informante, le remitirá un escrito explicando los motivos de la revelación de los datos confidenciales en cuestión.

¹⁵ Ayala de la Torre J.M. y Bueno Sanchez, J.M La protección del informante en el Derecho español. Edit. Aranzadi. Madrid.2023, pag.157

¹⁶ “a la Autoridad Judicial, al Ministerio fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora regulándose que las revelaciones que se realizaran en virtud de dicho apartado estarán sujetas a las salvaguardas establecidas en la normativa aplicable. En particular, se trasladará al informante antes de revelar su identidad, salvo que dicha información pudiera comprometer la investigación o el procedimiento judicial. Cuando la autoridad competente lo comunique al informante, le remitirá un escrito explicando los motivos de la revelación de los datos confidenciales en cuestión.”

una norma nacional prevea revelarlo, o bien se solicite en el marco de un proceso judicial, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa por parte del denunciado, ya que en este caso estarían en conflicto varios derechos fundamentales, con la necesaria ponderación entre los mismos y la aplicación del principio de proporcionalidad, tal como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero¹⁷.

Dada la relevancia que la Ley otorga a la protección del informante, y por consiguiente, del principio de confidencialidad de acuerdo con el art. 32 de la Ley, se establecen unas limitaciones en cuanto a las personas que dentro de la entidad obligada puedan tener acceso a las informaciones, que queda muy restringida, dentro del ámbito de las competencias y funciones que correspondan, exclusivamente las personas de la organización en el citado precepto designadas¹⁸.

5. LIMITACIONES DEL DERECHO DE DEFENSA ANTE LA PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD.

Como ya hemos visto, la regulación de la Ley 2/2023 tiene como objetivo la prevención del fraude y la corrupción, a través de la implantación de sistemas internos y externos de información, evitando o detectando con ello prácticas que, en definitiva, implican importantes perjuicios para el interés público. No obstante, la Ley no supone una derogación de las restantes normas y obligaciones que responden a los mismos principios de fomento de la creación de una cultura ética y de cumplimiento, tanto del sector público, como del sector privado. En este sentido, la Ley 2/2023 no ha afectado a las normas relativas al proceso penal o que regulan el derecho de defensa en ese proceso y que afectan a las personas denunciadas, ya se trate de personas físicas o jurídicas, que cuentan cómo no puede ser de otra manera, con el Derecho Fundamental recogido en el art.24.2 de la Constitución española.

Conviene hacer referencia a que las denuncias a las que se refiere la Ley 2/2023 son totalmente distintas y compatibles con las denuncias judiciales, y como sostiene el Consejo del Poder Judicial en el Informe de 26 de mayo de 2022 al Anteproyecto de ley, incide en el hecho de la importancia de la finalidad de la Directiva y por tanto de la Ley 2/2023, que no es otro que *“alentar la denuncia interna, y proteger al informante, y en modo alguno penalizar a aquel que, precisamente para evitar represalias, acude a canales internos o*

¹⁷ la STC 14/2003, de 28 de enero: “En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66] , F. 5; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55] , FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 270] , F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37] , F. 8; 186/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 186] , F. 6)

¹⁸ Art-32.a) El Responsable del Sistema y a quien lo gestione directamente. b) El responsable de recursos humanos o el órgano competente debidamente designado, solo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador. En el caso de los empleados públicos, el órgano competente para la tramitación del mismo. c) El responsable de los servicios jurídicos de la entidad u organismo, si procediera la adopción de medidas legales en relación con los hechos relatados en la comunicación. d) Los encargados del tratamiento que eventualmente se designen. e) El delegado de protección de datos.2. Será lícito el tratamiento de los datos por otras personas, o incluso su comunicación a terceros, cuando resulte necesario para la adopción de medidas correctoras en la entidad ola tramitación de los procedimientos sancionadores o penales que, en su caso, procedan.

externos y evita denunciar ante la autoridad judicial, fiscal o policial,....(...) , determinando el art.2.2. de la Ley que *“Esta protección no excluirá la aplicación de las normas relativas al proceso penal incluyendo las diligencias de investigación”*.

