

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

Pandemia y Derecho

Sumario

DEBATE

Pandemia y Derecho

Presentación. Pandemia y Derecho: crónica y perspectivas de un tiempo convulso

Ángel M. López y López

El Derecho, desde la pandemia. Una introducción

Javier de Lucas

Los efectos de la pandemia sobre la evolución del Estado social en España

Luis López Guerra

Los poderes públicos y la pandemia: cuestiones penales y sancionadoras

Gonzalo Quintero Olivares

El Estado de alarma en el ordenamiento del Estado autonómico

Juan Cano Bueso

¿Un nuevo paradigma jurídico del mercado tras la crisis?

Ángel M. López y López

Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia

Francisco Oliva Blázquez

ESTUDIOS

Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión

Jorge Correcher Mira

El ámbito de aplicación de la justicia como memoria como parte de los fines del Derecho internacional penal y la función de la Corte Penal Internacional

Héctor Olasolo / Andrés Sánchez Sarmiento / Antonio Varón Mejía

Evidence-based sentencing y evidencia científica. A la vez, algunas consideraciones sobre las «políticas basadas en la evidencia» y el Derecho penal

Lucía Martínez Garay

TEMAS DE HOY

La pandemia por COVID-19 como detonante de una crisis alimentaria, con una breve referencia a los mecanismos internacionales de análisis, orientación y solución de crisis alimentarias

Emílio Vieira

Del pasado al presente de las fundaciones. Reflexión sobre las actividades empresariales y la COVID-19

Alejandro Rosillo Fairén / María Núñez Carrasco

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE nº 28/2020

nº 28



tirant
lo blanch

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 28/2020
teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Coordinadora)

María Luisa Cuerda

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)

Fernando Flores Giménez

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (España)

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (España) (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana Cañizares Laso

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga (España)*

Jorge A. Cerdio Herrán

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

José Ramón Cossío Díaz

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional (México)*

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

*Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

Owen Fiss

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

José Antonio García-Cruces González

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED (España)

Luis López Guerra

*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Marta Lorente Sariñena

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

Javier de Lucas Martín

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia (España)*

Víctor Moreno Catena

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Francisco Muñoz Conde

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)*

Angelika Nußberger

*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario
(Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya
(Holanda)*

Luciano Parejo Alfonso

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

Tomás Sala Franco

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia (España)*

Ignacio Sancho Gargallo

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

Ruth Zimmerling

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz
(Alemania)*

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba
Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: <http://teoriayderecho.tirant.com>

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

ISSN (impreso): 1888-3443

ISSN (online): 2695-6594

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Imprime: Guada Impresores, S.L.

Maqueta: Tink Factoría de Color

SUMARIO

DEBATE

Pandemia y derecho: crónica y perspectivas de un tiempo convulso

Presentación. Pandemia y Derecho: crónica y perspectivas de un tiempo convulso	11
<i>Ángel M. López y López</i>	
El Derecho, desde la pandemia. Una introducción	16
<i>Javier de Lucas</i>	
Los efectos de la pandemia sobre la evolución del Estado social en España	38
<i>Luis López Guerra</i>	
Los poderes públicos y la pandemia: cuestiones penales y sancionadoras.....	54
<i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	
El Estado de alarma en el ordenamiento del Estado autonómico	74
<i>Juan Cano Bueso</i>	
¿Un nuevo paradigma jurídico del mercado tras la crisis?	112
<i>Ángel M. López y López</i>	
Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia	142
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	

ESTUDIOS

Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión	166
<i>Jorge Correcher Mira</i>	
El ámbito de aplicación de la justicia como memoria como parte de los fines del Derecho internacional penal y la función de la Corte Penal Internacional.....	192
<i>Héctor Olasolo</i>	
<i>Andrés Sánchez Sarmiento</i>	
<i>Antonio Varón Mejía</i>	
Evidence-based sentencing y evidencia científica. A la vez, algunas consideraciones sobre las «políticas basadas en la evidencia» y el Derecho penal	238
<i>Lucía Martínez Garay</i>	

TEMAS DE HOY

La pandemia por COVID-19 como detonante de una crisis alimentaria, con una breve referencia a los mecanismos internacionales de análisis, orientación y solución de crisis alimentarias.....	280
<i>Emilio Vieira</i>	
Del pasado al presente de las fundaciones. Reflexión sobre las actividades empresariales y la COVID-19.....	308
<i>Alejandro Rosillo Fairén</i>	
<i>María Núñez Carrasco</i>	

SUMMARY

DEBATE

Presentation. Pandemic and Law: Chronicle and perspectives of a troubled time

Presentation. Pandemic and Law: Chronicle and perspectives of a troubled time.....	11
<i>Ángel M. López y López</i>	
Law from the pandemic. An introduction	16
<i>Javier de Lucas</i>	
The COVID-19 pandemic's Effects on the Evolution of the «Social State» in Spain.....	38
<i>Luis López Guerra</i>	
Public Authorities and the pandemic: criminal and disciplinary issues.....	54
<i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	
The alarm state at the Autonomous State Legal Framework	74
<i>Juan Cano Bueso</i>	
A new legal paradigm of the market after the crisis?.....	112
<i>Ángel M. López y López</i>	
Efficacy and compliance of contracts in times of pandemic	142
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	

STUDIES

Hate speech and minorities: redefining free speech	166
<i>Jorge Correcher Mira</i>	
The Scope of application of the notion of justice as memory as part of the goals of International Criminal Law and the role of the International Criminal Court.....	192
<i>Héctor Olasolo</i>	
<i>Andrés Sánchez Sarmiento</i>	
<i>Antonio Varón Mejía</i>	
Evidence-based sentencing and scientific evidence. At the same time, some reflections on «evidence-based policies» and Criminal Law.....	238
<i>Lucía Martínez Garay</i>	

ACTUALITY

The COVID-19 pandemic as a detonator of a food crisis, with a short reference about international mechanisms for food crisis analysis, guidance and solution.....	280
<i>Emilio Vieira</i>	
From the past to the present of foundations. Reflection on business activities and the COVID-19	308
<i>Alejandro Rosillo Fairén</i>	
<i>María Núñez Carrasco</i>	

DEBATE

Pandemia y Derecho: crónica y perspectivas de un tiempo convulso

Presentación. Pandemia y Derecho: crónica y perspectivas de un tiempo convulso

Ángel M. López y López

El Derecho, desde la pandemia. Una introducción

Javier de Lucas

Los efectos de la pandemia sobre la evolución del Estado social en España

Luis López Guerra

Los poderes públicos y la pandemia: cuestiones penales y sancionadoras

Gonzalo Quintero Olivares

El estado de alarma en el ordenamiento del Estado autonómico

Juan Cano Bueso

¿Un nuevo paradigma jurídico del mercado tras la crisis?

Ángel M. López y López

Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia

Francisco Oliva Blázquez

PRESENTACIÓN

PANDEMIA Y DERECHO: CRÓNICA Y PERSPECTIVAS DE UN TIEMPO CONVULSO

Ángel M. López y López

Catedrático y profesor emérito de Derecho civil
Universidad de Sevilla

Considerando los propósitos fundacionales de la revista, que marcaron, entre otros, el objetivo de combinar el análisis de la dimensión jurídica concreta de problemas actuales con la reflexión teórica honda, *Teoría & Derecho* no podía eludir un análisis en profundidad del impacto en el Derecho del aciago acontecimiento de la pandemia de COVID-19, enfermedad de la que es agente el virus SARS-CoV-2, también llamado Coronavirus SARS-CoV-2.

Para lograr tal objetivo, una tarea nada fácil, parecía necesario centrar los estudios en temas centrales que permitieran valorar las respuestas del Derecho a los problemas que planteaba la imprevista y grave situación desde una perspectiva global capaz de valorar si aquellas han alcanzado una entidad suficiente para que sea lícito afirmar que se ha producido, o está en curso de producirse, una mutación del mundo jurídico que, más allá de la deseada superación de la trágica emergencia, acabe impactando tanto en el ámbito de la preservación de la salud como en el de la economía.

Ni que decir tiene que esta reflexión no consiente ejercicios de prospectiva que acaben rondando peligrosamente la adivinación, más aún cuando los aires del futuro vienen tan impregnados de incertidumbres políticas, económicas e institucionales no solo a nivel doméstico, sino en todo el planeta. Se trata, más bien, siempre con los materiales de los cambios ya acaecidos, de dilucidar si estos han llegado para quedarse, como se dice coloquialmente. Afrontar esta cuestión no significa de ninguna manera ignorar que el mundo postpandemia será distinto al que lo precedió. En el curso de las sociedades humanas, también se verifica algo parecido al principio físico de la entropía: la pérdida del orden de un sistema dado siempre tiene un grado de irreversibilidad. Aceptado esto, la reflexión jurídica consiste en saber, evitando una estéril contraposición dogmática entre Derecho normal y Derecho excepcional, si la nueva realidad es temporal o tiene vocación de permanencia. Como el lector podrá comprobar, esta cuestión late en las contribuciones de todos los autores, caracterizadas por una notable pluralidad de enfoques y actitudes.

El estudio de Javier de Lucas introduce el debate subrayando que la profundidad del impacto de la pandemia en el ámbito jurídico se manifiesta sobre todo en la transformación de la noción de seguridad, entendida como una necesidad básica de profundo calado antropológico y social que constituye precisamente la primera razón de ser del Derecho. Tras constatar la quiebra del mito de la certeza de las normas jurídicas, el autor pone de

relieve que la gestión política de la certeza es imposible en términos absolutos y que la ciencia no puede suministrarla porque no la posee; aunque el político no pueda ni deba prescindir de su visión, ha de asumir la carga de tomar decisiones en un contexto trágico y contar verazmente a los ciudadanos las limitaciones que ello comporta. De Lucas concluye afirmando que la pandemia nos ha mostrado el verdadero rostro de la seguridad jurídica que cuenta para los ciudadanos, la garantía de los derechos básicos para la vida, empezando por la salud, y que esto exige una profunda revisión de aspectos estructurales de nuestro sistema de vida: mantener el modelo actual de producción y consumo significa, en el fondo, fomentar la aparición de nuevas pandemias, de modo que la garantía de la vida saludable como contenido de la seguridad jurídica exige un verdadero cambio civilizatorio.

Tras una exposición que recoge datos históricos y normativos sobre las situaciones excepcionales que afectan a la salud, la evolución del Estado social hasta nuestros días y la dimensión internacional de estos problemas, Luis López Guerra explica en su artículo que las medidas adoptadas para enfrentarse a la pandemia han comportado el recurso a los procedimientos definitorios del Estado social: intervención del Estado en la economía, regulación de las relaciones laborales y comerciales, y reforzamiento de las prestaciones sociales. Tras esta constatación, López Guerra plantea directamente la cuestión de si se trata de medidas episódicas propias de un estado excepcional o si adquirirán un carácter permanente y estructural. El autor se decanta por la segunda opción y esgrime diversos argumentos para justificar su postura, entre los que sobresale el que hace referencia al hecho de que, en un mundo globalizado, la aparición de crisis impredecibles constituye un factor a tener primaria y constantemente en cuenta que exige que las herramientas del Estado social —que no pueden ya considerarse como remedios excepcionales, sino como medidas permanentes frente a aquellas crisis— estén siempre disponibles.

Gonzalo Quintero dedica su trabajo al estudio de las consecuencias sancionatorias que puedan derivar de la aplicación de la declaración de estado de alarma y el confinamiento que trajo consigo. Uno de los núcleos esenciales de su planteamiento es la reflexión sobre las relaciones entre excepcionalidad y los valores tutelados por el Derecho penal. En este sentido, sostiene que hay principios del Derecho penal (en buena medida extrapolables al Derecho administrativo sancionador) que no pueden decaer por razón de la situación de excepcionalidad. Estos principios se consideran imprescindibles para la coherencia del sistema represivo con el Estado social de Derecho, esto es, para la propia razonabilidad de castigos y sanciones. Entre ellos cabe destacar los de certeza del Derecho, *extrema ratio*, ofensividad, intervención mínima, y los eventuales conflictos de derechos y deberes. El Gobierno no ha mostrado demasiada sensibilidad en relación con estos temas, quizá porque, ante la gravedad de la situación, ha pensado que ignorar los mandatos era *eo ipso* una desobediencia punible o sancionable, postura que no parece correcta y que, desde luego, afectará sobre todo al futuro de las sanciones administrativas, cuya eficacia final puede ser muy reducida. También resulta difícil pronosticar éxito a las acciones legales emprendidas contra el Gobierno, especialmente las deducidas por homicidio imprudente. Cuestión distinta es lo que pueda ocurrir en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por el mal funcionamiento de las Administraciones públicas.

Como es sabido, la toma de decisiones, especialmente en contextos excepcionales, presenta específicas dificultades y crea problemas singulares en un Estado compuesto como nuestro Estado de las autonomías. Para enjuiciar las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia, Juan Cano elabora un preciso análisis desde la teoría de la defensa de la constitución en el que expone los precedentes históricos del surgimiento del estado de excepción y presta especial atención a la historia constitucional española. Su conclusión es que estamos ante un supuesto de defensa extraordinaria de la constitución que genera un Derecho especial, aunque transitorio, que tiene capacidad para limitar el ejercicio de derechos fundamentales, alterar el equilibrio de poderes y desplazar con su fuerza normativa la aplicación ordinaria de la constitución. Ello significa que cuando ese Derecho se aplica en un Estado descentralizado —como es, en España, el Estado autonómico—, aunque el orden constitucional de distribución de competencias y los poderes autonómicos mantengan completamente su vigencia, si las medidas adoptadas por la autoridad competente central colisionan con aquel orden competencial y sus correlativos poderes, se verá desplazado en su vigencia. Por ello, el autor hace hincapié en que ello solo es constitucionalmente legítimo si tal desplazamiento es temporal.

Las dos últimas contribuciones al debate son de dos iusprivatistas, Ángel López y Francisco Oliva, que en virtud de esa condición parecen mantener una contemplación de las instituciones civiles anclada en una perspectiva que hace cuentas con largas trayectorias históricas, sin negar en absoluto que el futuro tras la pandemia no será el que era previsible antes de ella.

Para el primero, la crisis económica provocada por la pandemia y la respuesta de los Estados y organizaciones supraestatales ha generado una apelación al papel activo del Estado mediante la aplicación de políticas definibles como «no ortodoxas». No obstante, subraya que las medidas adoptadas son, en principio «exteriores» a la estructura del mercado. El paradigma actual de la «Constitución económica» de compone ingredientes domésticos e ingredientes europeos que están en concurrencia conflictiva, aunque la primacía del Derecho europeo por su origen en relación con el Derecho español condiciona las posibilidades nacionales de intervención estructural en la economía. Por ello, las decisiones adoptadas contra la crisis no pueden suponer una quiebra directa del paradigma actual del mercado, aunque se susciten interrogantes sobre la posibilidad de quiebras indirectas derivadas de la política fiscal y financiera, la nueva configuración de las relaciones laborales y los remedios para hacer frente al desequilibrio en los contratos. Según el autor, la hipótesis más plausible es que el Estado ha intensificado su acción solo *pro tempore*, pues no se ha producido un cambio del paradigma jurídico del mercado: este solo tiene lugar cuando un cambio social afecta a la propiedad privada y la garantía expropiatoria. La razón de fondo de la permanencia del paradigma del Estado liberal de Derecho es una forma de Estado fuerte que el Estado social nunca ha sido en relación con la esencial disciplina jurídico-privada de las instituciones económicas.

A pesar de su título, que parecería ceñir el análisis a la dramática coyuntura actual, el ensayo de Francisco Oliva es una reflexión mayor sobre el problema del equilibrio contractual, que, como es sabido, tiene una prolongada presencia histórica en el ámbito del De-

recho del contrato. Ello permite al autor identificar problemas y soluciones de hoy a la luz de la respuesta histórica a los mismos, sobre todo en el ámbito doctrinal. En este sentido, revisa la actualidad y validez de doctrinas como las de la fuerza mayor y la de la cláusula *rebus sic stantibus*, inevitables cometas que aparecen en el firmamento contractual cuando hay profundas y largas —o extraordinarias— crisis económicas. Por lo que respecta a la fuerza mayor, Oliva estima que no es un instrumento adecuado para la redistribución de riesgos contractuales, al tiempo que avisa (y este aviso es una suerte de bajo continuo a lo largo de la melodía de su trabajo) que, llevada a sus últimas consecuencias, puede propiciar efectos indeseados, especialmente el desequilibrio del entero sistema y una generación en cascada de insolvencias. El autor no auspicia mejor fortuna a la venerable *rebus sic stantibus* por razones que eran ya notorias: no son las menores que la cláusula es poco apta para reequilibrar contratos, dado que, en defecto de acuerdo entre las partes, sería el juez el que debería efectuar la modificación, con limitados conocimientos y elementos de juicio, por lo que en muchos casos lo que abonaría sería la extinción de la relación. La necesidad de la intervención judicial hace de este remedio un mecanismo poco adecuado para crisis sistémicas y globales del ordenamiento contractual, intervención judicial que ve precisamente por la crisis misma una acentuada ineficiencia anterior. Francisco Oliva ya ha puesto de relieve previamente que desde la autonomía privada cabe pactar preventivamente frente a situaciones de desequilibrio, o asegurar sus consecuencia dañosas, y ello no es extraño a la práctica, aunque su utilización no sea frecuente ni esté al alcance de todos. Todo ello conduce al recurso al remedio último, que no es otro que la intervención legislativa, que el autor expone pormenorizadamente advirtiendo, de nuevo, que el error en la identificación de los intereses que hay que proteger puede conducir a que las medidas no tengan el efecto deseado e incluso provoquen problemas antes no existentes, lo que hace aconsejable que su adopción esté guiada por la prudencia y tome en consideración tanto la realidad actual como las enseñanzas de otros tiempo.

En una valoración de conjunto, de las contribuciones de todos los autores (caracterizadas, como se ha dicho arriba, por su acentuada diversidad) parece deducirse que, sea cual sea la dimensión de su mudanza, el gobierno jurídico del mundo tras la pandemia no puede prescindir de principios y técnicas anteriores a la gran emergencia, salvo que, como explica Javier de Lucas, la humanidad adopte un nuevo modelo civilizatorio. En cualquier caso, este es juicio de valor que queda sometido al escrutinio del lector y de la entera comunidad científica en él representada.

Finalmente, es menester señalar que, aunque formalmente no se ha incluido en la sección «Debate», la revista publica un estudio de Emilio Vieira en el que evalúa la posibilidad de que la COVID-19 genere una crisis alimentaria global y analiza los mecanismos de respuesta, prestando especial atención al ámbito internacional.

EL DERECHO, DESDE LA PANDEMIA. UNA INTRODUCCIÓN*
LAW FROM THE PANDEMIC. AN INTRODUCTION

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universitat de València

Senador

RESUMEN

La pandemia de COVID-19 es un «hecho social global» que interpela conceptos básicos del orden jurídico y político como el de seguridad jurídica. En este artículo se propone una reflexión sobre el alcance de ese impacto en las dos dimensiones clásicas del concepto de seguridad jurídica —como certeza y como garantía— y algunas líneas de respuesta.

PALABRAS CLAVE

Pandemia, Derecho, seguridad jurídica, certeza, garantía de bienes jurídicos básicos, seguridad humana global, derecho a la salud.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic is a «global social phenomenon» that challenges basic concepts of the legal and political order such as that of legal security. This article proposes a reflection on the scope of the impact on the two classic dimensions of the concept of legal security —as certainty and as a guarantee— and some lines of response.

KEY WORDS

Pandemic, Law, legal security, certainty, guarantee of basic needs, global human security, right to health.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.010

* Respondo a la generosa invitación formulada por los compañeros y amigos de la revista *Teoría & Derecho* para participar en este monográfico sobre el impacto de la pandemia de COVID-19 en el ámbito jurídico con el siguiente texto introductorio. Algunas ideas que trato de desarrollar aquí fueron expuestas en dos breves artículos (De Lucas, 2020a y 2020b). En todo caso, estas páginas nacen con el propósito de servir de proemio a —acaso sería mejor decir para no estorbar la lectura de— las mucho más pertinentes reflexiones de los admirados colegas que el lector encontrará a continuación. A fin de cuentas, basta con saltárselas para entrar en materia.

EL DERECHO, DESDE LA PANDEMIA. UNA INTRODUCCIÓN

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho
Instituto Universitario de Derechos Humanos
Universitat de València
Senador

Sumario: 1. La pandemia de la COVID-19 nos obliga a reformular la noción de seguridad jurídica. 2. Las ruinas del mito de la certeza. 3. La política como gestión imposible de la certidumbre. 4. La quiebra de la seguridad jurídica como garantía de los bienes jurídicos que el orden social y político considera básicos. El ejemplo de la salud. Notas. Bibliografía.

1. LA PANDEMIA DE LA COVID-19 NOS OBLIGA A REFORMULAR LA NOCIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA

La dimensión planetaria de lo que, precisamente por su magnitud y extensión, ha dado en llamarse la *pandemia* de COVID-19, la más grave que hemos vivido en los últimos cien años, es también global en otro sentido. Más allá de su dimensión biológica, esta crisis sanitaria se presenta como un «hecho social total», de acuerdo con la concepción durkheimiana de la expresión. No hay dimensión de la vida que no se haya visto afectada y golpeada por ella. Tampoco el Derecho.

A mi entender, la profundidad de ese impacto en el ámbito jurídico se manifiesta sobre todo en la transformación de la noción de **seguridad**, una *necesidad básica* de profundo calado antropológico y social que constituye la primera razón de ser de ese extraordinario invento cultural que llamamos Derecho. Hablo, pues, de la seguridad como bien jurídico o, si se prefiere, de la noción de seguridad jurídica.

Creo que, actualmente, una reflexión sobre la seguridad jurídica en el marco de un Estado constitucional debe partir de la advertencia que formulara Wiethölter¹ cuando subrayó que la seguridad no es tanto un resultado cuanto un presupuesto mismo del Derecho, es decir, una condición *sine qua non* para poder hablar de un sistema de derechos y libertades garantizados. Por ello, la forma en que definamos la seguridad jurídica es clave para entender la fortaleza del Estado de Derecho y aun para hablar de Estado constitucional de Derecho.