Singularmente, la Ley a pesar de proteger la identidad del informante, no ha afectado al Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva y Derecho de defensa, sino todo lo contrario, al determinar la aplicación de las normas relativas al proceso penal o que regulan el derecho de defensa en ese proceso y que afectan a las personas objeto de denuncia. Así lo indicaba expresamente el considerando 28 de la Directiva 2019/1937, al señalar que esta regulación *“... no debe afectar a las normas nacionales relativas al proceso penal, especialmente a las destinadas a proteger la integridad de las investigaciones y procedimientos o los derechos de defensa de las personas afectadas”*. Criterio éste que se recoge igualmente en el artículo 3.3.d) de la Directiva, que fija que esa regulación no afecta a la aplicación del derecho de la Unión Europea o nacional relativo a las normas del enjuiciamiento criminal. Y el derecho de defensa de las personas afectadas expresamente se salva en el artículo 22.1 de la Directiva *“Medidas para la protección de las personas afectadas1. Los Estados miembros velarán, de conformidad con la Carta, por que las personas afectadas gocen plenamente de su derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, así como a la presunción de inocencia y al derecho de defensa, incluido el derecho a ser oídos y el derecho a acceder a su expediente”*. Este reconocimiento y protección se recoge en la Ley 2/2023, que en su artículo 2.2, al definir el ámbito material de aplicación, dispone, como se ha indicado anteriormente, que *“Esta protección no excluirá la aplicación de las normas relativas al proceso penal, incluyendo las diligencias de investigación”*.

Esta previsión normativa incluye las normas especiales que puedan existir como las de protección de testigos recogidas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, pero también se extiende a todas aquellas normas destinadas a proteger los derechos de defensa de las personas afectadas, en línea con lo señalado en la Directiva. Esta protección se reitera en el artículo 39.1, al definir las medidas para la protección de las personas afectadas *“Durante la tramitación del expediente las personas afectadas por la comunicación tendrán derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y al derecho de acceso al expediente en los términos regulados en esta ley, así como a la misma protección establecida para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento”*.

Por otro lado, se ha de tener en cuenta, que una norma que no tiene el carácter de ley orgánica no puede interpretarse como una norma legal con habilitación suficiente para impedir o limitar el derecho de defensa del artículo 24.2 de la Constitución Española en sus distintas manifestaciones, esto es, para afectar al contenido esencial de un derecho fundamental de las partes afectadas en el proceso penal, con las garantías como a la no autoincriminación. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional¹⁹, destacando que la garantía de no autoincriminación es una especie de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, que *“son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación”*. Estos derechos, según esas mismas sentencias, *“entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación”*. También sobre el fundamento de esta garantía, el Tribunal Constitucional²⁰ ha recogido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

¹⁹ SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 142/2009, de 15 de junio, FJ 3, y con términos análogos en la STC 54/2015, de 16 de marzo, FJ 7).

²⁰ (SSTC 142/2009, FJ 3; 18/2015, FJ 2, y 54/2015, FJ 7)

(TEDH)²¹, al indicar que “*el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 del Convenio. El derecho a no auto incriminarse, en particular, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la ‘persona acusada’.*”

En este sentido, la propia Directiva establece, para salvaguardar el derecho de defensa, una excepción al deber de confidencialidad en su artículo 16.2, permitiendo que la identidad del denunciante u otra información sea revelada cuando exista una obligación legal necesaria y proporcionada en el contexto de una investigación o en el marco de un proceso judicial, para garantizar el derecho de defensa de la persona afectada, que deriva de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, con su correspondiente reflejo en el artículo 33.3 de la Ley 2/2023 citado.

En consecuencia, esa compatibilidad debe resolverse por la vía de los artículos 2.2 y 40 de la Ley 2/2023, que permite entender que la regulación de estos sistemas internos de información no excluirá la aplicación de las normas relativas al proceso penal, incluyendo las diligencias de investigación. Normas relativas al proceso penal que incluyen el derecho a la defensa en los términos del artículo 24.2 de la CE. En efecto, en el caso de poder quedar afectado el derecho de tutela judicial efectiva y defensa del art.24.2 de la Constitución, quedaría limitado el derecho del informante y los terceros, por cuanto en caso de existir acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea, o ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, que se pusieren de manifiesto a través de este canal de información, se fija como obligación del responsable del sistema de información de la entidad de que se trate, la remisión con carácter inmediato al Ministerio Fiscal o la Fiscalía europea, y en caso de ser necesaria la revelación en el ámbito de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora, se actuará conforme determina el art.33.3, mediante la comunicación que habrá de hacer al informante la autoridad competente de que se trate, siempre que no se comprometa la investigación o el procedimiento judicial.

Ahora bien, dicha necesidad de revelación aparece conectada como se ha indicado, en el concreto contexto de un procedimiento penal, al empleo de las alegaciones del denunciante como fuente de prueba y como testimonio de cargo en ese marco, como señala la STS de 23 de julio de 2022.

No obstante, el dato de la identidad del informante con respecto a la persona denunciada seguirá siendo confidencial, ya que la persona afectada no podrá recibir ninguna información sobre la identidad del informante, en la medida en que sea legalmente posible para garantizar sus derechos de tutela judicial y defensa, de acceso al expediente, de confidencialidad y reserva de identidad y la presunción de inocencia; en fin, de los mismos derechos de los que goza el informante, y a salvo de fijar la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, ya que ningún derecho fundamental es ilimitado, o absoluto.

En efecto, es el art.9.2.j de la Ley 2/2023, el que preceptúa la obligación por parte del responsable del sistema de “*Remisión de la información al Ministerio Fiscal con carácter inmediato cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito*” lo que podría implicar una declaración inculpativa de la persona denunciada contraria a dicho principio, y en particular, en el caso de ser la denunciada la propia persona jurídica, responsable del sistema con la obligación de remisión, pues podría entenderse que con ello se vulnera el derecho a la no autoincriminación y a guardar silencio. En este punto, la

²¹ (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39, y de 4 de octubre de 2005, caso Shannon c. Reino Unido, § 32).

doctrina ha puesto de relieve la dificultad teórica que representa la ausencia de una excepción expresa en la Ley que asegure la compatibilidad entre la obligación de denuncia indicada y su vinculación con la garantía del derecho fundamental de la persona jurídica afectada por la información, que podría salvarse, por la vía de la aplicación del art.2.2 y 40 de la Ley 2/2023.

6. LA GARANTÍA DEL ANONIMATO EN LAS DENUNCIAS

Otra de las medidas que la Ley 2/2023, permite es precisamente las denuncias anónimas con objeto de preservar su identidad del informante en el propio sistema, llevando su protección más allá de la confidencialidad, al impedir que ni el propio órgano encargado de la tramitación de las denuncias conozca la identidad del informante, cuestión ésta que podría llegar a comprometer incluso el derecho de defensa de la persona afectada por la denuncia, al enfrentarse a una investigación en la que desconoce la identidad de quien le acusa y la procedencia de la evidencia que contra él se aporta. En palabras de la propia Ley 2/2023 en su exposición de motivos, el fundamento *“ese canal interno de información al que hemos hecho referencia en párrafos anteriores debe garantizar, si queremos que salgan a la luz los comportamientos reprobables, la confidencialidad del informante, en todo caso, siendo aconsejable prever, además, el anonimato del mismo. No hay mejor forma de proteger al que informa que garantizando su anonimato.”*

Ha de recordarse que la denuncia anónima no es un elemento extraño ni en la normativa europea²², ni la normativa vigente de carácter nacional, existiendo diversos ámbitos en los que se ha regulado la posibilidad de denuncias anónimas.²³

No obstante, la Directiva *Whistleblowing*, por su parte, no impone a los Estados miembros la obligación de aceptar las denuncias anónimas, si bien, en caso de que así se establezca en el derecho nacional, las personas denunciantes cuyo anonimato llegara a desaparecer, deben gozar de la protección dispensada por la norma europea, tal y como determina claramente el considerando 34. Ante ello, el legislador nacional ha optado, por regular la posibilidad de informar de forma anónima tanto a través de los canales internos en su art.7.3, como de la Autoridad Independiente de Protección del Informante. En consecuencia,

²² Directiva de Ejecución (UE) 2015/2392 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2015, relativa al Reglamento (UE) núm. 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la comunicación de posibles infracciones o infracciones reales de dicho Reglamento a las autoridades competentes, donde se recogen las normas que especifican los procedimientos de denuncia del artículo 32.1 del Reglamento, incluyendo la posibilidad de que la denuncia se presente de forma anónima (artículo 5.1 a). Por otro lado, la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, recoge dos normas en su artículo 61: (i) la confidencialidad cuando se trata de la denuncia a las autoridades competentes (artículo 61.2 e) y (ii) el anonimato cuando se comunican infracciones a nivel interno en una entidad (artículo 61.3).