Recordemos que la tradición filosófico-política conservadora concibe la seguridad y la paz entrelazadas a partir de una concepción, por así decir, meramente *negativa* (utilizo, obviamente, la terminología que difundió Galtung), esto es, como *ausencia de guerra*. Es, también, una concepción *estática* (de ahí su carácter conservador) que percibe el cambio como corrupción del ser. Se trata de lo que Cassirer caracterizó como la primera de las dos opciones de la gran disyuntiva del pensamiento occidental que se plantearía en el fecundo siglo V a. C. entre el modelo que representa Parménides y el que simboliza Heráclito. Así, desde Agustín de Hipona hasta Schmitt, pasando, entre otros muchos, por Hobbes, toda una corriente de pensamiento identifica la seguridad con el estado o situación de paz —concebida, cabe insistir en ello, en su acepción meramente negativa, es decir, como ausencia de conflicto— a partir de la convicción de que el mal absoluto es la guerra (quizá, para ser más exactos, la guerra civil). Por ello, el mejor estado civil posible es el de concordia, aun admitiendo que se trata de la *concordia discors*, por utilizar la fórmula con la que Horacio resume la filosofía de Empédocles (*Epístolas*, libro 1, núm. 12, l. 19). Es la noción de paz, de seguridad, que enuncia de modo paradigmático San Agustín en *La ciudad de Dios*: la paz como *quietudo*, o para ser literal, *pax omnium rerum, tranquillitas ordinis* (*De civitate Dei*, XIX, 13).

Frente a esta tradición, y desde una perspectiva opuesta que atribuye un papel central al conflicto tal y como es enunciado por Heráclito —sin que ello suponga la negación de la importancia del Derecho²—, avanza una corriente que defiende una concepción positiva de la seguridad, concepción formulada *in nuce* en la réplica de Kant a Hobbes que el primero escribe al comienzo de su ensayo *Sobre la paz perpetua*. La seguridad no puede identificarse con la quietud de los calabozos o, peor, de los cementerios, en los que aparentemente habita esa paz perpetua. La seguridad jurídica debe ser entendida como *seguridad en la libertad* o, como subrayará en sus ensayos Étienne Balibar, en la igualdad básica de las libertades garantizadas a todos. Por eso, aunque no podemos desconocer lo que enseña el análisis funcionalista del Derecho³, esto es, que el principal *output* social que ofrece el Derecho es la seguridad (la seguridad entendida, pues, como resultado de la presencia del Derecho), tampoco debemos olvidar lo más importante, a saber, que la seguridad jurídica, en su acepción moderna y democrática, adquiere la condición básica de presupuesto del Derecho.

Son varias las dimensiones o perspectivas de lo que conocemos como *seguridad jurídica*⁴. Aquí voy a tomar en consideración las dos más importantes. La primera es la dimensión cognoscitiva, que atañe a la seguridad jurídica entendida como *certeza*⁵ y que ha sido caracterizada como la acepción subjetiva de la seguridad. Esta primera dimensión de la seguridad jurídica hace referencia al conocimiento asequible al sujeto de Derecho de las reglas de juego, del sistema normativo, y comienza afianzarse gracias a la cultura de la legalidad que instauró el positivismo jurídico tras la Revolución de 1789 y, sobre todo, al Código Napoleónico de 1804⁶. Ese conocimiento propicia la previsibilidad de las conductas sociales (de terceros y también del poder) y, por tanto, protege al sujeto de la arbitrariedad, que es la negación de la seguridad. El Derecho se revela, pues, como un instrumento eficaz de seguridad: el otro se atendrá a la conducta que el Derecho ha establecido mediante la

norma porque, en caso contrario, sabe que se le aplicará una sanción que le obligará a realizar esa conducta prevista o una sustitutoria. Y la parte contraria puede así confiar en que esa conducta —o una equivalente— se llevará a cabo gracias a la sanción contemplada en la norma. A su vez, la conducta del poder institucional (en un Estado de Derecho) resulta también previsible porque, desde la aparición de la noción de Estado de Derecho, el poder está sometido al control del Derecho en virtud, sobre todo, de los principios de legalidad, de irretroactividad de las normas desfavorables (en particular, las penales) y de división de poderes.

La segunda dimensión de la seguridad jurídica es la ontológico-funcional. La seguridad jurídica se concibe bajo este prisma como la *garantía* del estatus de los sujetos de Derecho. Se trata de una concepción que evoluciona al compás del desarrollo del Estado de Derecho y que, como recuerda Pérez Luño⁷, quedó plasmada en la conocida fórmula acuñada por Denninger: «Von der *Rechtssicherheit* zur *Rechtsgütersicherheit* als sozialer Gerechtigkeit», máxima que expresa la progresiva toma de conciencia —anticipada en las líneas precedentes— de que la seguridad jurídica no alude, o no alude solo, a la dimensión positiva de la legalidad, sino más bien, o sobre todo, a la garantía de los bienes básicos que el orden social y político considera necesario asegurar desde la perspectiva de la justicia social.

Como he señalado, ambas dimensiones están presentes en el fértil debate filosófico-jurídico en torno la seguridad que se extiende desde Heráclito a Kant, pasando por Hobbes, Spinoza y Rousseau —por mencionar solo algunos de los autores más ilustres que incursionaron en la controversia— y se ha prolongado en la discusión contemporánea con el replanteamiento de la categoría que puede vincularse a la crítica de Foucault y a la reelaboración que, a mi juicio, ofrece Balibar. Como es obvio, ambas dimensiones de la seguridad jurídica constituyen una respuesta frente a la conciencia de *vulnerabilidad* asociada a la amenaza que comporta no ya la existencia del otro, tal y como la enuncian de distinta forma Defoe en su parábola del Robinson y Hobbes en su apotegma sobre el pesimismo antropológico (*homo homini lupus*), sino, como nos hemos visto obligados a recordar con motivo de la pandemia, la propia naturaleza. En este contexto, cobra pleno sentido la caracterización del ser humano como sujeto esencialmente vulnerable y amenazado por fuerzas superiores que es incapaz de controlar condensada en el célebre verso *primus in orbe deos facit timor*⁸.

Frente a la conciencia radical de que la existencia humana se define por su extrema vulnerabilidad, el Derecho aparece como un remedio eficaz: ofrece seguridad frente al miedo, según la célebre fórmula del *Leviathan*. Como escribió Hobbes, la primera tarea de todo gobierno es garantizar la vida de los gobernados. De hecho, el genial pensador inglés admitía una sola excepción a la cesión de los derechos de los ciudadanos al soberano tras el paso del estado de naturaleza a la sociedad civil y, con él, su sumisión al poder ilimitado del monstruoso *Leviathan*: precisamente, la seguridad⁹, en cuya ausencia la vida de los gobernados no puede ser garantizada. Esta es la condición que hace posible todos los demás objetivos de la acción política. Algunos, siguiendo esa lógica, hablan de una contradicción

o, al menos, de una tensión límite entre seguridad y libertad, que justificaría el sacrificio de nuestra libertad en aras de la seguridad, pero creo que este es un planteamiento engañoso.

En regímenes dictatoriales o autoritarios, los ciudadanos son súbditos y no tienen más remedio que abandonarse a la fe en su gobierno o someterse sin más a él. Esos gobiernos pueden mantener la ficción de que *siempre aciertan* y que lo hacen por el bien del pueblo recurriendo a una sencilla y falaz alternativa: «O nosotros, (o la obediencia a nuestros mandatos) o el caos (la muerte)». De ahí que, en efecto, frente a la libertad propia del estado de naturaleza, que nos hace devorarnos unos a otros como lobos (la guerra civil como el mal por antonomasia es lo que subyace a esta descripción), no haya opción y el ser humano elija la seguridad. Pero las sociedades democráticas, abiertas y plurales no funcionan así. Los ciudadanos son mayores de edad y, como nos enseñó el psicoanálisis, han superado el mito del padre que *todo lo sabe* y nos protege frente a cualquier peligro. Sabemos, como explicaron Rousseau y Kant¹⁰, que esa seguridad de los calabozos, o peor, de los cementerios (la verdadera *paz perpetua*) no es tal. La seguridad es, ante todo, seguridad en y desde las libertades o, como propone Balibar, *seguridad en la egalibertad*¹¹. Por ello, los ciudadanos pueden y deben someter a juicio crítico, a control, las decisiones de sus gobernantes, incluso (quizá, sobre todo) las que estos adoptan en circunstancias excepcionales, es decir, aquellas en las que están en juego las vidas de todos. Eso no quiere decir que sea tarea fácil, ni siquiera en un momento histórico como el actual, en el que los ciudadanos llevamos en nuestro bolsillo, en nuestros *smartphones*, mucha más información que la que nunca antes estuvo al alcance de las élites del gobierno y son esos mismos dispositivos los que permiten que nuestros datos puedan ser comprobados y controlados hasta el último detalle por las grandes empresas o por el poder político.

Bien es verdad que el advenimiento de la era del *positivismo científico*, sobre todo en las formulaciones de Saint-Simon y Comte, marca el comienzo de un cambio en el papel de las herramientas culturales de las que nos proveemos para tratar de garantizar nuestra seguridad. Comienza, así, el *reinado* de la ciencia (y, posteriormente, de la tecnología) precisamente en detrimento del Derecho, instrumento ligado a concepciones arcaicas, a sociedades agrarias, al privilegio y, como ya advirtiera Hume, a la escasez de recursos y la consiguiente necesidad de establecer criterios de distribución respecto a los cuales el Derecho ofrece seguridad gracias al recurso al monopolio de la coacción. En contraste, la ciencia se rodeará del aura de la necesidad racional, de la objetividad, de la capacidad de superar la limitación de los recursos y, por tanto, se presentará como el campo de conocimiento llamado a posibilitar la realización del sueño prometeico del dominio de la naturaleza y la eliminación de la lucha por esos bienes limitados (la promesa a Adán en el Paraíso, antes de infringir la primera norma divina). Es la conocida fórmula en la que insistirá Marx: sustituir el gobierno de las personas por la administración de las cosas.

Lo decisivo, insisto, es que la pandemia nos ha situado ante la evidencia de que nuestra vulnerabilidad se acrecienta de forma exponencial, global y holista. La gestión de la pandemia, por su parte, ha puesto de manifiesto las dificultades del Derecho para suministrar respuestas a la altura de esas amenazas, al tiempo que nos ha colocado una vez más ante el espejismo —fruto de una interpretación simplista— de acuerdo con el cual solo la ciencia

(y la tecnología) puede ofrecernos seguridad. Así se vuelve a entonar el *ritornello* de lo que, como propondré en el siguiente epígrafe, cabría denominar *epistocracia*.

Mi aportación a este monográfico de la revista *Teoría & Derecho* se centra, pues, en el impacto y las transformaciones que la pandemia y su gestión generan en las dos dimensiones de la seguridad jurídica: la certeza o previsibilidad y la garantía de nuestro estatus. Ese impacto tiene que ver, ya se ha dicho, con la toma de conciencia que ha propiciado la pandemia de que la interdependencia y la vulnerabilidad son, hoy más que nunca, los rasgos que nos definen como animales sociales, como seres vivos. Insisto: la pandemia ha patentizado el carácter holista y global de la seguridad humana y nos ha enseñado que, para salvarnos, debemos salvarnos todos. Primero, en el clásico sentido social de la interdependencia humana, dado que la pandemia no conoce fronteras nacionales ni pasaportes, lo que no quiere decir, claro, que la respuesta a la pandemia deje de tener una profunda relación con la desigualdad. Además, la pandemia tiene su origen en la *zoonosis*, lo que nos hace tomar conciencia de que *la seguridad humana es mucho más que humana*: esto es, tiene mucho que ver con la garantía de la vida en el planeta, con el denominado equilibrio global. Ello parece exigir una radical reorientación de nuestro modo de vida, en particular del sistema de producción y distribución de bienes propio de la ideología global de mercado, del viejo modelo del capitalismo industrial y de sus intentos de readaptación, aún mas letales, como el capitalismo financiero. Por todo ello, la pandemia, en efecto, nos sitúa ante la necesidad de repensar la seguridad como garantía de los bienes jurídicos relevantes, de su jerarquía y de la ordenación de los derechos, al tiempo que arroja luz sobre el pecado original del positivismo legalista: el mito de la certeza a través de la legalidad entendida como sistema normativo completo y autosuficiente¹².

2. LAS RUINAS DEL MITO DE LA CERTEZA

La noción de seguridad jurídica como certeza, como previsibilidad, se basa en el sobrentendido de que la certeza es un atributo constitutivo de la norma jurídica o, dicho de otro modo, en la asunción de que siempre existe una norma clara y de que su aplicación es eficaz, es decir, en la idea de que se cumple inexorablemente. Semejante tesis solo puede ser sostenida desde una concepción del Derecho entendido como sistema normativo pleno, coherente y autosuficiente en cuanto autopoiético, rasgos, todos ellos, todavía asignados a los sistemas jurídicos por el positivismo legalista deudor, en mayor o menor medida, de la construcción teórica de Kelsen. Sin embargo, esos predicados —unidad, plenitud, coherencia y autosuficiencia— no carecen de excepciones incluso en un modelo de organización jurídico-política como el Estado constitucional¹³. Incluso la certeza jurídica es tentativa, como se encargó de subrayar el realismo jurídico en su crítica a la noción de validez defendida por el positivismo jurídico más formalista, noción a la que tildó de creencia ingenua, paralela a la necesidad psicológica del padre¹⁴.

La defectibilidad de la certeza que proporciona el Derecho se acrecienta en situaciones de grave excepcionalidad: la necesidad de actuar es tan urgente que obliga a reducir,

simplificar, relajar —y aun orillar, aunque sea temporalmente—, las reglas y procedimientos que tratan de garantizar la certeza. Esa urgencia impone una gestión política que, como hemos visto en estos tiempos de pandemia, recurre a los supuestos de excepción previstos en los Estados constitucionales¹⁵ y, especialmente, a la activación de una modalidad extrema, nunca vista, del fenómeno sobre el que Carl Schmitt ya advirtió en 1950 y que Ernst Forsthoff, calificó como «legislación motorizada»¹⁶, expresión con la que el autor alemán daba cuenta de los nocivos efectos que para la seguridad jurídica suponía el ansia del legislador de aprobar una cantidad cada vez mayor de leyes, normas, a su vez, de vigencia cada vez más limitada. Se diría que el desafío que para el poder ejecutivo implica hacer frente a una situación excepcional como la que provoca una pandemia le exige impulsar una versión particularmente acelerada y compleja de la legislación motorizada —concretada en el recurso permanente a las órdenes ministeriales y a los decretos leyes— que genera serias dificultades para el legislador —y, *a fortiori*, para los jueces—, para los operadores jurídicos y, en fin, para la entera ciudadanía. ¿Cómo saber a qué norma atenerse? ¿Cuáles habilitan para qué conductas? ¿Qué otras están prohibidas, restringidas o suspendidas? Este problema de teoría y técnica legislativa se complica aún más si concurre con lo que, en un conocido libro de 1993, el profesor Pérez Luño denominó el «desbordamiento de las fuentes del Derecho», fenómeno evidente en nuestro contexto jurídico —España es un Estado de estructura cuasi federal y miembro de la UE— que incrementa la complejidad pluridimensional de la situación. Si a ello se añade la dificultad para suministrar de forma asequible y coherente al ciudadano una información, aun básica, sobre la realidad del Derecho —o de lo que vale como tal—, parece obvio que la seguridad subjetiva —la certeza acerca de lo que es Derecho— sufre una merma considerable justo en el momento en el que el Ejecutivo, habilitación constitucional mediante, echa mano de forma tan profusa como apresurada de un arsenal de producción normativa y desconoce —o no conoce con precisión— el modo de proporcionar seguridad frente a una amenaza que se caracteriza, justamente, por la dificultad para encontrar respuestas eficaces frente a ella.

Nótese que la pandemia nos acerca al núcleo de la seguridad, a la condición mínima, *sine qua non*, de la legitimidad: garantizar la vida de los ciudadanos. Eso es lo que está en juego, no se trata de una metáfora. Los ciudadanos tienen derecho a preguntarse y a saber si las decisiones políticas que se adoptan proporcionan seguridad para proteger sus vidas. Y la pandemia parece haber dejado desnudo al emperador, aunque corra en su auxilio (o sea invocada como razón primaria de las decisiones políticas) la única fuente admisible de certeza, la ciencia.

3. LA POLÍTICA COMO GESTIÓN IMPOSIBLE DE LA CERTIDUMBRE

Llegamos aquí a una encrucijada central, la de las relaciones entre política, ciencia y certeza, de la que depende, sin duda, la capacidad de mantener la noción de previsibilidad, pero también, y sobre todo, de garantizar de manera efectiva la salud pública, ese bien

jurídico básico que hemos descubierto en su dimensión colectiva que es inescindible del derecho individual a la protección de la salud y del derecho a la vida.

¿Es posible proporcionar certeza a los ciudadanos en un contexto de extrema incertidumbre como el de la pandemia? ¿Cómo podemos estar seguros de la certeza de las decisiones adoptadas, decisiones de las que, en sentido estricto, depende nada menos que la vida de miles de personas?

Una respuesta habitual es atribuir al gobernante —sobre todo si está revestido de legitimidad— la condición de autoridad provista del conocimiento que produce certeza. Es la tesis que propuso Platón, fundada, por cierto, en la presunción de la unidad entre bien y verdad. *Quien sabe, actúa bien necesariamente*. Por tanto, si queremos certeza, fiémonos de los que saben. Desde el filósofo rey hasta la fe ciega en el avance inexorable de la ciencia y la técnica, que fue proclamada por el positivismo del XIX y se prolonga hasta hoy, esa solución conduce a lo que, en un artículo reciente de título muy sugestivo¹⁷, los profesores Moreno, de Pinedo y Villanueva denominan *epistocracia*, modelo que discuten a fondo siguiendo las tesis de von Neurath. La *epistocracia* se asienta en «[...] la tesis del gobierno de los expertos y la crítica de la democracia. En este caso, se considera que la democracia, de existir, debe guarecerse en el consejo de los verdaderos especialistas». Ahora bien, los supuestos que sustentan esta tesis resultan más que discutibles, también en esta pandemia, dado que, como señalan los autores, «[...] un hecho, registrado como protocolo científico, es algo complejo de determinar. Puede haber mentiras e incompetencia, pero quizá hay más... pensar en cómo tienen que actuar las instituciones a partir de la información que aportan los modelos, ni es sencillo ni puede llevarse a cabo con una regla y un compás. Especialmente cuando, como en el caso de la COVID-19, los modelos se construyen sobre datos heterogéneos y posiblemente corruptos, sujetos a un nivel de incertidumbre muy elevado, no es evidente qué significa para una institución actuar de manera razonable a partir de la evidencia». Por ello, concluyen: «[...] no solo no hay forma “experta” de ponerse de acuerdo sobre quiénes son los expertos; ni siquiera es fácil reconocer dónde está la frontera entre los asuntos que involucran negociación sobre valores y preferencias y los asuntos que se resuelven sabiendo cómo son las cosas [...]»¹⁸.

No pretendo afirmar que, como ha escrito ácidamente la profesora Depraz, nos encontremos ante «ciegos que guían a otros ciegos», pues «la brújula de los científicos parece más bien una veleta»¹⁹. No obstante, me parece poco discutible que, comenzando por la propia OMS —que, pese a invocar que se rige por criterios científicos, no puede ocultar la dimensión burocrática y el peso de los criterios «políticos» en su actuación debido a su dimensión intergubernamental²⁰, como sucede con toda la estructura de la ONU— y continuando por los muy diferentes comités científicos y equipos de investigación creados *ad hoc* en cada país, están muy lejos de ser el Oráculo de Delfos al que nos gustaría (y necesitamos) creer. Por más que sea preciso encomiar y agradecer la enorme contribución de esos equipos científicos, la crítica, incluso la autocrítica de la propia comunidad científica, es ineludible.

Creo que Jürgen Habermas ha propuesto una buena aproximación para orientarse en este debate. Lo ha hecho, de nuevo, en una reciente entrevista realizada por Nicolás Truong y publicada en *Le Monde*²¹. En ella, señalaba algo que los estudiosos del ámbito de la «ra-

zón práctica» tienen muy en cuenta y que entronca con la tradición aristotélica que supo recuperar Kant: la defectibilidad constitutiva de ese uso de la razón —si se quiere, del conocimiento—. Según Habermas, «[...] la pandemia pone al alcance de la opinión pública internacional, de golpe y de forma simultánea un principio que hasta ahora solo era cuestión de los expertos el gran público: la necesidad de actuar desde el conocimiento explícito de nuestro des-conocimiento. Con la pandemia, todos los ciudadanos aprenden que sus gobiernos deben tomar decisiones desde la plena conciencia de los límites del saber de los virólogos que les aconsejan. Y es así como se nos revela a plena luz, una luz cruel, cómo la acción política se lleva a cabo, por así decirlo, sumergida en la incertidumbre. Y es posible que esta inusual experiencia deje huella en la conciencia pública». (mi traducción).

Pues bien, por duro que parezca el mensaje, creo que hay que aceptarlo: ni la ciencia ni la tecnología puesta al servicio de la biología, la farmacia y la medicina proporcionan esa certeza que instintivamente necesitamos. La ciencia no es el demiurgo al que nos gustaría creer²². Ignoran las características de la ciencia, basada en el método heurístico de ensayo y error, quienes la describen como un conjunto de dogmas asentados e inatacables. La comunidad científica no funciona así. Popper lo expresó acertadamente: la ciencia avanza mediante el recurso a «conjeturas y refutaciones»²³. Como ha escrito Artigas, Freeman y Skolimowski explican muy claramente que la clave del método científico es «[...] llegar asintóticamente cada vez más cerca de la verdad: mediante el sistema de prueba y error, mediante la refutación, (a) se reconocen los errores, (b) se eliminan, y (c) se avanza más allá de ellos, de modo que (d) se llega más cerca de un conocimiento más seguro, menos erróneo»²⁴. Por eso, lo que llamamos «evidencias científicas» nunca son definitivas. Y habría que añadir que, en un contexto tan dinámico y complejo como el de esta pandemia global, la pretensión de que contamos con evidencias científicas irrefutables es un disparate simplista. Permítame el lector añadir que no envidio el reto que afrontan todos los equipos de investigación involucrados en la lucha contra la pandemia, que están sometidos a múltiples presiones, entre ellas las de los ciudadanos legos (como quien suscribe) —que, literalmente, esperamos el milagro—, las de los políticos —que quieren anunciar cuanto antes que ya hay soluciones— o las de los laboratorios —que ambicionan hacerse con las patentes—. Todo eso contribuye a desdibujar la definición de la comunidad científica como comunidad permanentemente abierta y cooperativa desde la crítica.

Por supuesto, lo que acaba de señalarse no significa que debamos dejar de reconocer que es suicida adoptar decisiones políticas contra lo que indica la ciencia, siempre que no olvidemos lo que he apuntado más arriba, a saber, que la actividad científica se desarrolla a través de una discusión abierta y que el conocimiento científico es susceptible de refutación. La ciencia real poco tiene que ver con esa representación popular que la describe como un sistema de dogmas irrefutables y asentados de una vez para siempre. Esta consideración resulta especialmente pertinente en el caso de la pandemia de COVID-19, dado que quienes investigan sobre el virus y quienes toman decisiones políticas en la gestión de esta crisis no manejan datos indiscutibles y completos²⁵.