²³ Ley 10/2010, modificada por Real Decreto Ley 11/2018, se introdujo en la ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, el actual art. 26 bis en el que se regulan los procedimientos internos de comunicación de potenciales incumplimientos (canales de denuncias interna) para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado. Y en la LO 12/2007, de régimen disciplinario de la Guardia Civil también se contemplaba la posibilidad de denuncias anónimas en las informaciones sobre actos u omisiones en una organización(denuncia interna) o a una autoridad externa(denuncia externa) como a las personas que ponen dicha información a disposición del público, por ejemplo directamente a través de plataformas web o de redes sociales, o a través de medios de comunicación, cargos electos, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos u organizaciones profesionales y empresariales.

la regla general ha sido la regulación de las informaciones anónimas y proteger a la persona que las comunica.

A pesar de que el artículo 24.1²⁴ de la LO 3/2018, regulaba ya la creación y mantenimiento de sistemas de información internos de forma anónima, la nueva Ley 2/2023 ha incluido una serie de previsiones y reglas necesarias respecto a los datos personales, no solo en los casos de los canales internos de información en entidades privadas y públicas, sino a través de los canales externos y contemplando los supuestos de revelación pública. Sobre el anonimato ya se había pronunciado el Grupo de trabajo del art.29 en su Dictamen 1/2006²⁵, lo que también se recoge en el preámbulo de la Ley 2/2023 en el apartado III, en el que se mantiene “*desde las instituciones de la Unión Europea se ha apostado sin ambages por la posibilidad de la aceptación y seguimiento de las denuncias anónimas. A tales efectos, se puede acceder a una herramienta de “denuncia anónima” de irregularidades para ayudar a la Comisión Europea a descubrir cárteles y otras infracciones antimonopolio y sobre tales prácticas anticompetitivas prohibidas por la normativa de competencia de la Unión Europea, que causan daños considerables a la economía europea.*”

7. LAS GARANTÍAS EN LOS CASOS DE REVELACIÓN PÚBLICA

Por su parte, quien lleve a cabo una revelación pública tiene derecho a que su identidad no sea revelada a terceras personas, existiendo una limitación clara al derecho de acceso dispuesto en la Ley, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 33 de la Ley 2/2023. En este sentido, se pronuncia el Consejo de Estado en su Informe de 26 de mayo de 2022 sobre el anteproyecto de Ley. A los informantes o a quienes lleven a cabo una revelación pública, el tratamiento de sus datos únicamente se efectuará bajo la presunción de lo dispuesto en los artículos 6.1.e) del RGPD y 11 de la LO 7/2021, a los que se informará de forma expresa que su identidad será en todo caso reservada y que no se comunicará a las personas a las que se refieren los hechos relatados ni a terceros²⁶.

Precisamente una de las cuestiones más complejas de la regulación es la protección del informante y sus derechos cuando nos encontramos ante supuestos de revelación pública. Por tanto, estas garantías de protección del informante cobran mayor relevancia en estos casos, pero solo si se cumplen alguna de las condiciones enumeradas en el propio texto, con un especial reconocimiento a los supuestos de protección relacionados con los derechos a la libertad de expresión y de información y pluralismo de los medios de comunicación²⁷ que, en nuestro Derecho se reconocen como Fundamentales en el art. 20.1 CE, respecto de las personas que ponen dicha información a disposición del público, por ejemplo como consecuencia del deber de diligencia del informador²⁸ a quien se debe exigir que lo que transmite como hechos denunciados hayan sido previamente contrastados²⁹.

El art.15 de la Directiva, determina respecto a la revelación pública, que “*La persona que haga una revelación pública podrá acogerse a protección en virtud de la presente Directiva*”

²⁵ Relativo a la “aplicación de las normas sobre protección de datos de la UE a los sistemas internos de denuncia de irregularidades en los ámbitos de la contabilidad, controles y cuestiones de auditoría, lucha contra la corrupción y delitos financieros y bancarios”, establecía como regla general que el denunciante debía identificarse, pero también existía la posibilidad de recibir y tramitar denuncias anónimas en determinadas circunstancias.

²⁶ Art.31 de la L2/2023.

²⁷ STC 30/2022, de 7 de marzo “ la libertad reconocida en el art.20.1d) CE, en cuanto transmisión de manera veraz de hechos noticiables, de interés general y relevancia pública, no se erige únicamente en derecho propio del titular sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia”.

²⁸ STC 6/1988, de 21 de enero.