Es decir, no se trata solo de que los dirigentes políticos no deben escudarse en los dictámenes científicos para legitimar sus decisiones, presentándolas como una consecuencia

necesaria de aquellos. Es que, simplemente, no pueden hacerlo. Parto, desde luego, de la presunción fuerte de buena fe y no dudo, por tanto, de que el criterio del bien común rige la actuación de la inmensa mayoría de las personas a las que el azar ha colocado en centros de decisión durante esta pandemia. Lo que trato de enfatizar no es solo la enorme responsabilidad que les ha tocado asumir, sino sobre todo las condiciones trágicas en las que nuestros gobernantes deben decidir. Desde luego, me parecen mezquinos y falaces determinados juicios vertidos con frecuencia en las redes sociales —por ejemplo, «les va en el sueldo»—, pero no intento convertirlos en inimputables ni eximirlos de la crítica y del control. La comunicación de las decisiones políticas debería estar presidida por el coraje y guiada, en tal sentido, por este principio: decir la verdad a los ciudadanos. Decir la verdad comporta reconocer las limitaciones y la incertidumbre en el que nos movemos. Evidentemente, esa verdad no nos proporciona la seguridad que quisiéramos, pero la pandemia ha venido a recordarnos no solo que somos vulnerables y frágiles, sino también que ni lo sabemos todo ni debemos actuar como si lo supiéramos.

4. LA QUIEBRA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO GARANTÍA DE LOS BIENES JURÍDICOS QUE EL ORDEN SOCIAL Y POLÍTICO CONSIDERA BÁSICOS. EL EJEMPLO DE LA SALUD.

Una de las primeras lecciones de la pandemia ha sido que nos ha mostrado nuestro error a la hora de identificar coherentemente los bienes jurídicos básicos a garantizar, esto es, las *necesidades básicas*, en la terminología filosófico jurídica que ha permitido renovar los intentos de justificación de los derechos humanos y fundamentales en el último medio siglo²⁶. De ese modo, hemos errado también al tratar de priorizar las amenazas que los ponen en peligro y, claro, nuestras respuestas. Hemos vuelto a entender con dolor que la vida —su condición básica, la salud— ocupa el primer lugar en esa jerarquía. La *vida saludable*, que es otra forma de designar la vida digna, es el primero de esos bienes, en el sentido de que es el prerequisite de todos los demás (a comenzar por el más valioso, la libertad). Por consiguiente, *asegurar* la protección frente a su extinción y su degradación provocadas por enfermedades contra las que no disponemos de remedio eficaz, reaparece como el primer deber del Estado, la primera condición de su legitimidad.

Si lo pensamos por un momento, ese es el sentido del brocardo que Cicerón formuló en el libro tercero de su *De Legibus*, 3, 8: *Ollis salus populi suprema lex esto*. Con ese arcaísmo —*ollis*, por *illis*—, Cicerón impone un *mandato prioritario que cabe definir como sagrado* a los magistrados: la salud del pueblo ha de ser el criterio supremo que oriente su actuación: el *sacrum* que conecta en Roma lo religioso, lo moral, lo jurídico, es *la vida segura de los ciudadanos*.

La idea fue reiterada por quienes, de un modo u otro, sostuvieron una concepción «republicana» similar, especialmente Spinoza y, por supuesto, los revolucionarios de 1776 y 1789. Como ha mostrado brillantemente el profesor Ángel M. López²⁷, en Cicerón encontramos un completo modelo de lo que podríamos llamar «patriotismo republicano».

En efecto, aunque algunos puedan decir que ese brocardo ciceroniano es poco más que una obviedad que todo el mundo comparte, pero que no nos ayuda a precisar lo que necesitamos, no lo creo así.

Pues bien, además de estos ensayos, algunos «clásicos modernos» nos ayudan a esclarecer el profundo sentido del patriotismo republicano formulado por Cicerón. Pienso, por ejemplo, en *La promesa de la política*, de Arendt²⁸, en *El sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento (Homo sacer, II, 3)*, de Agamben²⁹, y, sobre todo, en el Foucault de *La hermenéutica del sujeto: curso en el Collège de France (1981-1982)*³⁰. La clave está, evidentemente, en lo que entendamos por *salus populi* (que, dicho sea de paso, no es exactamente *salus publica*, una expresión más tardía).

Por lo que respecta al sujeto de la expresión —ese *populi*—, creo que Arendt y Agamben dan en el clavo al apuntar que Cicerón trata de indicarles a los magistrados que el criterio guía de su actuación es lo que es «sagrado», el punto de intersección entre *fas*, *mos* y *ius*, precisamente porque es imprescindible para la vida de los ciudadanos. Cuando Cicerón habla del *pueblo*, piensa en los *ciudadanos* de la república que defiende. Y no olvidemos que Cicerón entiende que, para que podamos hablar de «pueblo» en sentido político (republicano), no basta que exista una multitud, una agregación de sujetos. En su *De Republica* 1, 39 lo explica bien: *coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*, es decir, el interés común y el consenso jurídico son los que hacen aparecer el *demos*. Por eso, como ha recordado Ferrajoli, para Cicerón la clave de la existencia de una verdadera *res publica* es la ley, el Derecho como regla común que rige la convivencia y permite determinar cuál es el verdadero interés común entre todos los intereses en concurrencia. En ese sentido, creo que Ferrajoli tiene razón: hasta que aparece la ley (hoy diríamos la constitución), el pueblo no es sujeto político.

La segunda pista que nos ofrece la lectura de Cicerón atañe al sentido de la noción de *salus*. Y aquí me sirve sobre todo la investigación de Foucault, quien, como es sabido, propone hasta media docena de acepciones remontándose al origen griego: *salus* remite a *soteria* (Σωτηρία), del verbo *sozein* (σώζειν). Lo que tiene en cuenta como mandato supremo el jurista y político romano es, ante todo, *salvar a los ciudadanos de un peligro, de una amenaza, de un riesgo*. Esta es, ni más ni menos, la primera tarea que necesitamos que emprendan en serio nuestros gobernantes ante la pandemia: *salvarnos* de la amenaza de la COVID-19 y de sus terribles consecuencias sanitarias, económicas y sociales. Pero Foucault apunta también otro sentido: *sozein*, salvar, significa asimismo hacer el bien, asegurar el buen estado de alguien, de algo, de un grupo, es decir, garantizar su bienestar. El mandato es, pues, *salvar a los ciudadanos de la amenaza de la pandemia y de sus consecuencias socioeconómicas*. Y cuando hablo de ciudadanos entiendo el término en el sentido inclusivo y me refiero a todos los residentes, a los que se encuentran viviendo entre nosotros, muchos de ellos arriesgando sus vidas en trabajos —recolección agrícola, distribución de alimentos, etc.— sin los que no habría podido continuar la vida, *nuestra vida*. Devolverles el bienestar y satisfacer dignamente sus necesidades básicas, comenzando por los más vulnerables: he aquí dos guías a extraer de esa inspiración republicana, ciceroniana, que enlazan bien con el sentido de aquel verso de León Felipe que dice: «[...] no es lo que importa llegar solo ni pronto, sino con todos y a tiempo».

Evidentemente, se nos dirá, todo cuanto he señalado hasta ahora sobre el impacto de la pandemia en la segunda dimensión de la noción de seguridad jurídica parece implicar pocos cambios respecto a algo que conocemos y que había sido enterrado —apresuradamente, a la vista de los acontecimientos— por lo doctrinarios del liberalismo de mercado, el modelo de Estado providencia, o mejor, del Estado social. Lo que la pandemia pondría de relieve es la prioridad de garantizar las condiciones de la *vida saludable* que, paradójicamente, tienen mucho que ver con los derechos devaluados y aun negados en el orden liberal de mercado, los derechos sociales. Salud, trabajo, vivienda, y algo similar al ingreso mínimo vital o la renta básica universal, que son medidas distintas, aparecen como condiciones imprescindibles de aquella tarea de protección y evidencian hasta qué punto tiene razón Honneth cuando enfatiza la importancia del test de los derechos sociales³¹. Pero hasta aquí, reitero, la pandemia no parecería comportar una verdadera transformación de esta dimensión de la seguridad jurídica —la garantía de los bienes jurídicos básicos, representada por el Estado social— ante la evidencia de los límites del modelo liberal de mercado para cumplir esa función. En todo caso, se diría que el contexto actual ha robustecido la pertinencia del diagnóstico que Adam Ferguson formulara en su *Ensayo sobre la historia de la sociedad civil* publicado en 1767³² —un par de siglos antes de que Habermas teorizara la colonización de la *Lebenswelt* por el mercado— sobre la tendencia a la colisión entre el mercado y el espacio público, la invasión de este por aquel y la repercusión de esta dinámica en las nociones de ciudadanía y de derechos.

Como se ha dicho, el redescubrimiento de la necesidad de lo público en el escenario de la pandemia parecería vinculado a la necesidad de garantizar una respuesta eficaz ante la gravedad de las amenazas o los riesgos para la seguridad y de corregir las deficiencias de los medios que hemos dispuesto a tal efecto. Ya es evidente, por desgracia, que las epidemias/pandemias y el desastre climático son las mayores amenazas para la seguridad de los bienes jurídicos básicos. A mi juicio, el problema radica en que no prestamos atención al hecho de que la pandemia pone claramente de manifiesto dos cambios en la noción de interdependencia como clave de la seguridad. Se trata, en primer lugar, de la interdependencia concebida como interconexión global por encima de fronteras, sistemas políticos y aun sistemas nacionales de salud. Ahora bien, la causa de la pandemia —según todos los indicios, la *zoonosis*, como he apuntado— remite, en segundo lugar, a la interdependencia entendida en una escala que no es únicamente social porque no es exclusiva de la especie humana: nos obliga a asumir una noción global de salud —hoy altamente dependiente de un modelo de crecimiento y explotación de la naturaleza y de un sistema de mercado global— para la que no disponemos de una gobernanza global, comenzando por la gobernanza sanitaria.

Es obvio que, frente a la COVID-19, todos los esfuerzos han de orientarse a *garantizar al máximo posible la vida de los ciudadanos*. Y para conseguir ese único objetivo se han pedido sacrificios a la población, se ha producido un auténtico vuelco en los hábitos de vida de los particulares y las administraciones han reconducido sus objetivos y recursos para lograr el mejor resultado: *salvar vidas*. Pero no solo las de nuestros ciudadanos: la universalidad del propósito, salvar vidas, sin más, nos hace asumir como algo evidente que se trata de un

esfuerzo colectivo en aras de un bien común. Sin embargo, como sucede en tantas otras ocasiones con lo que nos parece evidente, la aparente obviedad presenta *zonas grises* o, por mejor decir, algunos aspectos menos visibles sobre los que conviene tratar de ofrecer criterios o, al menos, argumentos para establecerlos. Voy a referirme a tres de esas zonas grises, algunas de las cuales deberían encontrarse, a mi juicio, en zona de la máxima certeza.

Sigamos con el universal: las vidas de todos, sí. ¿Las de todos por igual? Creo que hay una excepción, una prioridad: hay vidas que hemos de garantizar primero si queremos asegurar las vidas de todos. Me refiero, claro, al personal sanitario, al que, además de aplaudir a las ocho de la tarde, hay que ofrecer seguridad en su trabajo, proporcionar los mejores recursos posibles y asegurar, en la medida en que sea factible, rotación y descanso. Nadie lo discutirá, creo. En buena medida, el juicio sobre la gestión (que, recordaré, no debe recaer solo ni aun prioritariamente en el Ministerio de Sanidad, aunque la esté dirigiendo, sino en las comunidades autónomas) tiene este primer punto de referencia: la primera exigencia es poner todos los medios al servicio de las condiciones de vida y trabajo del personal sanitario.

Una segunda zona gris en la que la pretendida universalidad parece desdibujarse afecta al riesgo de lo que, a falta de otro término, acepto en llamar *edadismo*. Sobre esta cuestión han escrito con mucho acierto los profesores Cabezas, Cardona y Flores, coordinadores de un libro a mi entender imprescindible: *Edad, discriminación y derechos*³³. *El edadismo* hace referencia a esa forma de discriminación que se ha revelado en toda su crudeza durante la pandemia en virtud de la cual parecería que está justificado relegar a un puesto secundario a quienes han superado una edad (al menos las personas de 65 años, no digamos las de 80 en adelante), casi como si aceptáramos el lamentable argumento de que «al fin y al cabo, ya han vivido lo suyo» o, peor todavía, «es natural, ya era muy mayor».

En un primer momento, en efecto, daba la impresión de que no nos preocupábamos tanto —quiero creer que ahora ya no es así— cuando las cifras de muertos afectaban a ancianos porque era «natural». Esas muertes no nos afectaban, o no nos afectaban tanto. Pero esa «naturalidad» adquirió las dimensiones de algo parecido al infierno cuando comenzamos a conocer la ferocidad con la que se cebaba la pandemia en las residencias de ancianos. No me sumaré al cinismo del «no hay mal que por bien no venga», pero creo que, después de conocer este horror, parece que todos tenemos ya claro que hay una prioridad política que deberá tomarse en consideración cuando podamos comenzar a revisar las prioridades y los objetivos de las políticas públicas. Es impostergable la necesidad de revisar el régimen de concesión, funcionamiento y supervisión de esos establecimientos, sin duda necesarios y en su mayoría bien gestionados —aunque el debate sobre las prestaciones médicas obligatoria en centros concebidos como meramente asistenciales está lejos de concitar unanimidad—, pero que presentan zonas no grises, sino de auténtico espanto. Creo que el extraordinario trabajo que ha realizado el equipo de investigación del diario digital *Infolibre*, dirigido por Manuel Rico, será de gran utilidad en esa inaplazable tarea.

Sé que hay otras muchas zonas grises. Por ejemplo, las que afectan a las vidas de quienes trabajan y de quienes viven en las prisiones y en centros de los que no está permitido salir (los CIE, que no todos han sido desalojados), a las de los que no pueden marchar a un

lugar más seguro que en el que viven amontonados —es el caso, por ejemplo, del CETI de Melilla, en el que afortunadamente se está produciendo un goteo de salidas, aunque sea insuficiente—, a las vidas de los que habitan en la España supuestamente vaciada, y, por ello, a demasiada distancia de los centros de salud o, en fin, a las de los que carecen de hogar... Pero quiero llamar la atención sobre un grupo que, casi por definición (por injustificable definición), escapa del universal porque no son parte de ese «nosotros» que, en realidad, usurpa al «todos». ¿Qué sucede con quienes no son ciudadanos, con quienes son ciudadanos de segunda, es decir, con los inmigrantes a la espera de un permiso de residencia estable y que se han quedado sin trabajo? ¿Y con los que, lisa y llanamente, *no tienen papeles* y a los que algún político sigue empeñado en llamar ilegales todavía hoy? Sé que, afortunadamente, el Gobierno de Pedro Sánchez enmendó el disparate perpetrado por el Gobierno Rajoy mediante el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que acabó con la sanidad universal. Sé de la existencia de redes solidarias y de la fidelidad al juramento hipocrático del personal sanitario. Pero todo esto no basta. Entre otras razones, porque la llave para las soluciones depende de una normativa manifiestamente mejorable, la denominada Ley de extranjería y de una interpretación —a mi juicio desproporcionadamente lastrada del lado del orden público— que administra, obviamente, el Ministerio del Interior.

Y no debe ser así. Las razones son evidentes, como han explicado los firmantes del manifiesto publicado el 12 de abril de 2010 en *Le Monde*³⁴, texto significativamente titulado «Notre nation doit montrer sa gratitude envers les étrangers qui affrontent cette crise avec nous»: estas personas trabajan para asegurar que se recogen los cultivos que nos permiten alimentarnos, para preparar, distribuir, hacer llegar esos alimentos a nuestras casas, para cuidar de nuestros mayores y de nuestros enfermos, practican la solidaridad aunque no tengan un empleo regular (por ejemplo, los manteros que fabrican las mascarillas o los EPI) y arriesgan sus vidas por las nuestras porque se sienten agradecidos por poder estar con nosotros. Como dice el manifiesto, «[...] son parte, al lado de los ciudadanos nacionales, de los que toman el riesgo de enfrentarse a la enfermedad, en primera línea, pero como invisibles. Integran ese salariado precario y desvalorizado que en realidad permite la continuidad de la vida de todos nosotros. Con una diferencia: su situación administrativa los hace más frágiles, más vulnerables». La pandemia nos ha dado una lección inolvidable sobre nuestra fragilidad, la de todos los seres humanos. Nos llenamos la boca con la solidaridad, con ese precioso lema de «no dejar a nadie atrás», pero nos comportamos como si hubiera, por decirlo con Butler³⁵, vidas que no importan o que importan menos. En estas condiciones, creo, regularizar es dar un paso frente a la fragilidad. Sé que la nuestra no es la situación de Portugal, que ha podido y sabido adoptar esa medida, pero es que incluso en el plazo inmediato, desde una perspectiva de egoísmo racional, nos beneficiará.

Por lo demás, estos hechos no eran del todo desconocidos. Baste recordar que el pasado 17 de abril el Parlamento europeo adoptó la Resolución 2020/2616 (RSP) Acción coordinada de la UE para luchar contra la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias, texto aprobada por una gran mayoría sobre cuya trascendencia llama la atención un reciente ensayo de la profesora Ramón Chornet que he podido consultar antes de su publicación gracias a su deferencia³⁶. La directora del Instituto de Derechos Humanos de

la Universitat de València señala que la resolución del Parlamento Europeo es interesante porque contiene un apartado que revela el salto cualitativo que debería darse en términos de la seguridad jurídica como garantía. Me refiero al que reafirma el principio conocido como «Una sola salud»; como escribe la autora: «[la resolución] recuerda el principio “Una sola salud”, que refleja el hecho de que la salud de las personas, los animales y el medio ambiente están todas ellas interconectadas y que las enfermedades pueden transmitirse de las personas a los animales y viceversa; destaca la necesidad de adoptar un enfoque de “Una sola salud” para las pandemias y las crisis sanitarias, tanto en el sector de la salud humana como en el sector veterinario; resalta, por tanto, que debe hacerse frente a las enfermedades tanto en personas como en animales, teniendo en cuenta también especialmente la cadena alimentaria y el medio ambiente, que pueden ser otra fuente de microorganismos resistentes».

Este es el cambio: la aparición de la dimensión más que interdependiente, colectiva, de bienes jurídicos que, por ello, podrían ser conectados con lo que hace ya medio siglo Karel Vašák³⁷ denominara «derechos de solidaridad», propuesta conceptual y teórica que dio lugar a un debate sobre las distintas «generaciones de derechos» y que abogó con éxito por el reconocimiento de una nueva categoría o generación de derechos que remitiría a la noción dinámica de humanidad como sujeto y, por ello, también a nuestro legado, a nuestras obligaciones respecto a los derechos de las *generaciones futuras*. Hoy tendríamos que superar incluso esa concepción de la seguridad humana para entender que está estrechamente relacionada con el objetivo de desarrollo sostenible, con las condiciones de vida en el planeta. En efecto, se trataría de una concepción de los derechos que tendría en cuenta un valor fundacional aportado sobre todo desde cierta reflexión feminista, la noción de *cuidado*³⁸. Actualmente, tomar en serio la primacía de la garantía de la salud significa reconocer el deber de velar por la salud de todos, dado que somos dolorosamente más conscientes de nuestra fragilidad. Esa primacía remite, en realidad, a un valor más amplio, el de la vida y el de el equilibrio de la vida, que ponemos en peligro con el modelo depredador simbolizado en el término Antropoceno³⁹, es decir, con ese crecimiento y explotación sin límites que es simplemente suicida. Dicen que cuando las generaciones más jóvenes pregunten dentro de unos años a los más viejos: «Abuelo, ¿qué hiciste tú en 2020?», responderemos: «Lavarnos las manos». Pero eso también ha cambiado con la pandemia. Ya no lo entendemos como la actitud de indiferencia de Pilato, que simbolizaba así que el suplicio de Jesús no era asunto suyo y que, por tanto, no tenía responsabilidad. Ahora hemos aprendido que ese «lavarse las manos» es un gesto, un compromiso por la salud de todos, porque mi salud depende directamente de la salud de todos los demás, de la vida saludable de y en el planeta. En ese sentido, es evidente la conexión entre la garantía de la vida saludable —primera exigencia de la seguridad jurídica— y el *cambio climático*. Las implicaciones de esa garantía exceden al Sistema Nacional de Salud e incluso a la evidente necesidad de una gobernanza mundial de la salud que, pese a todos sus defectos, postula una agencia mundial como la OMS. Para tomar en serio la garantía del derecho a la vida saludable, hay que ir más allá. La tutela de este derecho exige una profunda revisión de determinados aspectos estructurales de nuestro sistema de vida porque, como se ha escrito, empecinarse en continuar dedicando nuestros esfuerzos a mantener el modelo actual de producción y consumo significa en el

fondo subsidiar la aparición de nuevas pandemias. Por eso, como también se ha escrito, hay que reformular el modelo actual de producción contaminante, el consumo masivo basado en transporte sin condiciones de seguridad sanitaria, el dominio del recurso a la energía fósil, la extensión de la agricultura industrial y el diseño de las grandes metrópolis. En otras palabras, la garantía de la vida saludable como contenido de la seguridad jurídica exige un verdadero cambio civilizatorio. Se trata de un objetivo que, evidentemente, va más allá de las posibilidades de ese instrumento que es el Derecho, pero que, sin embargo, no puede alcanzarse sin el tradicional cometido del Derecho: la función de garantía, que es fruto de la existencia de normas dotadas de sanción y que traducen y salvaguardan un nuevo consenso sobre la satisfacción de las necesidades básicas, el mínimo de legitimidad que asegura el Derecho.

El universal al que me refería al principio, obviamente, remite en primer lugar a todos los seres humanos, a la humanidad. Pero velar por la salud de todos, ahora que somos dolorosamente más conscientes de nuestra común fragilidad, nos remite en realidad a un valor más amplio, el de la vida y el de el equilibrio de la vida, que, es pertinente reiterarlo, ponemos en peligro con nuestro insostenible —y aun suicida— modelo depredador basado en el crecimiento y la explotación sin límites.

NOTAS

1. Wietholter (2018: 165-170). Reconozco mi vieja deuda con el profesor Pérez Luño, quizá el primero entre nosotros en señalar la importancia de los análisis de Wietholter.

2. Me permitiré recordar que, frente a la común simplificación de la filosofía política heracliteana, centrada en el fragmento B53 (Πόλεμος πάντων μὲν πατήρ ἐστι, πάντων δὲ βασιλεύς, καὶ τοὺς μὲν θεοὺς ἔδειξε τοὺς δὲ ἀνθρώπους, τοὺς μὲν δούλους ἐποίησε τοὺς δὲ ἐλευθέρους), tantas veces traducido de forma inexacta como «la guerra es la madre de todas las cosas», una interpretación criticada ya por Diels y Krantz, Mondolfo o Morin y también por nuestro García Calvo, hay que enfatizar —como apuntaron Jaeger, Gigon o Marcovitz— la importancia del fragmento B44 (μάχεσθαι χρὴ τὸν δῆμον ὑπὲρ γε τοῦ νόμου ὅκωσπερ τείχεος), que subraya la importancia de lo que muchos siglos más tarde von Jhering conceptualizará como la «lucha por el Derecho» como condición de la supervivencia del pueblo y como principio ético-político. La noción de lucha, el conflicto, está en la raíz misma del Derecho. Lo que el Derecho consigue es reconducir esa lucha a la sumisión (hoy está de moda hablar de «mediación») de la norma, de la ley, evitando así que el aniquilamiento o la sumisión a las que conduce la guerra sean las únicas alternativas.

3. Aunque insistiré sobre todo en la dimensión democrática de la seguridad jurídica, es inevitable referirse a esa dimensión funcional, a la concepción o si se prefiere a la explicación o análisis funcionalista del Derecho, que se centra en las tareas que se le atribuyen como herramienta social. A este respecto, creo que el mejor análisis —por su claridad y por su sentido crítico— (es el que proporciona Ferrari [1989] 2014). Cfr., asimismo, Ferrari (2018).

4. Al lector menos familiarizado con los aspectos técnico jurídicos y filosófico jurídicos de la discusión en torno a la noción de seguridad jurídica, le sugiero la consulta de los trabajos del profesor Pérez Luño sobre la cuestión. Pueden leerse, así, Pérez Luño (1990 y 2000) y, especialmente, Pérez Luño (1991).

5. Sobre la exigencia de certeza en el Derecho se han extendido la filosofía jurídica y la teoría del Derecho italianas, con trabajos como los de Carnelutti (1943) y Bobbio (1951). Es inevitable referirse a la obra de Flavio López de Oñate (1969). Más recientemente, *vid.* la monografía de Alpa (2006).
6. Sobre la necesidad de certeza como motor de la codificación (y el intento consecuente de reducir a los jueces a bocas mudas de la ley), me permito remitir a De Lucas (1989: 129 ss.).
7. Pérez Luño (1990: 335). El propio Pérez Luño es quien hace referencia a la tesis enunciada tempranamente por Amelung (1972).
8. La cita se encuentra en *La Tebaida*, de Publio Papinio Estacio (*prius in orbe deos facit timor*). Pero se suele identificar con el verso de Cayo Petronio en *El Satiricón: Primus in orbe deos fecit timor, arduus coelo Fulmina quum caderent, discussaque moenia flammis*.
9. «La obligación de los súbditos con respecto al soberano se comprende que no ha de durar ni más ni menos que lo que dure el poder mediante el cual tiene capacidad para protegerlos. En efecto, el derecho que los hombres tienen, por naturaleza, a protegerse a sí mismos, cuando ninguno puede protegerlos, no puede ser renunciado por ningún pacto. La soberanía es el alma del Estado, y una vez que se separa del cuerpo, los miembros ya no reciben movimiento de ella. El fin de la obediencia es la protección, y cuando un hombre la ve, sea en su propia espada o en la de otro, por naturaleza sitúa allí su obediencia, y su propósito de conservarla. Y aunque la soberanía, en la intención de quienes la hacen, sea inmortal, no sólo está sujeta, por su propia naturaleza, a una muerte violenta, a causa de una guerra con el extranjero, sino que por la ignorancia y pasiones de los hombres tiene en sí, desde el momento de su institución, muchas semillas de mortalidad natural, por las discordias intestinas» (Hobbes [1651] 2018: cap. XXI).
10. Recuérdese el texto del capítulo IV («De la esclavitud») de *El Contrato Social*: «Se me dirá que el déspota asegura a sus súbditos la tranquilidad civil. Bien está; pero ¿que ganan los súbditos en esto, si las guerras que les atrae la ambición de su señor, si la insaciable codicia de este, si las vejaciones del ministerio que les nombra, les causan más [11] desastres de los que experimentarían abandonados a sus disensiones? ¿Qué ganan en esto, si la misma tranquilidad es una de sus desdichas? también hay tranquilidad en los calabozos: es esto bastante para hacer su mansión agradable? Tranquilos vivían los griegos encerrados en la caverna del Cíclope aguardando que les llegara la vez para ser devorados. Decir que un hombre se da gratuitamente, es decir un absurdo incomprensible; un acto de esta naturaleza es ilegítimo y nulo por el solo motivo de que el que lo hace no está en su cabal sentido. Decir lo mismo de todo un pueblo, es suponer un pueblo de locos: la locura no constituye Derecho» (Rousseau [1762] 2017). Por su parte, Kant encabeza su panfleto *Sobre la paz perpetua* con esta cláusula salvatoria: «A la paz perpetua. Esta inscripción satírica que un hostelero holandés había puesto en la muestra de su casa, debajo de una pintura que representaba un cementerio, ¿estaba dedicada a todos los «hombres» en general, o especialmente a los gobernantes, nunca hartos de guerra, o bien quizá sólo a los filósofos, entretenidos en soñar el dulce sueño de la paz?» (Kant [1795] 2016).
11. Cfr. Balibar (2017).
12. Sobre el debate en torno a los límites del positivismo jurídico legalista, es recomendable leer a La Torre (2020).
13. Huelga aquí insistir en el debate sobre la ineliminabilidad de lagunas y antinomias en cualquier sistema jurídico y en la insuficiencia de los criterios arbitrados para integrar las primeras y solucionar las segundas. No siempre existe una norma cierta y, por tanto hay problemas de lagunas normativas —situaciones no previstas, para las que no hay norma— y de antinomias o contradicciones entre normas, máxime en sistemas jurídicos plurales como los de los Estados de la UE, en los que hay varias instancias normativas: la local, la autonómica, la estatal y la estrictamente europea.

14. Me refero a la crítica de Alf Ross a la noción de validez sostenida por Kelsen, como «construcciones metafísicas erigidas sobre la base de una falsa interpretación de la «fuerza obligatoria» experimentada en la conciencia moral» (Cfr. Ross, ⁶1986).

15. En nuestro caso, básicamente se trata de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución española de 1978 y en la Ley Orgánica de desarrollo (LO 4/1981). Sobre ese particular, pueden leerse, entre otros muchos estudios, los artículos de los profesores Pérez Royo (2020) (disponible en: <https://www.eldiario.es/contracorriente/ALARMA-EXCEPCION-SITIO_6_1016358378.html>.), Urías (2020) (disponible en: <<http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5774>>.), Presno Linera (2020) (disponible en: <<https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion/>>.), Arbós (2020) (disponible en: <<https://www.elperiodico.com/es/opinion/20200331/articulo-xavier-arbos-derechos-fundamentales-crisis-sanitaria-7912195>>.), De la Quadra-Salcedo (2020) (disponible en: <https://elpais.com/elpais/2020/04/07/opinion/1586245220_558731.html>.) o Cruz Villalón (2020) (disponible en: <https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html>.). Posteriormente, los profesores Cruz Villalón y Aragón han mantenido una polémica que me parece interesante, sobre todo en la última respuesta que ofrece quien fuera presidente del Tribunal Constitucional: «[...] mientras por un lado la regulación legal del estado de excepción está presidida por la noción recurrente de «alteración del orden público», una noción que, en mi criterio, no estaba presente en la fecha de la declaración de la situación de emergencia, por otro, y en relación con la libertad ambulatoria, el artículo 20.1 de la ley, cuando regula el estado de excepción, tiene una previsión más ajustada a lo que está pasando respecto de la situación de confinamiento, que la más limitada del artículo 11 a), cuando regula el estado de alarma. En estos términos, sopesándolo todo, y viniendo a las circunstancias de presente, una vez declarado el estado de alarma por el Gobierno, que era lo único que en la fecha del 14 de marzo podía hacer, y en definitiva el más ajustado a lo que en ese momento había, creo que ha sido razonable, y así lo ha entendido también el Congreso de los Diputados, la opción por el mantenimiento del estado de alarma, sin saltar, por así decir, al estado de excepción» (Cruz Villalón, 2020). Disponible en: <https://elpais.com/elpais/2020/04/18/opinion/1587226124_665871.html?ssm=TW_CC&fbclid=IwAR21jIDeOO3WvoJjCct11RPo1YDTiLWzZnjLzRRfKxK_cbxswOBw4aGOf-Y>.

16. Schmitt (1950: 20) habló ya de das «motorisierte Gesetz», pero fue Forsthooff (1964) quien desarrolló el concepto. Por su parte, Irti (1978) anunció lo que denominó «la edad etapa de la decodificación», caracterizada por el recurso generalizado a las leyes especiales. En las décadas siguientes se popularizó esa crítica. Así, Luhman (1986) habló de «marea de leyes o hiperjuridificación» y García de Enterría de «un mundo de leyes desbocadas» (1999). Sobre ello, *vid.* Laporta (2004: 45 y 63).

17. Moreno, De Pinedo y Villanueva (2020). Disponible en: <<https://www.sinpermiso.info/textos/expertos-solo-los-mios-son-buenos>>.

18. Así, escriben: «Es difícil saber cuál es la naturaleza de los hechos sobre los que las instituciones deben actuar y más difícil todavía determinar cómo ha de ser el proceso de decisión a partir de esos hechos. La reflexión de las instituciones debe siempre partir de la información científica, pero involucra necesariamente cuestiones que pertenecen al ámbito de lo normativo» (*Ibidem*).

19. Cfr. Depraz (2020). Como señala la autora: «Et si la boussole scientifique, aussi humble soit-elle, n' était qu' une girouette dans la main des politiques? Qu' y a-t-il de pire: être aveugle et le savoir? On peut penser que c' est ce que vivent aujourd' hui de nombreux scientifiques, authentiquement déboussolés... Ou bien: être aveugle et croire qu' on a la situation en main? A force de se croire maîtres et possesseurs de l' univers, nos gouvernants ont réussi à persuader certains scientifiques de se faire guides même chance-lants de leur action publique. Double illusion, double aveuglement: quand un aveugle guide un aveugle, la chute de Scylla sera pire que celle de Charybde [...]».

20. Así lo ha señalado, por ejemplo, el epidemiólogo López Acuña, quien, en una reciente intervención radiofónica, subrayaba esa dimensión intergubernamental, que lastra su independencia y su sujeción a un reglamento de actuación modificado justamente después de la epidemia de COVID: «Lo que se ha hecho es seguir las pautas del reglamento sanitario internacional, pero hay una limitación que muchos hemos señalado desde hace tiempo: es un instrumento que no tiene elementos de coercitividad, no le da ningún poder supranacional en situaciones de pandemia y esto es porque los países no quisieron ceder ese grado de soberanía a un organismo intergubernamental». López Acuña subraya algo evidentemente fundamental: «Necesitamos un nuevo modelo de gobernanza global de la salud para fenómenos que son verdaderamente globales y en los que hay una posible amenaza a la seguridad sanitaria mundial». Disponible en: <https://cadenaser.com/programa/2020/04/15/hora_25/1586902326_732495.html>.

21. El texto de la entrevista está disponible en: <https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/10/jurgen-habermas-dans-cette-crise-il-nous-faut-agir-dans-le-savoir-explicite-de-notre-non-savoir_6036178_3232.html>.

22. Aunque un reciente informe del Reuters Institute, publicado el 15 de abril de 2020, pone en entredicho esa confianza de los ciudadanos en la ciencia, con motivo de la crisis de la COVID-19 y muestra diferencias considerables según los países. Cfr. Reuters Institute (2020). Disponible en: <<https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/calendar/navigating-infodemic-key-findings-our-new-report-how-people-access-news-about-coronavirus>>.

23. Para Popper, el objeto de la ciencia no es «verificar» hipótesis, sino «falsarlas». Cfr., por ejemplo, Popper (1974: cap. X), donde en autor escribe que «[...] los falsacionistas o falibilistas dicen, a grandes rasgos, que aquello que no puede ser (por el momento) derrocado por la crítica, no merece (por el momento) ser considerado seriamente; mientras que aquello que puede ser derrocado de ese modo y sin embargo resiste todos nuestros esfuerzos críticos para conseguirlo, muy posiblemente será falso, pero no es no merecedor de ser considerado seriamente y quizás de ser incluso creído —aunque solo de modo tentativo...—. Los falsacionistas (el grupo de falibilistas al cual yo pertenezco) creen —como lo creen también la mayoría de los irracionalistas— que han descubierto argumentos lógicos que muestran que el programa del primer grupo no puede ser llevado a término: que nunca podemos dar razones positivas que justifiquen que una teoría es verdadera [...]». Como ha señalado Artigas (1992), a quien sigo ampliamente en esta interpretación, es en el Addendum de 1961 a su conocidísima obra *The open Society and its Enemies*, donde Popper formula mejor la idea: «Por falibilismo entiendo aquí la idea, o la aceptación del hecho, de que podemos equivocarnos, y de que la búsqueda de la certeza (e incluso la búsqueda de una alta probabilidad) es una búsqueda equivocada. Pero esto no implica que la búsqueda de la verdad sea una equivocación. Por el contrario, la idea de error implica la de verdad como el patrón que puede no ser alcanzado. Implica que, si bien podemos buscar la verdad, e incluso podemos encontrarla (como me parece que lo hacemos en muchos casos), nunca podemos estar bien seguros de haberla encontrado. Siempre cabe el error, aunque en el caso de algunas pruebas lógicas y matemáticas esa posibilidad pueda ser considerada como pequeña. Pero el falibilismo no tiene en absoluto por qué dar lugar a conclusiones escépticas o relativistas. Esto se hace patente si consideramos que todos los ejemplos históricos conocidos de falibilidad humana —incluyendo todos los ejemplos conocidos de equivocaciones en la justicia— son ejemplos del avance de nuestro conocimiento. Cada descubrimiento de una equivocación constituye un avance real en nuestro conocimiento... Por tanto, podemos aprender de nuestros errores. Esta perspectiva fundamental es, en realidad, la base de toda la epistemología y la metodología [...]». Cfr. Popper (1977: 369-396).

24. De nuevo, sigo aquí la interpretación de Artigas, quien remite a Freeman y Skolimowski (1974: 464-519). Sobre prueba y error, mi colega, el profesor Vicente Martínez, astrofísico, me brinda esta cita del eminente físico ruso Lev Landau: «Cosmologists are often in error, but never in doubt».

25. Así lo puso de manifiesto una revisión científica de 31 modelos publicados hasta el 24 de marzo realizada por un equipo de científicos de Holanda, Austria, Reino Unido y Alemania y publicada en la prestigiosa revista *British Medical Journal*. El estudio advierte que, con la pandemia de coronavirus en plena expansión, los modelos que intentan ayudar a los médicos a diagnosticar la COVID-19 o a saber si un paciente puede sufrir complicaciones o morir por la infección no funcionan. El informe («Prediction models for diagnosis and prognosis of covid-19 infection: systematic review and critical appraisal») está disponible en: <<https://www.bmj.com/content/369/bmj.m1328>>.
26. Sobre esa concepción, ligada sobre todo a la obra de A. Heller (más incluso que a la «pirámide de Maslow»), sigue siendo imprescindible, a mi juicio, el muy completo estudio realizado por la profesora Añón (1994). *Vid.*, asimismo, Añón (1992 y 1998).
27. Cfr. López y López (2029). El artículo toma pie del notable libro de Llano (2017).
28. Arendt (2008).
29. Agamben (2011).
30. Foucault (2005).
31. Cfr. Fraser y Honneth (2006).
32. Cfr. Ferguson ([1767] 2010).
33. Cfr. Cabeza, Cardona y Flores (2019).
34. El texto del manifiesto publicado en *Le Monde* está disponible en: <https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/21/coronavirus-notre-nation-doit-montrer-sa-gratitude-envers-les-etrangers-qui-affrontent-cette-crise-avec-nous_6037272_3232.html>.
35. Cfr. por ejemplo, Butler (2020) y, desde luego, Butler (2010).
36. Ramón Chornet (2020: 313-326).
37. Cfr. Vašák (1977).
38. Entre nosotros, García Ruiz (2016 y 2017) ha sabido argumentar esa noción del cuidado como valor central de una nueva política. Sobre la manipulación de la noción de seguridad, es muy recomendable la lectura de García Ruiz (2013).
39. Cfr. Arias Maldonado (2018).

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio (2011): *El Sacramento del lenguaje. Arqueología del juramento (Homo sacer II, 3)*, trad. A. Gimeno, Valencia: Pre-Textos.
- AGUSTÍN de HIPONA (1988): *Ciudad de Dios*, trad. de S. Santamaría del Río y M. Fuentes Lanero, Madrid: Anaya.
- ALPA, Guido (2006): *La certezza del diritto n' ella età della incertezza*, Editoriale Scientifica.
- AMELUNG, Knut (1972): *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt: Athenäum Verlag.
- AÑÓN, María José (1992): «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas», en J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos: concepto, fundamento, sujetos*, Madrid: Tecnos, 100-115.
- (1994): *Necesidades y derechos, un ensayo de fundamentación*, Madrid, CEC.

- (1998): «De las necesidades radicales a las necesidades humanas», *Daimon. Revista internacional de filosofía*, 17, 53-70.
- ARBÓS, Xavier (2020): «Derechos fundamentales y crisis sanitaria», *El periódico*, 31 de marzo.
- ARENDT, Hannah (2008): *La promesa de la política*, trad. E Cañas y F. Birulés Barcelona: Paidós.
- ARIAS MALDONADO, Manuel (2018): *Antropoceno. La política en la era humana*, Madrid: Taurus.
- ARTIGAS, Mariano (1992): «Conocimiento humano, fiabilidad y falibilismo», *Anuario Filosófico*, 25 (2), 277-294.
- BALIBAR, Étienne (2017): *La igualibertad*, Barcelona: Herder.
- BOBBIO, Norberto (1951): «La certeza del diritto è un mito?», *Rivista internazionale di filosofia del Diritto*, 28, 146-157.
- BUTLER, Judith (2010): *Marcos de guerra. Vidas lloradas*, trad. B. Moreno Carrillo, Barcelona: Paidós.
- (2020): *Sin miedo. Formas de resistencia a la violencia de hoy*, trad. Inga Pellisa, Madrid: Taurus.
- CABEZA, Jaime, M. Belén CARDONA y Fernando FLORES (coords.) (2019): *Edad, discriminación y derechos*, Madrid: Dykinson.
- CARNELUTTI, Francesco (1943): «La certeza del diritto», *Rivista de Diritto Civile*.
- CORSALE, Massimo (1970): *La certeza del diritto*, Milán: Giuffrè.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (2020): «La Constitución, bajo el estado de alarma», *El País*, 16 de abril.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (2020): «Límite y restricción. No suspensión», *El País*, 7 de abril.
- DE LUCAS, Javier (1989): «Sobre la ley como instrumento de certeza en la revolución de 1789», *Anuario de Filosofía del Derecho* (segunda época), VI, 129-134.
- (2020a): «Política, ciencia y certeza a la luz de la pandemia», *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, 210, abril, 6-12.
- (2020b): «La prioridad es la salud ¿De quiénes?», *Pensamiento crítico*, abril.
- DEPRAZ, Natalie (2020): «Science et pouvoir: quand un aveugle guide un aveugle», *Libération*, 15 de abril.
- FERGUSON, Adam ([1767] 2010): *Ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, Madrid: Akal.
- FERRARI Vincenzo (1989): *Funciones del Derecho*, trad. de M.J. Anón y J. de Lucas; presentación de J de Lucas, Madrid: Debate, 1989; ahora *Funciones del Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- (2018): *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FORSTHOFF, Ernst (1964): *Rechtsstaat in Wandel*, Stuttgart: Kohlhammer.
- FOUCAULT, Michael (2005): *La hermenéutica del sujeto. Cursos del Collège de France 1981-1982*, trad. H. Pons, Madrid: Akal.
- FRASER, Nancy y Axel HONNETH, (2006): *¿Redistribución o reconocimiento?*, trad. Pablo Manzano, Madrid: Morata.
- FREEMAN, Eugene y Henryk SKOLIMOWSKI (1974): «The Search for Objectivity in Peirce and Popper», en P. Schilpp (ed.), *The Philosophy of Karl Popper*, Open Court: La Salle (Illinois), 464-519.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1999): *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA RUÍZ, Alicia (2013): *La gobernanza del miedo. Ideología de la seguridad y criminalización de la pobreza*, Barcelona: Proteus.
- (2016): *Impedir que el mundo se deshaga. Por una emancipación ilustrada*, Madrid: La Catarata.
- (2017): «Fraternidad: la fuerza de las fragilidades», *Contexto*, 127, julio.
- HABERMAS, Jürgen (2020): «Entrevista de Nicolás Truong», *Le Monde*, 10 de abril.
- HERÁCLITO (1939): *Fragmentos*, edición de José Gaos, México: Alcancia.
- HOBBS, Thomas ([1651] 2018): *Leviathan*, trad. C. Mellizo, Madrid: Alianza editorial.
- HORACIO, Quinto (2002): *Epistolas. Arte Poética*, edición de F. Navarro Antolín, Madrid: CSIC.
- IRTI, Natalino (1978): *L'età della decodificazione*, Milán: Giuffrè
- KANT, Immanuel ([1795] 2016): *Sobre la paz perpetua*, trad. Joaquín Abellán, Madrid: Alianza.

- LA TORRE, Massimo (2020): *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Florencia: Olschki.
- LAPORTA, Francisco (2004): «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en A. Menéndez Menéndez y A. Pau Pedrón (dirs.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Madrid: Thomson-Civitas.
- LLANO, Fernando (2017): *El gobierno de la razón. La filosofía jurídica de Marco Tulio Cicerón*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- LÓPEZ DE OÑATE, Flavio (1969): *La certeza del diritto*, Milano, Giuffré.
- LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. (2019): «Por qué Cicerón nos sigue interpelando hoy», *Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, 48, 707-725.
- MORENO, José Luis, Manuel de PINEDO y Neftalí VILLANUEVA (2020): «Expertos: solo los míos son buenos», *Sinpermiso*, 12 de abril.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (1990): «Seguridad jurídica y sistema cautelar», *Doxa*, 7, 327-340.
- (1991): *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel.
 - (2000): «La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la justicia», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 15.
 - ([1993] 2011): *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Madrid: La ley & Wolters Kluwer.
 - (2012): «La seguridad jurídica y sus paradojas actuales», *Teoría & Derecho*, 12, 124-140
- PÉREZ ROYO, Javier (2020): «Alarma, excepción y sitio», *ElDiario*, 14 de abril.
- POPPER, Karl (1974): *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, London: Routledge.
- (1977): «Facts, Standards, and Truth: A Further Criticism of Relativism», Addendum a *The Open Society and Its Enemies*, London: Routledge.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2020): «¿Por qué «estado de alarma» por coronavirus y no «estado de excepción»?», *El Derecho y el revés*, Blog, 25 de marzo.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo (2020): «Hacia una concepción holista de la lucha de la UE contra la contaminación atmosférica», en F. Aldecoa (ed.), *En el 70 aniversario de la Declaración Schuman. El debate ciudadano en la conferencia sobre el futuro de Europa*, Madrid: Movimiento Europeo. Consejo Federal Español.
- ROSS Alf (1986): *El concepto de validez y otros ensayos*, México: Fontamara.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques ([1762] 2017): *El contrato social*, Madrid: Akal.
- SCHMITT, Carl (1950): *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen: Internationaler Universitäts-Verlag.
- URÍAS, Joaquín (2020): «Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción ni suspensión», *Info-libre*, 14 de abril.
- VAŠÁK, Karel (1977): «Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights», *Unesco Courier*, 30:11.
- VON JHERING, Rudolf ([1872] 2008): *La lucha por el Derecho*, edición de Adolfo Posadas, Granada: Comares.
- WIETHOLTER, Rudolf (1986): *Rechtswissenschaft*, Basel: Helbing Lichtenhahn.