²⁹ Ayala de la Torre J.M. y Bueno Sanchez, J.M: La protección del informante en el Derecho español. Edit. Aranzadi. Madrid.2023, pag.150

si se cumple alguna de las condiciones siguientes: a) la persona había denunciado primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos de conformidad con los capítulos II y III, sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido en el artículo 9, apartado 1, letra f), o en el artículo 11, apartado 2, letra d), o b) la persona tiene motivos razonables para pensar que: i) la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, como, por ejemplo, cuando se da una situación de emergencia o existe un riesgo de daños irreversibles, o ii) en caso de denuncia externa, existe un riesgo de represalias o hay pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la infracción debido a las circunstancias particulares del caso, como que puedan ocultarse o destruirse las pruebas o que una autoridad esté en connivencia con el autor de la infracción o implicada en la infracción. Por su parte, el Título V de la Ley se ocupa de la revelación pública, contando los informantes que utilicen tanto los canales internos de información, como el canal externo que se crea ante la A.A.I., con un régimen específico frente a las represalias.³⁰ En el artículo 27 de la Ley 2/2023, se parte de un concepto de revelación pública como la puesta a disposición del público de información sobre las acciones u omisiones en los términos previstos en la Ley, y se distingue cuando una persona accede directamente a la prensa y denuncia allí, encontrándose en dicho supuesto protegido en el marco del ejercicio de la libertad de expresión y de información³¹, siendo la información que se protege la que se trasmite de forma veraz.

En efecto, nuestro legislador nacional incorpora a la Ley la revelación pública en los artículos 27 y 28 de la Ley, distinguiendo si la revelación pública se hace por medios distintos a la prensa, aplicándose el art.28.1 de la Ley, exigiendo como una de las dos condiciones para ser tenida en cuenta: o bien que se haya realizado la comunicación primero por los canales internos o externos o directamente por los canales externos y no se hayan tomado medidas apropiadas; o que el informante tenga motivos razonables³² para pensar que o bien la infracción constituye un peligro inminente para el interés público, o bien en caso de comunicación a través de canal externo, que exista un riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo debido a las circunstancias del caso, tales como la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción o que ésta esté implicada en la infracción.

En este sentido, la doctrina constitucional contiene ya desde hace tiempo precedentes claramente favorables para aquellos trabajadores que acuden a la revelación pública³³. Si

³⁰ La propia exposición de motivos de la Ley indica “que la protección a quien realiza una revelación pública, con condiciones, se asienta, entre otras causas, en las garantías y protección que ofrece la opinión pública en su conjunto amparando a quien muestra una actitud cívica a la hora de advertir ante posibles infracciones penales o administrativas graves o muy graves o vulneraciones del ordenamiento jurídico que dañan el interés general, así como en la protección de las fuentes que mantienen los periodistas.”

³¹ la STC 6/1988, de 21 de enero, “específico deber de diligencia del informador, al que se le debe exigir que lo que trasmite como hechos haya sido previamente contrastado, y ello sin perjuicio de la problemática que plantea el de la veracidad de las fuentes indeterminadas y su remisión a las mismas, siendo insuficiente a la hora de entender satisfecho el requisito de la veracidad de la información, que opera como requisito del derecho de información”.

³³ STC 6/1998, de 21 de enero, que declaró la nulidad del despido disciplinario de un trabajador destinado en el gabinete de prensa del Ministerio de Justicia que se había justificado en transgresión de la buena fe contractual por haber aquel denunciado públicamente que, desde la llegada al poder del PSOE, se filtraban noticias de manera privilegiada a la Editorial Prisa (en el mismo sentido, la Sentencia de 12 de abril de 1999), aunque el Tribunal Constitucional ha matizado esta doctrina favorable, siendo claro ejemplo de ello la Sentencia de 30 de junio de 2003.

la revelación se hace a través de la prensa y denuncia allí, se aplica el art.28.2.³⁴ quedando el informante protegido por los derechos que otorga la Ley, siempre que se encuentre dentro de los límites normales del ejercicio de la libertad de expresión y de información. En los artículos 35 a 40 de la citada Ley se fijan las medidas de protección de las personas afectadas, de prohibición de represalias, en la misma línea que hace la Directiva en su art. 19, donde se relacionan una serie de supuestos enunciativos como posibles actos considerados de represalia. La protección de los informantes frente a las represalias se fija a un período de 2 años, período que podría ser extendido en determinadas situaciones excepcionales³⁵.