Fecha de recepción: 26 de julio de 2020.

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.

LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA SOBRE LA EVOLUCIÓN
DEL ESTADO SOCIAL EN ESPAÑA
*THE COVID-19 PANDEMIC'S EFFECTS ON THE EVOLUTION
OF THE «SOCIAL STATE» IN SPAIN*

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho constitucional

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La pandemia originada por la COVID-19 ha tenido profundos efectos sobre la vida social y económica. Las medidas adoptadas para enfrentarse a tales efectos se han concretado en la aplicación de los procedimientos definitorios del Estado social: intervención del Estado en la economía, regulación de las relaciones laborales y comerciales, y reforzamiento de las prestaciones sociales. Estas actividades se han caracterizado por el protagonismo del poder ejecutivo y la importancia del contexto internacional. La cuestión que se plantea es si se trata de medidas episódicas propias de un estado excepcional o si adoptarán un carácter permanente y estructural.

PALABRAS CLAVE

Estado social, Unión Europea, estados de excepción, poder ejecutivo, decreto ley.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic has profoundly affected both social and economic life. The measures adopted to counteract those effects have required implementing procedures inherent in the concept of «Social State»: public intervention in the economy, regulation of labor and commercial relations, and an increase in social benefits. Those activities have been characterized by the prominent role of the executive branch of government and the importance of international contexts. The issue is now to determine whether these were temporary measures incident to a state of emergency, or whether they will be permanent and structural in nature.

KEY WORDS

Social State, European Union, state of emergency, executive branch of government, decree-law.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.011

LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO SOCIAL EN ESPAÑA

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Sobre los efectos de las pandemias en el tiempo. 2. El tratamiento normativo de la pandemia. 3. Pandemia y Estado social. 4. Las dimensiones del Estado social. 5. El impacto de la pandemia en la vida social y económica y las medidas de respuesta. 6. Las particularidades de las medidas antipandemia en el marco del Estado social: el reforzamiento del poder ejecutivo. 7. La internacionalización de las medidas sociales y económicas antipandemia. 8. ¿Cambios episódicos o estructurales? Bibliografía.

1. SOBRE LOS EFECTOS DE LAS PANDEMIAS EN EL TIEMPO

En su ya clásica obra *Plagues and Peoples*, publicada en 1976, William H. McNeill formuló la hipótesis de que las grandes epidemias de la historia habrían tenido no solo consecuencias episódicas que únicamente alterarían durante períodos relativamente breves la vida social, económica y política de los países afectados, que volvería a sus cauces una vez acabada la epidemia, sino también consecuencias estructurales a largo plazo que modificarían en aspectos esenciales el mismo marco de la vida de esos países y aun las relaciones entre países y culturas. McNeill se basó en el estudio de la incidencia de determinados fenómenos epidémicos, entre ellos la transformación de las relaciones sociales y económicas en la Baja Edad Media como resultado de la peste negra del siglo XIV, y el colapso de las culturas azteca e inca en el siglo XVI (y la consiguiente catástrofe demográfica) como resultado de la importación de enfermedades por los invasores europeos. Aparte de estos bien conocidos casos, McNeill amplió su investigación a otros cambios sociales y políticos anteriores y posteriores a los citados, cambios estrechamente vinculados con fenómenos epidémicos.

Como ocurre con las grandes construcciones teóricas de los historiadores, esta hipótesis puede ser sometida a discusión, precisión, contradicción o falsación. No obstante, también puede resultar útil para examinar el posible significado y las consecuencias de la actual pandemia sobre nuestra sociedad, y más aún, sobre el contexto europeo en que se inserta. En efecto: si, por un lado, se ha considerado que se trata de un simple episodio, dramático pero pasajero, por otro, y contrariamente, se ha señalado que, en la línea apuntada por McNeill, y dada su intensidad y extensión, la pandemia tendrá efectos duraderos sobre la vida social económica y política, y, respecto a la cuestión abordada en estas páginas, sobre los elementos que constituyen el llamado Estado social.

Valga señalar que la caracterización de la pandemia como un fenómeno meramente episódico (aunque, posiblemente, de larga duración) se ve, al menos en principio, sustentada por su inicial tratamiento jurídico como «situación excepcional» que, una vez superada, se reconduciría de nuevo a la normalidad. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, en efecto, la respuesta a la situación de pandemia ha sido en nuestro país la adopción de una medida excepcional y en principio temporal como la declaración del estado de alarma, previsto en el artículo 116 de la Constitución, con duración y contenido limitados. Desde esta perspectiva, los efectos jurídicos de la pandemia serían episódicos, limitados tanto en relación con su alcance (cuestión que dio lugar a alguna discusión académica de poca relevancia) como con su duración (extremo que generó algún enfrentamiento en sede parlamentaria). A pesar de esta apariencia inicial, una somera consideración de las medidas y disposiciones adoptadas incluso durante el período de duración del estado de alarma no deja de plantear dudas sobre el carácter episódico del fenómeno y sus consecuencias.

2. EL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA PANDEMIA

Por una parte, fueron abundantes las disposiciones directamente basadas en la proclamación del estado de alarma —y, por ello, de carácter temporal—, medidas justificadas, en lo que respecta a su legitimidad, por la existencia de una situación excepcional que implicaba una ampliación (también temporal) de las competencias de los poderes públicos, singularmente del Poder Ejecutivo. El decreto de proclamación del estado de alarma preveía la emisión por parte del Poder Ejecutivo de disposiciones que limitaban o restringían derechos fundamentales, entre otros la libre circulación de las personas y la utilización de sus bienes, disposiciones contenidas usualmente en normas con rango de orden ministerial cuya vigencia se vinculaba a la duración del estado de alarma, de modo que se presentaban como excepcionales y temporales. El fin del estado de alarma supondría, pues, la vuelta a la situación jurídica «normal» previa a su declaración.

No obstante, la situación de pandemia también dio lugar a la aprobación de otro tipo de disposiciones que no venían caracterizadas como medidas temporales en una situación de excepción; por el contrario, si bien pretendían afrontar situaciones de necesidad derivadas de la pandemia, se desvinculaban de la declaración del estado de alarma y, por ello, asumían una pretensión de permanencia temporal más allá de esa situación excepcional.

Desde la perspectiva de estas disposiciones se produce, pues, una cierta disociación entre pandemia y excepcionalidad. La categoría normativa de estas disposiciones ha sido en muchos casos la del decreto ley, que no se basa en las competencias derivadas de la declaración del estado de alarma del artículo 116 de la Constitución ni de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, sino en las atribuciones «normales» del Gobierno y el Parlamento previstas en el artículo 86 de la Constitución. Esta parcial disociación entre pandemia y excepcionalidad se hace más evidente en aquellas disposiciones que, si bien están directamente vinculadas a la situación de pandemia, prevén medidas que, aun cuando en la práctica se relacionan con el estado de alarma, se encuentran además claramente orientadas a mantener una vigencia en principio ilimitada: valga señalar como ejemplo el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, que establece el «ingreso mínimo vital». La pandemia, por tanto, ha dado lugar a medidas de carácter no episódico, sino claramente estructural, de manera que, al menos inicialmente, no cabe excluir que la hipótesis de McNeill pueda verse en alguna medida confirmada respecto a la COVID-19.

3. PANDEMIA Y ESTADO SOCIAL

Si así fuera, resulta obvio, a la luz de la experiencia, que las consecuencias jurídicas de la pandemia se referirán a aquellos aspectos de la vida de la comunidad más directamente afectados por ella como los relativos a la salud y las condiciones materiales de vida de los ciudadanos; esto es, a lo que, en la acertada traducción de García Pelayo de la expresión alemana *Daseinsvorsorge*, constituye la «procura existencial», condiciones materiales cuya protección se ha incorporado al mundo del Derecho a través del concepto de Estado social. Es en este campo (que supone la intervención de los poderes públicos en forma directa en la garantía de las condiciones materiales de vida de los ciudadanos) donde las consecuencias de la pandemia podrían llevar a cambios estructurales. Y no solo en el ámbito estatal, sino también, como se verá, en el ámbito regional europeo, dado que la realidad constitucional de cada país es ya difícilmente disociable del contexto de la Unión Europea.

Para apreciar la posible influencia de la pandemia en el desarrollo del Estado social en nuestro país, valga recordar que, en España, la referencia constitucional al «Estado social y democrático de Derecho» del artículo 1 de la Constitución aparece como una proyección tardía de la referencia del artículo 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. La fecha es importante, por cuanto, aunque fue acuñado anteriormente, el concepto está estrechamente vinculado a las condiciones de la posguerra europea, contexto en el que trataban de evitarse los enfrentamientos y crisis sociales de la preguerra en las circunstancias de la naciente Guerra Fría. La aceptación del concepto de Estado social, que suponía el reconocimiento formal del papel interventor del Estado para proteger unas condiciones mínimas aceptables de vida, con consecuencias en la vida económica, social y jurídica, representaba un distanciamiento de los principios del liberalismo económico radical, y tenía como consecuencia el compromiso de los Estados con la consecución y mantenimiento de un

nivel adecuado de bienestar social. En términos globales, y en las condiciones de los años cuarenta, era la manifestación formal de un «pacto implícito» entre capital y trabajo en el ámbito europeo occidental bajo un modelo diferente tanto del capitalismo de Estado soviético como del ultraliberalismo norteamericano.

La adopción del concepto de Estado social por la Constitución de 1978 se produjo en un momento en que el modelo europeo ya se había visto sometido a desafíos considerables, con el final de los *Trente Glorieuses* a partir de la crisis mundial de 1973. Si bien en España el proceso de cambio de una dictadura a un régimen constitucional fue distinto del que tuvo lugar en países como Francia, Italia o Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, el texto constitucional español supuso la adopción tardía del modelo de Estado social diseñado en aquellos años tanto en lo que se refiere a la introducción del concepto en la Constitución (bajo la denominación de «Estado social y democrático de Derecho») como en la inserción concreta en la Constitución de una serie de disposiciones que pretendían incidir en la efectiva protección de un nivel aceptable de bienestar social. Es cierto que, en gran medida, esas disposiciones, referentes a ámbitos como el trabajo, las pensiones, la vivienda o la sanidad, no reconocían derechos garantizados, sino que enunciaban «principios rectores de la política social y económica» (Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución) no exigibles directamente ante los tribunales y cuyo eventual desarrollo se dejaba en manos del legislador. Pero no es menos cierto que, si bien la cláusula del Estado social y las disposiciones conexas del Capítulo Tercero no suponían (como pronto quedó claro) mandatos inmediatamente vinculantes al legislador y a otros poderes del Estado, sí suponían una habilitación para que esos poderes intervinieran en la vida económica y social más allá de los límites tradicionales del Estado liberal, e implicaban, por tanto, la posibilidad de articular políticas que afectaran a la economía de mercado y a derechos clásicos de ese Estado como el derecho de propiedad o la libertad de empresa.

4. LAS DIMENSIONES DEL ESTADO SOCIAL

Esa habilitación se refería, al menos, a tres posibilidades de actuación en el desarrollo del Estado social que fueron puestas en práctica de manera muy distinta. La primera dimensión, que reflejaba tradiciones arraigadas en el pensamiento europeo, fue la del intervencionismo estatal en la vida económica mediante la asunción por parte del Estado de actividades de dirección, planificación e incluso iniciativa empresarial. La Constitución hace referencia a estas posibilidades en sus artículos 38, que prevé, «en su caso», la actividad planificadora de los poderes públicos; 131, en la misma línea, y 128.2, que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y la reserva al sector público de servicios o recursos esenciales. Ahora bien (y a diferencia de lo que efectivamente ocurría en Europa a finales de los años cuarenta), el clima político y el contexto institucional europeo no eran precisamente, en el período constituyente, los más favorables a esta dimensión intervencionista, y si algo caracterizó en este aspecto el período posterior a la Constitución no fue

ciertamente la estatalización de actividades comerciales o productivas, sino precisamente lo contrario, esto es, un fenómeno generalizado de privatización de empresas estatales.

La segunda dimensión de las posibilidades derivadas de la cláusula de Estado social era la referida no ya a la asunción por el Estado de actividades económicas empresariales, sino a la regulación del ejercicio de esas actividades por sujetos privados mediante la imposición de determinadas obligaciones y requisitos y, especialmente en el ámbito laboral, el establecimiento de condiciones relativas a la contratación y el régimen de los trabajadores, la relación de trabajo y la resolución de conflictos (artículos 35 y 37 de la Constitución). Finalmente, la tercera dimensión del Estado social sería la previsión de prestaciones directas por los poderes públicos a la ciudadanía a efectos de garantizar un nivel mínimo de bienestar en ámbitos como la vivienda, la educación, las pensiones o la sanidad.

Como ya se ha apuntado, el desarrollo de esas distintas dimensiones del Estado social y de las posibilidades abiertas por la Constitución a los poderes públicos ha sido muy diverso —y, podría decirse, accidentado— en el periodo constitucional. Por lo que respecta a la dimensión directiva, planificadora o empresarial del Estado, la línea constantemente seguida (y casi completamente conseguida) ha sido la de la privatización de las actividades económicas antes llevadas a cabo por el Estado, si bien con una (notable) excepción, como fueron las medidas de rescate de la banca privada tras la crisis de 2008, excepción que, por otra parte, no deja de representar un precedente a tener en cuenta en otras ocasiones.

Mayor desarrollo han experimentado las otras dos dimensiones del Estado social, esto es, la reguladora y la prestacional. La primera, mediante la realización efectiva de las previsiones constitucionales del artículo 35.2 de la Constitución relativas al Estatuto de los Trabajadores y la consiguiente regulación por la legislación laboral de los contratos y condiciones de trabajo y de la actividad sindical, entre otras materias. En cuanto a la actividad prestacional del Estado, en este período constitucional se ha llevado a cabo una considerable labor en materias como pensiones de jubilación, viudedad u otras, prestaciones de desempleo o asistencia social, por indicar algunos campos.

Ahora bien, y como se ha apuntado, el desarrollo de las tres dimensiones del Estado social ha sido no solo diverso, sino también accidentado y, en los últimos tiempos, se ha visto sometido no solo a un proceso de estancamiento, sino también a una cierta regresión. El cambio de tendencia puede situarse sin mucha dificultad en la crisis de 2008-2009. Si bien esa crisis supuso un excepcional protagonismo de la acción estatal en su dimensión directiva y empresarial mediante su intervención en los ámbitos estrechamente relacionados de la banca y la construcción, las consecuencias fueron muy otras en las dimensiones reguladora y prestacional. En cuanto a la primera, la «reforma laboral» implicó una notable liberalización del contenido del contrato de trabajo, en el sentido de favorecer el margen de libertad del empresario; por lo que respecta a la actividad prestacional, la regresión se manifestó en los recortes de las prestaciones sociales y en el límite a la capacidad de gasto y endeudamiento del Estado resultante de la reforma del artículo 135 de la Constitución y la prioridad dada a la satisfacción de la deuda, reforma unida al pacto de estabilidad presupuestaria en el marco de la Unión Europea y el consiguiente compromiso de reducción del déficit público.

5. EL IMPACTO DE LA PANDEMIA EN LA VIDA SOCIAL Y ECONÓMICA Y LAS MEDIDAS DE RESPUESTA

Precisamente en esta fase de reducción de la actividad reguladora y prestacional del Estado se ha producido el impacto de la pandemia, que ha afectado a todos los continentes y que continúa en el momento en que se escriben estas líneas. Las graves consecuencias en la vida social y económica de la pandemia han tratado de paliarse mediante una serie de medidas que forzosamente se encuadran en la protección de la procura existencial característica del Estado social y que se separan de las tendencias a los recortes de los últimos años. Ahora bien, como se señaló al principio, la cuestión que se plantea es si esas medidas representan una solución episódica, de carácter temporal, o si, por el contrario, al menos muchas de ellas son medidas con vocación (y necesidad) de permanencia que responden a la voluntad de mantener los fundamentos mínimos del Estado de bienestar.

Por lo que respecta a la incidencia social y económica de la pandemia, pocas explicaciones son necesarias. Valga, no obstante, señalar que esa incidencia se produce en dos planos que no pueden separarse, como a veces se ha propuesto sin éxito. Por una parte, las implicaciones derivadas de la propia enfermedad y del sufrimiento humano que produce; por otra parte, las consecuencias económicas generales de la pandemia. La experiencia ha mostrado que no cabe disociar ambas dimensiones. En algunos países, los intentos de supeditar el remedio de las consecuencias personales y físicas de la pandemia al mantenimiento de la actividad económica (evitando la adopción de las medidas necesarias para afrontar el problema sanitario a fin de no dañar a la economía del país) han resultado en último término dañosos en ambos aspectos: la enfermedad se ha extendido y la economía se ha visto gravemente perjudicada. En todo caso, y posiblemente de manera inevitable, a las consecuencias derivadas de la enfermedad, que ha afectado a sectores vulnerables de la población, y a la adopción de las medidas necesarias para hacer frente a una pandemia, se han sumado las bien conocidas implicaciones de carácter económico: una paralización de la actividad comercial y productiva, que en nuestro país ha dañado a sectores claves de la economía (se ha calculado un descenso del 20 % del producto interior bruto) y, como resultado de la misma, un notable aumento del desempleo y un incremento de las situaciones de precariedad y necesidad económica.

Frente a estas situaciones se han adoptado las medidas típicas del Estado social en sus diversas dimensiones, especialmente las más desarrolladas hasta el momento, esto es, las reguladoras y prestacionales. En lo que atañe a las primeras, una muestra puede encontrarse en las diversas disposiciones para regular las relaciones de trabajo que tratan de proteger tanto el mantenimiento de la relación contractual de trabajo como la viabilidad de las empresas en un momento de crisis. Tal sería el caso del Real Decreto-ley 8/2020, relativo a los denominados ERTE, que pretendía compatibilizar la forzosa ausencia del trabajo motivada por las medidas sanitarias y la continuidad de la relación laboral. Un ejemplo de intervencionismo estatal en el marco de las relaciones de carácter civil podría ser el Real Decreto-ley 11/2020 en lo referente a la suspensión de procedimientos de desahucio. Como muestra del reforzamiento de la dimensión prestacional, valga señalar las disposiciones relativas a

la prolongación de las prestaciones por desempleo y, sobre todo (y con carácter extendido más allá de la situación de excepción), la citada previsión relativa al ingreso mínimo vital (Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo). Por lo que se refiere al aspecto menos desarrollado del intervencionismo estatal en el marco del Estado social, esto es, la asunción directa por el Estado (total o parcialmente) de actividades económicas y empresariales, no cabe excluir que pueda igualmente activarse, teniendo en cuenta que, ante los problemas planteados por la crisis sanitaria, la misma Unión Europea ha autorizado (así en el Marco Temporal aprobado por la Comisión Europea el 19 de marzo de 2020) una intervención estatal en apoyo de empresas, siquiera sea de forma parcial.

6. LAS PARTICULARIDADES DE LAS MEDIDAS ANTIPANDEMIA EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL: EL REFORZAMIENTO DEL PODER EJECUTIVO

Todas las medidas adoptadas frente a los efectos de la pandemia son bien conocidas. Ahora bien, a pesar de que encajan en los esquemas del Estado social de Derecho, no dejan de presentar un conjunto de particularidades que parecen diferenciarlas de aquellas que fueron adoptadas en coyunturas previas de crisis, especialmente en la crisis que precedió a la actual, esto es, la derivada de la recesión económica iniciada en 2008. En esa ocasión no llegaron a materializarse (o lo hicieron solo incipientemente) líneas de actuación que, ante la pandemia de la COVID-19, sí se han plasmado en realidades efectivas.

En un primer aspecto, y muy singularmente en nuestro país, la renovada intervención estatal ha supuesto un reforzamiento del Poder Ejecutivo que va más allá de lo que suele ser habitual, incluso en situaciones de crisis. Esta tendencia se ha producido también en el ámbito de la actividad normativa, dejando en un segundo plano al Poder Legislativo. Ciertamente, no puede negarse el papel decisivo del Ejecutivo en momentos de crisis. Ahora bien, las circunstancias españolas han exacerbado, tanto a nivel estatal como autonómico, la importancia del papel de la actuación gubernamental.

En este aspecto, también cabe distinguir, como ya se ha apuntado, las vías de actuación del Gobierno en relación con la situación concreta de excepcionalidad (esto es, el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo) y aquellas otras que derivan de competencias gubernamentales sin relación con situaciones de excepción y que forman parte de su área de competencia «normal». En cuanto a las primeras, derivan de la propia proclamación del estado de alarma: el decreto de 14 de marzo se remite, para la concreción de las medidas de excepción allí acordadas, a las «[...] órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas» de las autoridades gubernativas competentes. En la práctica, ese desarrollo se ha llevado a cabo mediante órdenes ministeriales. Diferente es el caso de aquellas disposiciones que no derivan del estado de alarma, sino de la competencia constitucional del Gobierno para dictar decretos leyes en caso de «extraordinaria y urgente necesidad» del artículo 86.1 de la Constitución. Estos dos tipos de vías normativas presentan notables diferencias. Valga señalar que las órdenes de desarrollo o ejecución del estado

de alarma pueden incidir en derechos fundamentales en tanto esa incidencia suponga (en virtud del decreto de proclamación de la excepción) una restricción y no una suspensión de esos derechos. Basta una somera consulta del Boletín Oficial del Estado para encontrar ejemplos de tales órdenes, que afectan a derechos como el de libre circulación, (por citar algunos entre múltiples ejemplos, las ordenes del Ministerio de Sanidad relativas a la movilidad de personas de 9, 16 o 30 de mayo), o el ejercicio de la libertad religiosa (órdenes ministeriales de 29 de marzo, 3 o 9 de mayo) entre otros. Ahora bien, tales disposiciones ostentan una fuerza vinculante acotada en el tiempo, en la medida en que su vigencia se limita al periodo de mantenimiento del estado de alarma.

Por el contrario, los decretos leyes no pueden afectar al régimen de los derechos fundamentales: el artículo 86.1 de la Constitución excluye de esa afectación «[...] los derechos deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» de la Constitución. Pero si bien los decretos leyes se ven en este aspecto limitados frente al campo de acción de las disposiciones dictadas en virtud del estado de alarma, no están sujetos a la limitación temporal de estas, por cuanto la duración de su vigencia (sujeta a la confirmación parlamentaria) es, en principio, ilimitada y no sujeta a término.

Frente a la pandemia, pues, y a fin de adoptar las medidas de orden social y económico necesarias, el Gobierno ha dispuesto de dos tipos de disposiciones: las resultantes del estado de alarma y la derivada de su potestad legislativa mediante decretos leyes. En ocasiones, ambas vías se han presentado como alternativas: pero es evidente que, desde la perspectiva de reformas a largo plazo, el decreto ley aparece como la vía más adecuada en el marco del Estado social, teniendo en cuenta que los efectos de la pandemia pueden prolongarse mucho tiempo una vez finalizado el estado de alarma.

La justificación de estos decretos leyes (también en el ámbito de las comunidades autónomas) deriva de la presencia de situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, situaciones interpretadas con cierta generosidad por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 6/1983, en la que sostuvo de que se trata de una necesidad «relativa», esto es, referida a los proyectos y políticas gubernamentales, y no a situaciones excepcionales, que se rigen por el artículo 116 de la Constitución. En consecuencia, y más allá de la presencia de una situación excepcional, el Gobierno —siempre sujeto a la posterior confirmación del Parlamento— puede apreciar la presencia de una situación de necesidad susceptible de prolongarse una vez terminado el periodo de excepción. Y no solo el Gobierno del Estado; esta posibilidad ha quedado abierta, tras las reformas de los estatutos de autonomía, a los gobiernos de las comunidades autónomas, que en junio de 2020 habían dictado hasta 59 decretos leyes.

El Gobierno del Estado ha hecho abundante uso de la facultad que le confiere el artículo 86.1, de modo que la acción del Ejecutivo ha adquirido un evidente protagonismo (si no un monopolio normativo). Ello es comprensible no solo por la específica situación de fragmentación parlamentaria de los últimos años (que puede explicar el recurso permanente al decreto ley), sino también por las mismas exigencias derivadas de la situación económica y social, situación que, en la medida en que afecta a necesidades vitales tanto individuales como sociales, requiere una actuación rápida e inmediata que evite los retrasos usuales en

el trámite legislativo parlamentario. A este respecto, ha vuelto a confirmarse que, frente a urgentes demandas de medidas integradas en las funciones del Estado social, el Poder Ejecutivo se revela como el agente con más posibilidades de actuación, circunstancia que refuerza aún más su centralidad política.

Este protagonismo gubernamental parece adoptar, al menos inicialmente también otra dimensión: la relativa a la posición de las comunidades autónomas. Ya se ha hecho referencia a que estas también han reforzado la posición normativa de sus poderes ejecutivos. Pero, al menos hasta el momento, ha sido el Ejecutivo estatal quien ha asumido el papel central no solo durante la situación de excepción (en virtud del estado de alarma), sino también una vez levantada esta. Ello es explicable no solo si se toma en consideración el carácter general territorial de la crisis, sino también el hecho de que, en las materias relativas a las tareas centrales del Estado social (legislación laboral, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y de la sanidad, normas básicas en educación), la Constitución establece un amplio margen de actuación en favor del Estado, margen que (se insiste, al menos inicialmente) parece inclinar la balanza claramente en favor de la acción del Ejecutivo estatal.

7. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS SOCIALES Y ECONÓMICAS ANTIPANDEMIA

Una segunda característica de las medidas adoptadas para enfrentar las consecuencias económicas y sociales de la pandemia a través la utilización de las herramientas del Estado social (iniciativa económica pública, regulaciones y prestaciones) estriba en que, en gran medida, aquellas se han tomado en un plano internacional y, más específicamente, en el de la Unión Europea. Ello se explica, por un lado, porque la crisis sanitaria y sus consecuencias no se ciñe a uno o unos pocos Estados de la Unión, sino que afecta a todos ellos; y, por otro, porque la crisis ha planteado de forma frontal desafíos a la propia organización de la Unión y a sus políticas y prioridades.

En este respecto, la respuesta de la Unión ha supuesto una alteración considerable del rumbo tradicionalmente adoptado por las instituciones europeas en relación con las tareas del Estado social. Ya se ha señalado que la asunción de estas tareas por parte de los Estados nación europeos fue el resultado de un acuerdo implícito suscrito entre Estados en los últimos años de la década de los cuarenta del siglo pasado. El proceso de integración europea no supuso un cambio de ese compromiso y protagonismo estatal ni su transferencia a las autoridades comunitarias, puesto que la creación de las Comunidades Europeas respondía a otras finalidades; los Estados seguían siendo, en el campo de la política social y la garantía del bienestar, los actores y protagonistas principales. No faltaron proclamaciones de la Comunidad (luego Unión) Europea en el ámbito de lo social: valga señalar como ejemplo la Carta Comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores adoptada en 1989. Pero en este y otros aspectos se trataba esencialmente de *soft law*, por cuanto en el ámbito comunitario los mandatos de la Carta no estaban respaldados por

sanción alguna en caso de incumplimiento y constituían, por tanto, meras recomendaciones. Se ha señalado que el Tratado de la Unión Europea aprobado en 2009 parecía introducir alguna promesa de adopción de una política social común: así, en el artículo 2 del Tratado se hacía referencia a una «[...] sociedad basada en la justicia y solidaridad» y en el artículo 3 al logro de «[...] una economía social de mercado tendente al pleno empleo». Pero tales promesas quedaban en lo simbólico; el mismo artículo 3 del TUE reducía el papel de la Unión a «la coordinación» de las políticas sociales de los Estados miembros, y consecuentemente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea limitaba la acción de la Unión en estas materia a «apoyar y complementar» la acción de los Estados miembros (artículo 153 TFUE). Así, y en lo que atañe a las tareas del Estado social, la profesora Carmona Contreras ha hablado de «[...] un poder regulador europeo de índole eminentemente restringida y de naturaleza minimalista». Es cierto que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene abundante referencias a «derechos» sociales. Pero esa profusión se ve relativizada al menos por dos factores. Por una parte, la aplicación de la Carta se reduce a las materias respecto a las que la Unión dispone de competencias, y ya se ha señalado que en el sistema de la UE la política social se encomienda esencialmente a los Estados. Por otra, la misma Carta (en la línea de la Constitución española) distingue entre «derechos» y «principios» y limita a los primeros la directa protección por las autoridades de la Unión, lo que diluye considerablemente los efectos de la Carta en el ámbito del Estado social.

Desde esta perspectiva, es fácil comprender la forma en que la Unión afrontó la recesión del año 2008, que dio lugar a lo que se ha denominado el «desmantelamiento del Estado social» en los países del sur de Europa. Posiblemente, la constatación de los efectos de la ausencia de una política de la Unión en estas materias esté en la base de la incipiente creación de un «pilar europeo de derechos sociales» a partir de la proclamación de Gotemburgo por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeos en 2017. Hasta el momento, sin embargo, el fenómeno de la pandemia ha sido el factor determinante de lo que parece constituir un giro considerable en la posición de la Unión Europea. Es evidente que la desatención por parte de la UE de las graves consecuencias sociales de la COVID-19 habría dado lugar a una profunda deslegitimación de las instituciones europeas, y no han faltado advertencias al respecto provenientes de representantes de los Estados miembros. Basta una ojeada a los documentos oficiales de la Unión para comprobar que, en una línea de actuación diferente de la seguida en la crisis de 2008, sus diversos órganos han procedido a la adopción de medidas que tratan de paliar o remediar los efectos económicos y sociales de la pandemia; sin duda la muestra más llamativa de este (posible) cambio de rumbo sea el Plan de recuperación para Europa acordado el 21 de julio de 2020 en el seno del Consejo Europeo, en virtud del cual se destinará una notable suma procedente de los recursos de la Unión a la recuperación, así como la adopción de un Presupuesto europeo sexenal acorde con ese proyecto. Ciertamente, no cabe minimizar los efectos de esta previsión sobre las políticas sociales de los Estados miembros y su respaldo presupuestario, aun cuando una parte de las aportaciones de la Unión sean créditos a devolver.

8. ¿CAMBIOS EPISÓDICOS O ESTRUCTURALES?

La pandemia, pues, ha dado lugar a un conjunto de medidas intervencionistas de los poderes públicos destinadas no solamente a garantizar la estabilidad económica, sino también, y en estrecha relación con este fin, a asegurar un mínimo nivel de bienestar social. Sin duda, ello representa un cambio de tendencia con respecto a la reacción frente a otras crisis, como fue el caso de la recesión iniciada en el año 2008, no solo en los diversos contextos nacionales (particularmente, el español), sino también, y destacadamente, como ya se ha señalado, en el ámbito de la Unión Europea. Si hubiera que realizar una comparación, podría decirse que, en el espacio europeo, la reacción frente a la crisis ha sido más parecida a la que se produjo en la posguerra, a finales de los años cuarenta, que a las medidas económicas y presupuestarias «ortodoxas» que trataron de remediar aquella recesión.

Las iniciativas de la posguerra supusieron un viraje en la política europea, dado que consolidaron (en algunos casos, constitucionalmente) los principios intervencionistas del Estado social, giro que caracterizó la vida social económica y política de Europa durante un largo periodo. Como se ha señalado, las cuestiones que se plantea ahora es si las medidas aprobadas o propuestas con ocasión de la pandemia en los niveles nacional y europeo representan un nuevo giro en el mismo sentido o si se trata únicamente de medidas excepcionales y provisionales cuya adopción no va a suponer un cambio de la ortodoxia precedente, que retornará cuando finalice su limitada vigencia temporal.

No cabe, obviamente, y menos aún en estos momentos, hacer profecías al respecto, pero sí es pertinente realizar algunas observaciones. Primero, en relación con la propia naturaleza de la pandemia, que, al menos cuando se escriben estas líneas, se muestra como un fenómeno previsiblemente prolongado cuyo abordaje no reclama únicamente las técnicas propias de los estados excepcionales —provisionales por naturaleza—, sino también medidas dotadas de cierta permanencia. Ya se ha hecho referencia, en el plano jurídico, a la diferencia entre las medidas adoptadas en caso de «extraordinaria y urgente necesidad», que responden a la idiosincrasia del decreto ley y tienen una vocación de vigencia continuada, y las medidas de restricción de derechos propias del estado de alarma, cuya vigencia está obligatoriamente limitada.

En cualquier caso, incluso si eventualmente se controla y desaparece la pandemia, parece evidente que sus profundos efectos se harán sentir en el futuro, habida cuenta de los trastornos producidos en el tejido económico y social, más aún cuando esos trastornos se han producido —tal es el caso de España— en un contexto en el que el país trataba trabajosamente de recuperarse de los efectos de la recesión económica de 2008. En consecuencia, la intervención estatal seguirá siendo necesaria durante un largo período, hasta que se recupere la situación *ex ante*. Esta consideración se refleja, por ejemplo, en los citados proyectos presupuestarios de la Unión Europea, que tienen un horizonte sexenal.

A ello se añade un dato de relevancia política: algunas medidas adoptadas en el contexto de la pandemia, pero con una proyección temporal más amplia, parecen difícilmente suprimibles sin que su revocación suponga un severo coste político debido a las expectativas que generan. Y ello independientemente del cariz ideológico del gobierno o mayoría parlamen-

taria de turno. La experiencia práctica ha mostrado los costes electorales de las políticas de recortes llevadas a cabo en la segunda década del presente siglo, restricciones implementadas en una situación menos grave que la que ha provocado la pandemia. Políticas como la instauración del «ingreso mínimo vital» son difícilmente reversibles.

Cabe, no obstante, hacer una consideración de mayor calado. La instauración y el desarrollo de los principios del Estado social en la primera mitad del siglo pasado fueron consecuencia de la constatación de que, por sí solas, las leyes del mercado no eran suficientes para evitar y remediar las situaciones de crisis cíclicas en países con un cierto desarrollo ni las graves consecuencias económicas, sociales y políticas de esas crisis en los niveles nacional e internacional. Ahora bien, en la actualidad, atendidas las transformaciones técnicas y económicas y la globalización en todos los aspectos de la vida social, las situaciones de crisis no se plantean ya únicamente en el ámbito nacional, ni siquiera en el regional: afectan prácticamente a toda la comunidad internacional. Presentan, así, una mayor gravedad por sus efectos generales e ilimitados: piénsese no solo en la actual pandemia o en la repetidamente citada recesión iniciada en 2008, sino también en los problemas derivados del desplazamiento masivo de poblaciones en busca de un nivel aceptable de vida, o los que provoca el cambio climático. En un mundo globalizado, la aparición de crisis impredecibles (y las que se han citado lo han sido) constituye un factor a tener en cuenta de manera prioritaria y constante, lo que exige tener permanentemente disponibles los medios para hacerles frente. Las herramientas del Estado social —particularmente, las referidas a los desafíos que plantean el desempleo, la sanidad o la garantía de la procura existencial mínima— no pueden considerarse ya remedios excepcionales, sino vías permanentes de defensa frente a las crisis recurrentes de alcance global.

Sin duda, un escenario de este tipo, que comporta un reforzamiento de los mecanismos del Estado social, no deja de presentar serias dificultades. Ello no tanto en sus dimensiones reguladora y directiva de la economía cuanto en su vertiente prestacional. En relación con la primera, las previsiones constitucionales que desarrollan la cláusula del Estado social (por ejemplo, aunque no solo, los mandatos del Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución) dejan un amplio margen a los poderes del Estado para la ordenación de las relaciones económicas y laborales; por lo que hace a la segunda, el condicionamiento del libre mercado a «[...] las exigencias de la economía general y en su caso de la planificación» previsto en el artículo 38 de la Constitución permite también que esos poderes asuman un papel protagónico en la iniciativa y actividad económica. Ciertamente, todo ello con los límites derivados de la inserción de nuestro país en el contexto europeo, si bien, como ya se ha dicho, con ocasión de la pandemia tales límites parecen haberse relajado en lo que respecta a la actividad económica del Estado en relación con el apoyo directo o indirecto a empresas.

Los mayores problemas se plantean, como es evidente, en relación con la dimensión prestacional del Estado social, dado que implica forzosamente un aumento del gasto público y, en consecuencia, una ruptura de la política de austeridad y, al menos inicialmente, de las líneas de estabilidad presupuestaria asumidas desde la crisis de 2008 y plasmadas en la reforma del artículo 135 de la Constitución. Por lo que respecta al aumento del gasto

público, valga recordar que una simple comparación con las cifras de otros países europeos muestra que, incluso antes de la pandemia, el gasto social en España se situaba en un nivel muy inferior a la media de la Unión Europea; si el gasto social español se situaba en 2019 en el 23.4 % del producto interior bruto, el gasto social medio en la Unión Europea era de cuatro puntos más, y, en el caso francés, de diez puntos más (el 34.1 %). A la vista de las deficiencias apreciadas durante la pandemia, un reforzamiento permanente de las prestaciones públicas en materias como el desempleo, la sanidad y la asistencia social que constituya una garantía frente a eventuales y probables crisis (sanitarias o de otra índole) deberá concretarse, sin duda, en el aumento considerable de los recursos públicos dedicados a ese fin, incluso contando con las eventuales aportaciones de la Unión Europea.

Las consecuencias presupuestarias del robustecimiento del Estado social son también evidentes. Por una parte, esas consecuencias podrán ser provisionalmente asumidas a través del endeudamiento: ya se ha señalado que la Unión Europea ha flexibilizado su exigencias al respecto con ocasión de la pandemia. Ejemplo elocuente de esa flexibilización ha sido la Comunicación de la Comisión Europea de 20 de marzo de 2020, que suponía la aplicación de la cláusula general de salvaguardia del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Adicionalmente, cabe recordar que el inciso 4 del artículo 135 de la Constitución admite excepciones a los principios allí establecidos de estabilidad presupuestaria en lo que respecta a «[...] los límites del déficit estructural y del volumen de deuda pública» en supuestos de catástrofes naturales o de situaciones de emergencia extraordinaria. Contando con la aquiescencia de la Unión Europea, a la que ya se ha hecho referencia, tal previsión permitiría un mayor endeudamiento estatal.

En todo caso, no cabe sino reconocer que, a medio o largo plazo, la financiación de las necesarias prestaciones sociales deberá provenir esencialmente de fuentes internas; en otras palabras, de la presión fiscal. A este respecto, cabe señalar que la presión fiscal es, también en estos momentos, muy inferior a la del contexto europeo; en España representa un 35.4 % del producto interior bruto, frente al 40.3 % de media en la zona euro, para no hablar del 47.5 % (doce puntos porcentuales más) en Francia. El desarrollo del Estado social implica, por definición, un aumento de la presión fiscal, y desde luego no hay motivos para suponer que este no será el caso en nuestro país si se sigue una línea de reforzamiento de las prestaciones estatales.

Las objeciones que usualmente se esgrimen frente a las previsiones relativas al reforzamiento del Estado social —y al consiguiente incremento de la carga tributaria que conlleva— son bien conocidas, y se centran en la tesis de que un aumento de la presión fiscal comprometería la viabilidad de muchas empresas y afectaría gravemente a la competitividad del sistema económico español en el contexto mundial, y ello teniendo en cuenta, además, las peculiaridades de la estructura económica española y su dependencia de sectores que se han revelado muy frágiles. Ahora bien, aun aceptando la relevancia de este tipo de consideraciones, cabe recordar que, a pesar de la presencia de estos condicionamientos en forma permanente en los últimos decenios, el aumento de la presión fiscal ha sido continuo, y que el sistema económico ha ido adaptándose progresivamente a ese aumento; valga recordar que, si en la ya lejana época franquista la presión fiscal se situaba entre el 16 y 18 % del PIB, actualmente ha alcanzado,

como se ha dicho arriba, el 35 % (y aun así se sitúa lejos de los estándares europeos), sin que el sistema económico se haya desmoronado o se hayan producido problemas constitucionales al respecto. Sin duda, un cambio adicional motivado por la pandemia, que contrasta con las líneas restrictivas seguidas (en España y en Europa) respecto a las exigencias del Estado social, necesitaría de una correspondiente evolución del modelo económico general. Pero, a la vista de la experiencia, y de los cambios ya verificados en los últimos decenios en nuestro país, no parece que ello sea un desafío imposible de afrontar.

BIBLIOGRAFÍA

- BARCELÓ ROJAS, David, *et al.* (coords.) (2020): *COVID 19 y parlamentarismo*. México: Universidad Autónoma de México.
- CARMONA CONTRERAS, Ana (2018): «La afirmación de los derechos en el espacio social europeo. Luces y sombras de un proceso (todavía) en transición», en P. Masala (ed.), *La Europa social: alcances, retroceso y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 53-78.
- COMISIÓN EUROPEA (2020): Comunicación de la Comisión. Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de Covid-19, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 20 marzo.
- FUNDACIÓN ALTERNATIVAS (2020): *Informe: el Pacto de Reconstrucción Social y Económica*, junio [en línea] <<https://www.fundacionalternativas.org/las-publicaciones/informes/el-pacto-de-reconstrucion-social-y-economica>>.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (2009): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, en *Obras Completas v. II*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel (2020): «El pilar europeo de derechos sociales: ¿hacia una Europa más social?», en E. Aranda Álvarez (dir.), *Las implicaciones constitucionales de la gobernanza europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 293-320.
- JIMENA QUESADA, Luis (2016): *Social Rights and Policies in the European Union. New Challenges in a Context of Economic Crisis*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ GUERRA, Luis (1977): «Las dimensiones del Estado social de Derecho», *Sistema*, 38-39, 171-192.
- MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel (2020): «Las implicaciones de la estabilidad presupuestaria en el gasto público», en E. Aranda Álvarez (dir.), *Las implicaciones constitucionales de la gobernanza europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 257-292.
- McNEILL, William H. (1976): *Plagues and peoples*, Nueva York: Doubleday, 1976.
- MORENO FERNÁNDEZ, Luis (2018): «El modelo social europeo en la encrucijada», en P. Masala (ed.), *La Europa social: alcances, retroceso y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 31-52.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso (2020): «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempo de pandemia», en D. Blanquer (coord.), *COVID-19 y Derecho Público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 207-240.
- TERUEL LOZANO, Germán (2020): «Los decretos-leyes en la crisis del coronavirus: perspectiva constitucional», en J. Tudela Aranda (ed.), *El Parlamento ante el COVID-19*, Zaragoza: Fundación Jiménez Abad, 216-236.

Fecha de recepción: 2 de septiembre de 2020.

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.

LOS PODERES PUBLICOS Y LA PANDEMIA: CUESTIONES PENALES Y SANCIONADORAS
PUBLIC AUTHORITIES AND THE PANDEMIC: CRIMINAL AND DISCIPLINARY ISSUES

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho penal

Abogado

RESUMEN

Durante la crisis provocada por la pandemia y el subsiguiente confinamiento de toda la población se han producido desviaciones del Derecho o incumplimientos de obligaciones por parte de muchos ciudadanos, pero tampoco es posible aprobar todas las actuaciones del Ejecutivo en la gestión de la crisis y en el uso de la potestad sancionadora penal y administrativa. Algunos ciudadanos que emprenderán acciones penales contra el Gobierno o contra cargos públicos. Otros han cometido infracciones que inicialmente han sido sancionadas. Es difícil pronosticar el éxito de las acciones legales contra el Gobierno y la eficacia las sanciones impuestas. Cosa distinta será lo que ocurra con las reclamaciones por mal funcionamiento de las Administraciones Públicas.

PALABRAS CLAVE

Pandemia, confinamiento, penas, sanciones, excepcionalidad, desobediencia.

ABSTRACT

During the crisis caused by the COVID-19 and the subsequent confinement of the entire population, there have been deviations from the law, or breaches of obligations on the part of many citizens, but it is not possible to approve all the government decisions in the crisis management and the use of criminal and administrative sanctioning power. There will be citizens who will take criminal actions against the Government or against public officials, and others will have committed offenses that must be punished. It is difficult to predict how the legal actions against the government and the sanctions imposed on citizens will end.