Por último, reseñar que en la Directiva en sus artículos 20 y 21 fija los medios de apoyo contra el informante ante los actos de represalia, obligando a los estados miembros en el sentido que *“adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas a que se refiere el artículo 4 estén protegidas frente a represalias. Dichas medidas incluirán, en particular, las que figuran en los apartados 2 a 8 del presente artículo”*. En la Ley nacional, se regula la necesidad de concurrencia de una serie de condiciones que son las que determinarán la aplicación de las medidas de apoyo³⁶ previstas en el art.37 y los programas de clemencia como los denomina la Doctrina en su art.40, bajo la rúbrica de *“supuestos de exención y atenuación de la sanción”*, que admite que la persona informante que haya participado en la comisión de la infracción no sea sancionada con ello, si revela información importante que lleve al conocimiento del hecho delictivo, cuando en el mismo hubieran participado personas varias. No obstante, para dicha exención se requiere igualmente determinados requisitos, siendo el órgano competente el habilitado para en los casos que proceda atenuar la sanción

8. BIBLIOGRAFÍA

Ayala de la Torre, J.M. “Sombras en la aplicación de la Directiva *Whistleblower* y su transposición al derecho interno español”. Revista de abogados del Estado, núm.58(2022)

³⁴ Art.28.2 “las condiciones para acogerse a la protección previstas en el apartado anterior no serán exigibles cuando la persona haya revelado información directamente a la prensa con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz previstas constitucionalmente y en su legislación de desarrollo”.

³⁵ No obstante, sobre los términos de la posibilidad de protección con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2023, y su disposición sexta, hemos de citar la reciente Sentencia 1065/2023, de 20 de julio, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso del Supremo en su sentencia 1065/2023 de 20 de julio, señala que no puede revisarse en casación la interpretación del derecho autonómico efectuada por el TSJCV de la ley valenciana que regula de la Agencia Valenciana Antifraude contra una sentencia que anuló su acuerdo de conceder el estatuto de denunciante protegido a un funcionario del Ayuntamiento de Los Montesinos (Alicante) que denunció ante un Juzgado de Torreveja hechos presuntamente corruptos, teniendo en cuenta que la resolución sobre la protección del informante se efectuó 20 días antes de la entrada en vigor de la Directiva 2019/1937.

³⁶ a) Información y asesoramiento completos e independientes, que sean fácilmente accesibles para el público y gratuitos, sobre los procedimientos y recursos disponibles, protección frente a represalias y derechos de la persona afectada.

b) Asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes ante cualquier autoridad pertinente implicada en su protección frente a represalias, incluida la certificación de que pueden acogerse a protección al amparo de la presente ley.

c) Asistencia jurídica en los procesos penales y en los procesos civiles transfronterizos de conformidad con la normativa comunitaria.

d) Apoyo financiero y psicológico, de forma excepcional, si así lo decidiese la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. tras la valoración de las circunstancias derivadas de la presentación de la comunicación.

2. Todo ello, con independencia de la asistencia que pudiera corresponder al amparo de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para la representación y defensa en procedimientos judiciales derivados de la presentación de la comunicación o revelación pública.

Ayala de la Torre, JM y Bueno Sanchez, J.M, La protección del informante en el Derecho español, Tras la Directiva *Whistleblower* y la Ley 2/2023, de 20 de febrero. Edit. Aranzadi. Navarra 2023.

Calvo Verger, J. “Estructura, contenido y alcance de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión”. Revista Aranzadi Unión Europea, num.5/2020, parte Doctrina, Editorial ARANZADI, S.A.U., Cizur Menor. (2020)

Campos Acuña, C; “Aproximación a la ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción: una visión aplicativa en el sector público”. Revista Digital Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional. CEMCI 2023 y Campos Acuña, C; “las 15 claves del Sistema Interno de información (*Whistleblower*)”. Diario La Ley Nº 10234, 22 de febrero

Fernández Ramos, S.: “Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación”.Número 63 de la Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, mayo 2023)

Obispo Triana, C, Nuevas obligaciones y derechos con la ley de protección del informante y lucha contra la corrupción. Aranzadi digital num.1/2023, parte estudios y comentarios, Editorial Aranzadi. S.A.U.(2020)

Rebollo Delgado, L Inteligencia artificial y derechos fundamentales. Edit. Dykinson, (Madrid 2023)

Saez Hidalgo, I: “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023: ¿Qué comunicaciones pueden amparar el derecho a protección frente a las represalias?”. Diario La Ley, Nº 10274, abril de 2023.

Vazquez de Castro, E; “La doble faceta de la protección de datos personales en los sistemas de *compliance*”. Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, numero 59 (2022)