KEY WORDS

Pandemic, confinement, criminal punishment, disciplinary punishment, exceptionality, disobedience.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.012

LOS PODERES PUBLICOS Y LA PANDEMIA: CUESTIONES PENALES Y SANCIONADORAS

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho penal
Abogado

Sumario: 1. Se alza el telón: la declaración de estado de alarma y el confinamiento. 2. Las consecuencias penales. 3. La excepcionalidad y los valores tutelados por el Derecho penal. 4. La potencial acusación de desobediencia y algunas dejaciones. 5. Las acusaciones contra el Gobierno. 6. El futuro de las sanciones impuestas. 7. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. SE ALZA EL TELÓN: LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE ALARMA Y EL CONFINAMIENTO

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, marcó la alteración de la «normalidad jurídica». Se dictó invocando el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, y fue acompañado de la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, que estableció los criterios de actuación para las fuerzas y cuerpos de seguridad.

En la mencionada orden se hacía referencia a los delitos de atentado, desobediencia y resistencia a la autoridad y a sus agentes descritos en los artículos 550 a 556 del Código Penal, referidos todos ellos a los casos en que se incumplan las órdenes de las autoridades o la policía, alusión del todo superflua, dado que las normas excepcionales no iban a cambiar el contenido de las correspondientes tipicidades ni era necesario que recordaran algo evidente: la vigencia del Código Penal durante el estado de alarma. Cuestión distinta es que con aquella referencia se pretendiera realizar una especie de función *de llamada* destinada a que todos, ciudadanos y fuerzas y cuerpos de seguridad, tuvieran muy presente

que cualquier rebeldía al cumplimiento de las órdenes que se dictaran habría de tener consecuencias severas.

El estado de alarma se declaró para un plazo de 15 días prorrogable, y ha sido, de hecho, prorrogado hasta cinco veces (cuando esto escribo) con avatares parlamentarios en los que no me detendré. Mucho más grave es la cadena de rebrotes de la epidemia que se registra en España desde fines del mes de julio de 2020, circunstancia que ha dado lugar a que algunos sectores estén planteando la conveniencia de regresar al estado de alarma, a la vista de los problemas que comporta confiar en el buen sentido de la población en orden a la evitación de contagios.

La declaración del estado de alarma a causa de la pandemia generada por el coronavirus (en lo que sigue, CV) produjo en España un sinnúmero de reacciones; desde el lógico temor a contraer la enfermedad a la resignación o indignación por el coste para las libertades personales que iba a suponer la ejecución de las medidas anunciadas por el Gobierno.

Durante todo este tiempo ha habido conciencia de que la pandemia y, especialmente, el confinamiento derivado del estado de alarma tenían un impacto en nuestra vida cotidiana, en la economía, en la enseñanza, pero también en el Derecho. Con ello quiero decir que, desde el primer momento, hubo voces que se alzaron cuestionando la corrección jurídica de las decisiones gubernamentales y, concretamente, la intensidad y duración del confinamiento¹, críticas que fueron arreciando cada vez que se anunciaba una nueva prórroga.

Como es lógico, se trataba de una reacción natural y comprensible, y el primer frente de ataque fue la propia declaración del estado de alarma, que, en opinión de muchos expertos, no daba cobertura suficiente para adoptar medidas tan duras como la privación colectiva de la libertad ambulatoria. Los críticos no discrepaban de la necesidad de las medidas, sino de la clase de cobertura constitucional bajo las que se estaban tomando. Dada su gravedad, sostenían, la aprobación de las mismas habría requerido la declaración del estado de excepción, un nivel superior que, tal vez, era más adecuado, aunque, sin perjuicio de su enorme importancia, no creo que esa cuestión constitucional vaya a ser una de las secuelas importantes del drama que hemos vivido. En todo caso, ese es un aspecto del problema en el que no entraré, pues creo que corresponde a plumas más autorizadas por su especialización en la materia.

A los españoles se les habló de la necesidad de resolver un conflicto entre bienes jurídicos, pero sin que la decisión o elección dependiera realmente de los ciudadanos, a quienes se les transmitió que había dos males enfrentados: el primero, el riesgo de enfermar y, en un porcentaje de casos *a priori* imprecisable, de morir. El segundo, la pérdida de la libertad, del trabajo, de la empresa, de los ahorros, de la paz y, eventualmente, de la salud o el equilibrio mental, a la vez que, como abiertamente se dijo desde el Gobierno, la pérdida de los recursos necesarios para garantizar un futuro de salud y empleo a las generaciones más jóvenes. Y no se habló del riesgo de aumentar los conflictos domésticos ni de una serie de

desgracias que van desde la pérdida de los cursos escolares y universitarios a la destrucción de un altísimo porcentaje de puestos de trabajo.

La tensión y la elección se resolvieron a favor de la primera opción, y no puedo afirmar, porque carezco de la solvencia científica necesaria para hacerlo, que el pronóstico «retroactivo» del Gobierno sea equivocado cuando afirma que, de no haberlo hecho así, la cifra de muertos habría superado los 200.000. El caso es que toda esa relación de males y daños, directos o indirectos, quedaron calificados, usando otra vez el lenguaje penal, como *mal menor* que, en una especie de solución del estado de necesidad, supondría la justificación de esos daños a derechos fundamentales y bienes personales y sociales.

Bueno sería traer aquí, aunque sea solo como reflexión también «retroactiva», la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el significado del principio de proporcionalidad, de acuerdo con la cual el sacrificio de un derecho fundamental —en este caso, la libertad de circulación— ha de ser proporcional al objeto que con él se pretende conseguir (teóricamente, prevenir el contagio, aunque a veces se dijo que era imprescindible a la vista de los colapsos que se producían en los servicios de urgencias). En opinión del Gobierno, esa proporcionalidad estaba a la vista de cualquiera que fuera consciente de los peligros, y se añadía una dimensión adicional, a saber, que la supresión de un derecho fundamental, la *libertad de todos*, tenía que oponerse al derecho *de todos a la salud*.

Esa comparación estaba manipulada desde su base (si hay libertad, habrá enfermedad y muerte), y también en su planteamiento subjetivo, pues el conflicto no se planteaba entre la libertad *de un sujeto* y la salud *de todos los sujetos*, sino entre la libertad de todos (derecho fundamental) y el derecho a la salud (que no es fundamental) frente al riesgo potencial. Solo de ese modo es correcto plantear la cuestión de la proporcionalidad y, por lo mismo, resulta difícil admitir la proporcionalidad de la privación colectiva de libertad en unos niveles que no se han visto en ningún otro Estado europeo, si bien cuando se ha establecido la comparación con la mayor flexibilidad con que se llevaba la lucha contra la epidemia en otros Estados, ha podido oírse que a los españoles no se les puede dar el menor margen de libertad porque enseguida abusan, argumento teñido de un paternalismo autoritario deleznable.

Durante este largo y duro período, ha habido infinitos dramas humanos que se han producido en los ámbitos dependientes de la Administración Pública y en los que pertenecen al sector privado, como es el caso de lo sucedido en muchas residencias de mayores, sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades competentes en materia de supervisión.

En el trágico balance, todo ello se sumará, sin duda, a las imposibilidades «estructurales», entre ellas, señaladamente, el desbordamiento de los servicios de urgencia o de los servicios funerarios. Es muy injusto afirmar que la pandemia ha puesto de manifiesto la insuficiencia del sistema sanitario, pues no creo que ningún sistema sanitario esté preparado para una embestida de esa magnitud, comparable, se ha dicho, a las plagas medievales.

Con la experiencia adquirida, y en el indeseable supuesto de una reaparición de epidemia, ya no podrían invocarse el infortunio y la imprevisibilidad. De cara al futuro, la sociedad española habrá de decidir qué riesgos acepta, y el volumen de estos dependerá del nivel de su desarrollo técnico, económico y cultural.

El estado de alarma concluyó el 21 de junio de 2020, pero los rebrotes de los contagios apuntan a posibles repeticiones de los confinamientos, aunque no alcancen a todo el territorio nacional, sino a zonas delimitadas. El problema será encontrar cobertura legal solo en la legislación administrativa sanitaria, cuya aplicación es competencia de las comunidades autónomas. Pero también se impondrá la necesidad de no oprimir innecesariamente al altísimo porcentaje de la población que no está enferma. El Gobierno central y los gobiernos de las comunidades autónomas tendrán que buscar fórmulas jurídicas que concilien la prudencia y la libertad².

En lo que sigue, intentaré lanzar una *mirada jurídica* retrospectiva a lo que ha sucedido, y centrare mi análisis en los aspectos relacionados con el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

2. LAS CONSECUENCIAS PENALES

Las consecuencias penales potenciales han sido muchas y variadas a lo largo del largo confinamiento —aunque, como es lógico, no hayan llegado aún al enjuiciamiento—, y se han producido por diversas causas, desde las que atañen al quebrantamiento de las prohibiciones dirigidas a la gente bajo amenaza de sanciones hasta las que, en dirección inversa, se imputa a los gobernantes como hipotéticos responsables de diversos delitos, cuestión que, cuando esto escribo, se dirime, en algunos casos, en sede judicial.

Por lo demás, si se quiere analizar cuántos delitos podrían cometerse en la grave situación determinada por la pandemia, la relación podría ser mucho más amplia, e iría más allá de los delitos inspirados, en el fondo y en el modo de interpretarlos desde el Gobierno, en el principio de autoridad.

La situación generada por la pandemia y el confinamiento podía dar lugar a otros delitos cuya comisión ha sido alegada posteriormente en denuncias o querellas, algunas de las cuales se plantean por delitos de homicidio imprudente cometidos por el Gobierno —o parte de él— debido a su inobservancia inobservancia de las normas de prudencia precisas para evitar la extensión del contagio. Otro «subcapítulo» son las acciones penales emprendidas contra residencias geriátricas, a las que se responsabiliza de no haber adoptado las medidas adecuadas para evitar el contagio de sus residentes por no haberles prestado la atención médica que precisaban.

En el plano de los «delitos imaginables», tenemos un amplio elenco de posibles ilícitos. Entre ellos destacan la vulneración de las normas de prevención de riesgos laborales y las maniobras especulativas que hemos podido ver en relación con productos imprescindibles —como es el caso de las mascarillas—, sin olvidar los posibles delitos de transmisión im-

prudente o dolosa de la enfermedad, que no por ser poco concebibles pueden descartarse. Pero los delitos propiciados por la pandemia no tienen relación con el virus, sino con las condiciones creadas por el estado de alarma y el confinamiento; por ejemplo, el incremento de casos de violencia doméstica.

Durante la breve experiencia de los días de aislamiento se han cometido delitos que, a buen seguro, no eran previsibles. Tal es el caso del insulto o la amenaza a personas que necesariamente tenían que quebrar el confinamiento por razones derivadas de situaciones excepcionales (por ejemplo, los progenitores de personas con autismo que fueron insultados por ese motivo), o, situación que también se ha visto, la agresión física a una persona por el solo hecho de estornudar sin portar la mascarilla. Algún comentarista ha añadido a este listado la difusión de noticias falsas sobre remedios o terapias para la previsión o cura de la enfermedad, hechos cuyo encaje penal es, a mi juicio, bastante difícil. No ocurre lo mismo con las pequeñas o grandes estafas cometidas en la venta en línea de materiales para la prevención o la profilaxis.

En las postrimerías del estado de alarma surgieron otros problemas como las manifestaciones de protesta contra la prolongación del confinamiento. Algún portavoz gubernamental llegó a considerarlas como posibles supuestos de manifestación ilegal. Me parece una valoración penal que no tiene la menor posibilidad de prosperar.

En el último, y más preocupante, escalón se sitúan los delitos que, según el pronóstico policial, podrían aparecer en la fase *postpandemia*, y que, en realidad, son una consecuencia de la gravísima crisis económica y social que se avecina. Así, se habla de delitos de odio o discriminación laboral contra los que han sido portadores del virus, aunque estén fuera de peligro de contagio, o de fraudes de subvenciones o lesiones a los derechos de los trabajadores al hilo de los ERTE y otras medidas.

En el castigado mundo de la hostelería y el turismo, en la construcción o en el comercio de bienes no esenciales se abrirá la puerta a la entrada de dinero de origen desconocido, dinero no necesariamente delictivo, sino simplemente opaco, que será bienvenido, aunque en muchas ocasiones semejante flujo de liquidez pueda constituir un delito de blanqueo de capitales.

La necesidad de dinero podrá dar lugar a fenómenos conocidos en el pasado. En este sentido, no cabe descartar que se repita lo ocurrido tras la crisis de 2008, contexto en el que fue bien recibido el dinero bancario sin que a ningún gobierno se le ocurriera poner obstáculos a ninguna entidad ante la sospecha fundada de que había captado dinero procedente de delitos y que lo estaba lavando con su inversión.

La urgencia de que se reanude el crecimiento propiciará, por lo tanto, muchos abusos, buena parte de los cuales recaerán en los trabajadores, especialmente los más jóvenes, y es más que dudosa la capacidad y la voluntad del Estado para luchar contra este y otros hechos, como el altísimo porcentaje del PIB que corresponde a la economía sumergida, la más golpeada por la crisis, lo que generará legiones de desesperados.

3. LA EXCEPCIONALIDAD Y LOS VALORES TUTELADOS POR EL DERECHO PENAL

Nada descubro diciendo que la pandemia lo ha cambiado todo, hasta el punto de que son muchos los españoles que creen que el país que conocieron ha dejado de existir y ya no será el mismo en el futuro. Todo lo que era normal en nuestras vidas ha pasado a ser extraordinario o a estar prohibido. El traumatismo social y cultural es indiscutible y, del mismo modo que se ha perdido la aparente seguridad en la que estábamos instalados, también se han ido al agua todas nuestras ideas sobre el bienestar y la solidez del Estado protector.

El paso que ha de dar el penalista es preguntarse si las ideas sobre lo justo y lo injusto se han alterado, es decir, si se ha generado una nueva escala de valores que, necesariamente, acaba afectando a los contornos de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. Creo que un simple ejemplo permite apreciar el cambio; recordemos la polémica sobre la extensión al personal sanitario de la condición de funcionario público en orden a la apreciación del delito de atentado (art. 554.3. a) CP). En su momento, se dijo que podía admitirse, si bien con restricciones. Así fue: el tipo se limitó a los supuestos en los que la agresión tuviera lugar cuando el personal sanitario estuviera interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia. Pues bien: si hoy, atendido el merecido prestigio que esos profesionales han alcanzado en la sociedad española, podría ser adecuada una extensión de la tipicidad e incluso una elevación de las penas.

Más allá de ejemplos puntuales, y tomando en consideración lo mejor que ha dado la sociedad española en el curso de esta tragedia, es seguro que las ideas comunes sobre la solidaridad y el deber de socorro pueden verse afectadas. Solo el tiempo dirá si esta percepción es acertada.

El estado de alarma permitió que el Gobierno suspendiera el ejercicio de derechos fundamentales de indiscutible importancia como la libertad ambulatoria y el derecho de reunión, así como la libertad de empresa. Todo eso se aceptó resignadamente porque se asumía que era *imprescindible para el bien de todos*.

La suspensión del ejercicio de derechos fundamentales fue acompañada del correlativo deber de obediencia a las medidas que se acordaban para garantizar el confinamiento y sofocar el riesgo de contagio, pero aquel deber se transmitió —así lo repetían un día tras otro los portavoces de las Administraciones Públicas— mediante la advertencia de que el incumplimiento de las medidas acordadas podía dar lugar a *infracciones administrativas y a delitos*.

Tan severas eran las amenazas que parecía que el entramado de prohibiciones era intangible y que, por lo mismo, como diría el clásico, *nulla iusta causa excusare potest* su transgresión. Creo, en cambio, que por parte de los poderes públicos hubo, y sigue habiendo, cierto abuso de su potestad de mando, que en algún momento ha llevado a justificar sus decisiones recurriendo al *argumentum ad verecundiam* (es así porque lo dice este o aquel y sobran las indagaciones), como intentaré explicar seguidamente:

i) La declaración del estado de alarma no da cobertura jurídica a todo lo que decida u ordene la autoridad. Como ya he dicho en otro lugar, no voy a adentrarme en temas que otros abordarán, pero quiero hacer constar solamente ese frío dato: las prohibiciones impuestas a la ciudadanía española no quedan protegidas constitucionalmente por la existencia del estado de alarma.

ii) El Derecho penal ha elaborado unos *principios* que se consideran imprescindibles para la coherencia del sistema represivo con el Estado social de Derecho, esto es, para la propia *razonabilidad* de castigos y sanciones. Destacan, entre ellos, los de certeza del Derecho, *extrema ratio*, ofensividad e intervención mínima. Durante la pandemia y el confinamiento, se ha extendido la sensación de que las prohibiciones y amenazas podían cambiar día a día y sin necesidad de explicaciones.

iii) Un tema de especial importancia ha sido el de la ofensividad, que, como es sabido, supone la exigencia de una condición imprescindible para apreciar una infracción penal: que la conducta de una persona o un grupo haya dañado o puesto gravemente en peligro (haya «ofendido») el bien o interés que la ley, mediante amenaza, quería proteger. Si no se exigiera una condición de esa clase, que tiene carácter objetivo, se castigaría por igual, por ejemplo, un intento de lesión «viable» y otro absolutamente inviable; en relación con las conductas calificadas como «peligrosas», podría aplicarse la sanción penal (por desgracia, así se hace en España con excesiva frecuencia) sin constatar que se ha producido realmente alguna clase de peligro. Lo que esa idea significa es que las conductas que se castigan no son reprimidas solamente porque están prohibidas, sino también porque, *además*, hacen daño a un interés o bien material o a un bien espiritual o moral reconocido y compartido.

iv) Si se desprecia el principio de ofensividad, *como ha sucedido en la actividad sancionadora desplegada durante el confinamiento* —con excepciones, ciertamente—, la aplicación de las sanciones tendrá que refugiarse en la idea de autoridad y el correlativo deber de obediencia, tanto si la ley es materialmente justa como si no lo es, con base en alguna extraña interpretación de las doctrinas de Kelsen. Ahora bien en un Estado de Derecho «social y democrático» esto es inadmisibles tanto en el Derecho penal como en el Derecho sancionador administrativo, y hay que destacar que la mayor cantidad de pisoteos a estos principios se produce precisamente en la actividad sancionadora de la Administración. Durante la pandemia han llegado noticias que lindaban con el ridículo: ciudadanos que paseaban sin perro, sin dirigirse a comprar comida o medicamentos o sin estar amparados por cualquier otra de las excepciones establecidas han sido sancionados administrativamente —e incluso puestos a disposición judicial como responsables de una infracción o delito de desobediencia— con total prescindencia del contexto y de la presencia o ausencia de riesgo de contagio. En muchos casos, se trataba de personas inofensivas, muchas veces mayores, ahogados por el confinamiento —y aquí conviene recordar que, a diferencia de otros países, en el inicio del confinamiento en España no se permitía ni siquiera la posibilidad de disponer de una hora de paseo—. En nuestro país, las salidas a veces han transcurrido por lugares casi desérticos o calles por las que no transitaba nadie; por ello, no había peligro, ni siquiera remoto, de que los paseantes pudieran contaminar o ser contaminados.

v) Otro problema que merece ser destacado es el de la indiferencia o poca sensibilidad ante los *conflictos entre deberes o derechos*. El ejemplo más visible ha sido la poca empatía de los poderes públicos con aquellas personas que han tenido que compartir el confinamiento con quienes habitualmente les maltratan. La solución no puede ser habilitar un teléfono para pedir ayuda o para que lo haga un vecino, entre otras cosas, porque eso no es tan fácil y porque hay que respetar la mera necesidad de no respirar el mismo aire, aunque sea solo un rato. Pero lo peor es que durante el confinamiento se ha producido un *significativo aumento de los casos de maltrato*.

4. LA POTENCIAL ACUSACIÓN DE DESOBEDIENCIA Y ALGUNAS DEJACIONES

La amenaza más grave con la que fueron acompañadas las medidas obligatorias de confinamiento fue la advertencia de la posible comisión de una infracción administrativa o *de un delito de desobediencia*. La idea de que la infracción administrativa o el delito de desobediencia se cometerían en cuanto se quebrantara la orden de permanecer en el domicilio fuera de los supuestos autorizados era, en sí misma, una enormidad y un dislate, y suponía, sin más, la asunción de que, en las especiales circunstancias determinadas por el estado de alarma, no *caben exculpaciones de ningún tipo*, dado que, según ese planteamiento, la situación constitucional implicaría la suspensión de la eficacia de los preceptos del Código Penal.

Eso es, sencillamente, falso porque no es verdad que no cupiera ninguna razón fuera de las regladas que pudiera justificar o exculpar el quebrantamiento del confinamiento. El problema no termina ahí, pues durante el confinamiento ha podido verse que, en ocasiones, las fuerzas de seguridad trataban con el mismo criterio al paseante solitario «inofensivo» y al que se desplazaba a su segunda residencia —para indignación de los habitantes del lugar—, equiparación que constituye un modo de uso arbitrario del Derecho como cualquier otro. Evidentemente, el propósito de aquellos anuncios era, en esencia, ejercer presión psicológica sobre la población.

Los excesos en el uso de la capacidad de disciplinar, además de ser criticables, podrán tener como consecuencia la afectación de la eficacia final de las sanciones. Me referiré a ello más adelante.

El mal uso del Derecho se produce tanto por el hecho recurrir a él cuando no hace falta como por no hacerlo cuando sería obligado. Esto también ha sucedido: un ejemplo significativo es que se tolerara que el presidente de la Generalitat catalana paralizara en algún momento la ayuda del Ejército o de la Guardia Civil con malos pretextos que no escondían su atávica fobia a todo aquello que recuerde la existencia del Estado. Esas actuaciones habrían propiciado una respuesta jurídica, o, incluso, de acuerdo con la unificación de las decisiones impuesta por el estado de alarma, la vía de hecho. Pero no se hizo (tal vez a causa de la necesidad de contar con los votos nacionalistas para prorrogar el estado de alarma).

Hay algún otro ejemplo de la falta del recurso al Derecho cuando es obligado hacerlo: el artículo 281 CP, que no ha sido derogado por el estado de alarma, dispone: «1. El que detrajere del mercado materias primas o *productos de primera necesidad* con la intención de desabastecer un sector del mismo, de *forzar una alteración de precios*, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas». Sin embargo, llegaban noticias de subidas de precios de algunos alimentos, así como de determinados productos de desinfección o higiene preventiva —particularmente, las mascarillas— sin que se produjeran detenciones ni actuaciones de carácter policial, a la vez que, patéticamente, desde medios gubernamentales se deslizaba la penosa noticia de que no se habían encontrado proveedores fiables o que, simplemente, la Administración española había sido estafada.

Ha habido otros comportamientos delictivos que, lamentablemente, quedarán impunes como los casos conocidos de amenazas veladas o abiertas dirigidas a través de las redes sociales —o, directamente, mediante pasquines o pintadas en comunidades de vecinos— en las que se exigía a personas que prestaban servicios en actividades riesgo —ya fuera un hospital o un supermercado— que se fueran a vivir a otro lugar porque suponían un riesgo de contagio. En su momento, se dijo que esas acciones podrían integrar delitos de odio o de discriminación, pero mucho me temo que será difícil identificar a los autores, por lo que es previsible que esas conductas queden impunes.

5. LAS ACUSACIONES CONTRA EL GOBIERNO

Hay noticia de que son muchas las acciones penales emprendidas contra el Gobierno³. La última ha sido que un «numeroso grupo de penalistas» presentaba una querrela contra todo el Gobierno en la que le imputa la comisión de un elevado número de homicidios culposos, con lo que son ya más de 30 los procesos abiertos —o que aspiran a serlo— a consecuencia de lo sucedido durante el confinamiento, procesos que, como es lógico, hacen especial referencia a las muertes⁴. No conozco el contenido argumentativo de esas acciones más allá de lo que han publicado los medios de comunicación con base a declaraciones de los abogados querellantes.

También ignoro si es cierto o falso que detrás de los promotores de las acciones penales se encuentra la extrema derecha, que quiere aprovechar la oportunidad para cargar contra el Gobierno. A la postre, esa circunstancia nada tiene que ver con la viabilidad de las querrelas.

De entrada, hay una especie de nota común a todas esas acciones: el reproche al Gobierno por su tardanza en reaccionar, a pesar de que hacía tiempo que llegaban de China noticias sobre la extensión del virus, así como el carácter engañoso de las declaraciones gubernamentales sobre las posibilidades reales de controlar la extensión de la epidemia. Esa es la acusación principal, pero no la única.

Según ha trascendido, además de la acusación de homicidio u homicidios imprudentes, las querellas presentadas lo son también por delitos vinculados a las compras de material sanitario en malas condiciones, así como la falta de suministro de respiradores y mascarillas, si bien se diferencia entre las acciones que responden a la incompetencia y la torpeza y los actos que son fruto del concierto criminal con personas o entidades políticamente afines para beneficiarlas económicamente mediante adjudicaciones de compra que no han sido tramitadas a través de los procedimientos previstos en la legislación de contratación pública.

Al parecer, en alguna querella se imputan también hechos constitutivos de delitos de omisión del deber de socorro, prevaricación, fraude a la Administración, malversación, delitos contra la salud pública o delitos contra los derechos de los trabajadores.

Muchas son, pues, las acusaciones, Aquí me centraré únicamente en la más grave: la de homicidio imprudente. Ello no significa que niegue la importancia que *en abstracto* pueden tener los otros delitos citados, aunque algunas acusaciones estén revestidas de cierta carga de demagogia —y nada más lejos de mi intención que el deseo de defender la gestión del Gobierno— y otras parecen poco meditadas, como la censura de que no se hubieran convocado concursos públicos para la compra de material sanitario urgente en una situación de máxima emergencia⁵.

Como acabo de indicar, me centraré en la imputación de delitos de homicidio o de lesiones imprudentes, pues el análisis de todos y cada uno de los tipos de delitos que se han puesto sobre la mesa excede los propósitos de este trabajo.

El marco fáctico sobre el que, eventualmente, habría de versar el Derecho penal se caracteriza por alguna notas que no pueden ser minusvaloradas:

- i) La anormalidad y la emergencia y la insuficiencia de medios para afrontar la enfermedad.
- ii) La mutabilidad de las circunstancias, es decir, el hecho de que lo que un día es previsible deja de serlo al día siguiente y los problemas apremiantes del presente sean pronto oscurecidos por nuevos problemas.
- iii) La imposibilidad de aplicar retroactivamente los conocimientos que ahora existen sobre la detección y el contagio de la enfermedad.

La conducta que se considera cometida es el homicidio imprudente. Semejante imputación debe fundarse en la demostrable concurrencia de todos los elementos que configuran un delito imprudente, a saber: *a)* la producción objetiva de un resultado y *b)* que tal resultado traiga causa de la infracción de una norma de cuidado preexistente a la acción, ya sea porque se ignoró la presencia de ese deber —lo que equivaldría, de paso, a desconocer la existencia de una situación de riesgo—, ya porque el autor o autores confiaron en que el resultado no habría de producirse, y todo, a su vez, vinculado a una acción que objetivamente pueda ser imputada a cada acusado.

Partiendo de esa descripción comúnmente aceptada, es fácil colegir que el núcleo del comportamiento injusto radica en la infracción de la norma de cuidado. En ocasiones, las

normas de cuidado están *taxativa y legalmente descritas* —por ejemplo, las disposiciones sobre el tráfico de automóviles y la seguridad vial y tantos otros reglamentos que disciplinan las más variadas actividades profesionales, comerciales, industriales, etc.—. En otras ocasiones, sin embargo, ese deber de cuidado no tendrá una descripción jurídico-positiva, sino que nacerá de normas no escritas *basadas en la experiencia o integradas en la cultura colectiva*. Desde esa perspectiva, resultan secundarios los criterios que antiguamente se utilizaban para configurar la culpa —que, en el fondo, solo servían para determinar la culpa *civil*—, como los que se limitaban a invocar la prudencia del hombre medio o normalmente previsor.

Un elemento igualmente nuclear en el delito imprudente es la *previsibilidad del resultado* con independencia de que el sujeto concreto lo haya previsto. Si se exige la presencia de una norma *objetiva de cuidado* concebida para evitar resultados dañosos, la coherencia impone que el alcance de esa norma se ponga en conexión con la previsibilidad de un resultado que objetivamente y *ex ante* pueda atribuirse a una acción.

Si en ese primer estadio se llega a la conclusión de que el resultado no era previsible para ningún hombre medio colocado en las mismas circunstancias que aquel al que se acusa, no podrá configurarse una actuación imprudente *para el Derecho penal*.

En relación con el tema central de la previsibilidad, es frecuente —y, sobre todo, lo ha sido en lo que respecta a los comportamientos subjetivos durante la pandemia y el confinamiento— confundir dos ideas muy diferentes. Una de ellas puede ser acogida por el Derecho penal y la otra no. Me estoy refiriendo, respectivamente, a las ideas de *precaución y prudencia*, términos que, aunque en el lenguaje común se utilicen como sinónimos, para el Derecho en general y para el Derecho penal en particular tienen un significado diferente.

Las normas de cuidado, cuyo origen puede ser legal, reglamentario, social o cultural tienen como función y fin evitar la producción de resultados como el que se ha producido porque la experiencia enseña que eso es lo que puede suceder si no se respetan esas normas o, dicho en términos sumarios, *porque así lo dicta la experiencia*. Al decir esto no niego que en la construcción del concepto penal de imprudencia también interviene el llamado riesgo permitido, que es la manera de denominar a las contingencias que colectiva y mutuamente aceptamos porque forman parte de la realidad o de la vida en sociedad. La consecuencia de que haya un riesgo permitido es que la imprudencia comenzará cuando se traspase el límite marcado por el riesgo permitido.

La precaución, o el principio de precaución, es otra cosa. Su origen se encuentra en el Derecho administrativo, constituye criterio orientador de la actividad reglamentaria y su significado es claro: ante el desconocimiento de lo que puede pasar, lo procedente puede ser prohibir la actividad de que se trate. La orden general de confinamiento ha sido *fruto de la precaución más que de la prudencia*, pues de hecho no se tenía experiencia de la razón científica y probada del mismo.

Nótese que no estoy hablando de dudas, sino de desconocimiento, y el desconocimiento no tiene nada que ver con la prudencia, que es hija de la experiencia, la cual, por definición, no existe ante lo desconocido.

Durante la triste pandemia y el confinamiento hemos sido testigos del establecimiento de prohibiciones y órdenes *que no eran fruto de la experiencia porque no había experiencia alguna*. Se ha sabido que el contacto próximo puede dar lugar al contagio, pero en otros temas las vacilaciones y los cambios han sido considerables⁶.

En cuanto a las políticas de Estado, que en esta crisis ha tenido su eje en el confinamiento, tampoco es cierto que necesariamente esta medida fuera la mejor y la única posible, dado que otros países han optado por modalidades de confinamiento diferentes o, incluso, han renunciado al confinamiento —es el caso de Suecia—, prescindiendo de aspectos como las costumbres y el volumen de población, variables que, a su vez, habrían servido para oponerse a que en España se impusiera el mismo criterio tanto en las grandes ciudades como en la última aldea.

Esta larga argumentación viene al hilo de lo dicho sobre la distinción entre la imprudencia y la precaución. Si tomamos el caso más aducido, que funda muchas acusaciones (la autorización de la manifestación del 8 de marzo), y que, se dice, propició el contagio y, por tanto, causó muertes, la conclusión es, a mi juicio, clara: a lo sumo puede decirse que *en los niveles de conocimiento del riesgo que a la sazón había y en la capacidad de imaginar resultados de muerte*, la autorización de dicha manifestación pudo ser contraria al principio de precaución, pero es imposible configurar, con base en la misma, delito imprudente alguno.

Tal vez alguien que me honre leyendo estas notas llegue a la equivocada conclusión de que estoy defendiendo la acción del Gobierno. Nada más lejos de mi intención, pues solo he pretendido hacer algunas advertencias sobre los límites del Derecho penal y sus categorías y conceptos. Es muy posible que la Administración Pública tenga que responder⁷ patrimonialmente por muchas de las cosas que han sucedido y aún pueden suceder, y posiblemente intentará escudarse en la «fuerza mayor», lo que no será fácil, o refugiarse en el comentado principio de «precaución» para justificar mandatos y prohibiciones que luego se demostraron excesivos y que, lógicamente, darán lugar a la reclamación de indemnizaciones. El tiempo dirá.

6. EL FUTURO DE LAS SANCIONES IMPUESTAS

El 21 de junio concluyó el estado de alarma y comenzó la llamada «desescalada», que, en opinión de muchos, se llevó a cabo con excesiva rapidez y habría sido la principal causa de los rebotes. Pero lo cierto es que las privaciones de libertades adoptadas sin la cobertura constitucional del estado de alarma generarán problemas jurídicos y enfrentamientos (como ya se ha comenzado a comprobar) entre el Estado y las comunidades autónomas.

Paralelamente, se han disparado los pronósticos y comentarios sobre lo que podrá suceder con las sanciones impuestas durante el estado de alarma. Se dice incluso que, para muchos abogados, esta será una auténtica agua de mayo por la cantidad de trabajo que generarán los recursos contra dichas sanciones, que ahora, sin trabas de suspensiones procedimentales, podrán inundar de papel la Administración y, después, los tribunales. Por el

momento, es cierto que alguna de esas sanciones ha sido anulada por los tribunales, pero es pronto para emitir un pronóstico general.

En opinión de algunos, una primera fuente de conflictos vendrá provocada por un problema que, en el fondo, es de *jerarquía normativa*, a saber: que las infracciones y sanciones contempladas en el Real Decreto 463/2020, que declaró el estado de alarma, afectaban al ejercicio de derechos fundamentales que no pueden ser restringidos por un real decreto, dado que ello es incompatible con el significado del principio de legalidad proclamado en el artículo 25.1 de la Constitución.

En el fondo, la objeción se centra en la idea de que el estado de alarma no era apto para limitar derechos fundamentales y, por lo mismo, tampoco para establecer sanciones dirigidas a castigar la realización de actos que podían ser manifestaciones del ejercicio de esos derechos. Visto así el problema, habrá que aguardar a que, en su caso, el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto.

Más complicada resulta la segunda fuente de problemas, que se resume en una sola idea: la gran mayoría de las sanciones impuestas (multas) no podrán ser cobradas porque, una vez concluido el estado de alarma, pierden eficacia las competencias en materia sancionadora y las medidas adoptadas en nombre de estas «[...] salvo las que consistiesen en sanciones firmes» (artículo 1.3 de Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio).

La firmeza de una resolución sancionadora exige que se haya cumplido completamente el procedimiento, lo cual significa que la imposición de la sanción haya sido debidamente motivada, que el sancionado haya dispuesto del correspondiente plazo para interponer recurso contra la misma, y que ese recurso no haya sido resuelto todavía o haya sido resuelto en sentido negativo. No hay que hacer un gran esfuerzo imaginativo para comprender que muchas de las multas impuestas desde el 14 de marzo no adquirirán la condición de sanciones firmes, aunque solo sea por falta de tiempo, circunstancia que, por sí sola, reducirá su eficacia en un buen porcentaje de casos.

Sin duda, se alegrará que esta conclusión priva de sentido a la imprescindible capacidad sancionadora de la Administración durante un estado de alarma, pero lo que es seguro es que la prohibición de retroactividad de *todas* las disposiciones sancionadoras desfavorables impide dictar *ex post* una norma «interpretativa» que pretenda corregir el alcance de la que comentamos.

Fuentes de la Administración se oponen a esa interpretación tildándola de inadmisibles y errónea porque entienden que las sanciones no fueron impuestas por infracciones del real decreto regulador del estado de alarma, sino que, siguiendo las remisiones del mismo a la legislación vigente, lo fueron, básicamente, por aplicación de las disposiciones de la Ley de seguridad ciudadana, concretamente, las de su artículo 36.6, una legislación ordinaria y no excepcional que no puede resultar afectada por la previsión del artículo 1.3 de la Ley Orgánica 4/1981.

Efectivamente, el artículo 20 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma dispone: «El incumplimiento o la resistencia a las órdenes

de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio», y lo único que dice este precepto es que el «[...] incumplimiento o la resistencia a los órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes», sin excluir en modo alguno lo preceptuado por la misma ley en su artículo 1.3.

El problema es realmente complicado, ante todo porque el citado precepto de la Ley Orgánica 4/1981 tiene un alcance muy amplio, que va desde la recuperación de competencias que hubieran sido suspendidas durante el estado de alarma hasta la declaración de que en todo caso conservan su firmeza las sanciones que la hubieran alcanzado. Pero respecto a este punto no hace distinciones basadas en las competencias de la autoridad que las hubiera impuesto. La conclusión *posible* es que las sanciones no firmes pierden eficacia al concluir el estado de alarma.

Como es lógico, esta conclusión suscitará una crítica: no es posible que el estado de alarma genere una especie de «privilegio» en cuya virtud sanciones que en otras circunstancias seguirían su correspondiente proceso administrativo sin otro límite que el generado por el régimen general de prescripción de las infracciones y sanciones administrativas (*vid.* artículo 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y, específicamente, artículo 38 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁸)

Pero esa tesis no es tan evidente como puede parecer, y no solo por la fuerza específica de lo dispuesto en la Ley del estado de alarma, sino también porque el citado artículo 36.6 de la ley de seguridad ciudadana hace referencia a la «[...] desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación [...]», y una gran parte de las sanciones (más de un millón) se han impuesto por el solo hecho de transitar sin justificación, pero sin que mediara resistencia ni desobediencia, y si el precepto legal aplicado ha sido ese, se trata de un uso inadecuado de la disposición legal, que resultará invocada para evitar el efecto «cancelador» del art. 1.3 de la Ley 4/1981, incumpliendo las condiciones de la tipicidad administrativa.

El argumento basado en el recurso a la Ley de seguridad ciudadana es, por lo tanto, rechazable. Ante todo, porque la infracción de desobediencia no se integra simplemente por no hacer lo que la autoridad ha ordenado, desoyendo las prohibiciones, sino que requiere una conducta más activa contra el acatamiento de las órdenes. Esa clase de conducta seguramente se ha producido en algunos o bastantes casos, y habrá incluso supuestos en los que se ha entrado en la tipicidad penal de la desobediencia, pero en modo alguno puede decirse que eso haya ocurrido en todos los casos.

Igualmente débil es el argumento de que, dado que la Ley de seguridad ciudadana pertenece a la legislación ordinaria, no le alcanza lo dispuesto en la Ley del estado de alarma. La pretensión de que esa ley se sobrepone a otras, pero no a la ley de seguridad ciudadana,

no es admisible, ante todo por la mayor especialidad de la ley del estado de alarma, y, en la misma línea, porque la redacción del artículo 1.3 de esta no admite excepciones de ninguna especie.

Claro está que, *aunque constituyan la gran mayoría de las infracciones*, las desobediencias que quieren castigarse, sin distinción, a través de la ley de seguridad ciudadana no son las únicas a las que puede referirse el art. 20 del Real Decreto 463/2020, pues teóricamente caben otras que están previstas en otras leyes, entre ellas la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, cuyo artículo 57 define como infracción muy grave o grave la realización de conductas u omisiones que produzcan un riesgo o un daño muy grave o grave para la salud de la población, o la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, cuyo artículo 45 dispone que constituye infracción grave o muy grave el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los planes de protección civil, cuando suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes y, *en las emergencias declaradas*, el incumplimiento de las órdenes, prohibiciones, instrucciones o requerimientos efectuados por los titulares de los órganos competentes o los miembros de los servicios de intervención y asistencia, así como de los deberes de colaboración a los servicios de vigilancia y protección de las empresas públicas o privadas, cuando suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes.

Ahora bien, subsiste el mismo problema: el alcance de la previsión del art. 1.3 de la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, que, como ya se ha dicho, declara textualmente que, finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio, decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas con base en estas, *salvo las que consistiesen en sanciones firmes*. No hay resquicio alguno frente a la exigencia de que las sanciones hayan alcanzado firmeza, y no es fácil encontrar una base para negar validez a una idea que, a su vez, se apoya en otra: ciertos comportamientos solo son merecedores de reproche en el contexto de la excepcionalidad, pero no fuera de esta.

La conclusión puede ser insatisfactoria, pero resulta difícil llegar a otra, amén de la validez del principio general *odiosa sunt restringenda*. Cuestión distinta es que, si se confirma la interpretación que creo más adecuada, sea aconsejable una actuación legislativa adecuada para esas situaciones excepcionales —que, ojalá, no vuelvan a producirse—.

7. CONCLUSIONES

- i) La declaración del estado de alarma —y las restricciones que acompañaron a esa medida— no gozó de una acogida general positiva. Por el contrario, se alzaron muchas voces que consideraron que la restricción de determinados derechos constitucionales podía ser excesiva.

- ii)* La decisión fue tempranamente presentada como una consecuencia inevitable de la situación creada por la pandemia, tesis en la que, se adujo, era preciso optar entre la renuncia a ciertos derechos y libertades y el riesgo de extensión de los contagios. La doctrina constitucional sobre la proporcionalidad de la afectación de derechos fundamentales ha sido invocada tanto en favor como en contra de las medidas ordenadas.
- iii)* Finalizado el estado de alarma, no será posible limitar los derechos constitucionales de la población no enferma invocando la legislación sanitaria, cuya aplicación corresponde competencialmente a las comunidades autónomas. Si se llega a la necesidad de nuevos confinamientos, será obligado declarar de nuevo el estado de alarma. Cuestión diferente es que se limite su alcance solo a una parte del territorio nacional.
- iv)* Entre las cuestiones penales que surgieron durante el confinamiento destacan las imputaciones de imprudencia dirigidas, en primer lugar, contra el Gobierno o alguna Administración Pública. Otro capítulo son las acciones penales emprendidas especialmente contra residencias geriátricas, acusadas de no prevenir adecuadamente el riesgo de contagio, omisión que ha motivado el elevado número de muertes acaecidas en estos centros.
- v)* Muchas de las acusaciones se han fundado en el principio de precaución, principio absolutamente inadecuado en la imputación de la imprudencia desde el momento en que la configuración dogmática de esta figura solo es posible cuando existe un mínimo de previsibilidad. Cuestión distinta es que pueda existir base para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estas consideraciones tienen que haber influido en la decisión del Ministerio Público (septiembre de 2020) de oponerse a la admisión de las acciones penales contra el Gobierno.
- vi)* Sobre las sanciones impuestas durante el estado de alarma, muchos han dicho que la gran mayoría de ellas serán anuladas por falta de firmeza anterior a la finalización del estado de alarma y por defectos de cobertura jurídica. La suspensión de plazos impuesta durante el confinamiento ha concluido y solo ahora podrá verificarse la plausibilidad del pronóstico del fracaso de esas sanciones.

NOTAS

1. En esa línea, hay que destacar el fundamentado y contundente manifiesto suscrito por Calaza, Fernández Díaz, Leguina y De la Dehesa (2020). Ese importante texto descalifica el confinamiento por el daño constitucional que ha causado un perjuicio que solo habría estado justificado en el caso de que su utilidad hubiera sido demostrable. Las resonancias de ese texto fueron muy interesantes, pues no fue objeto del menor comentario: los argumentos allí vertidos habrían merecido un adecuado debate parlamentario, debate que no se ha producido con el rigor que merecen los españoles. Sobre ello me pronuncié en Quintero (2020a).

2. Una cierta restricción de la libertad, en ningún caso tan amplia como el confinamiento podría justificarse al amparo del artículo 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud

Pública, que es ley orgánica y, por lo tanto, puede alcanzar a los derechos reconocidos en la Constitución. Pero la ejecución correspondería a las comunidades autónomas, que tienen transferida la competencia en materia de sanidad, y son ellas las que deberían dictar las disposiciones de ejecución, aunque el Gobierno podría mantener la «coordinación», en virtud de lo dispuesto en el art. 73 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

3. Hay que advertir que algunas acusaciones penales se han formulado también contra miembros de los gobiernos de las comunidades autónomas, acusaciones fundadas, se supone, en el modo en que han ejercido sus competencias. No me detendré en un análisis pormenorizado de esta cuestión, aunque algunas de las ideas que expondré puedan aplicarse a esos casos.

4. A su vez, la Fiscalía de diferentes territorios acumulan decenas de denuncias contra las residencias de la tercera edad, en las que ha habido fallecimientos motivados, se dice, por la mala praxis.

5. El artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, dispone que a todos los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente a la COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia, y que el libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente a la COVID-19 se realizarán a justificar. La información completa se encuentra en Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (2020: *passim*). Esta oficina fue creada en el Ministerio de Hacienda en aplicación de lo dispuesto en el artículo 332 de la Ley de Contratos del Sector Público.

6. Por ejemplo: el uso de guantes, que en pocos días pasó de ser imprescindible a no recomendable —y hasta contraproducente— para la generalidad de la población, así como como la vigente (en el momento que escribo) prohibición del baño en el mar porque no se sabe si el virus se transmite en el agua. Ahora se dice que no es posible y que la razón estriba en que la gente se baña en grupos (!), lo cual, coherentemente, habría debido dar vía libre al baño «solitario».

7. La apreciación de mal funcionamiento de la Administración no necesita señalar culpables: es solo un hecho, y los ciudadanos que hayan sufrido las consecuencias tienen derecho a ser indemnizados (art. 106.2 de la Constitución). Para ello pueden emprender las correspondientes acciones ante los tribunales. El funcionamiento indebido de los servicios públicos puede derivar tanto de acciones como de omisiones —entre ellas, las faltas de supervisión y control por parte de la Administración competente (estatal, autonómica o, incluso, municipal) o de las empresas de servicios públicos.

8. Artículo 38 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana: «1. Las infracciones administrativas tipificadas en esta Ley prescribirán a los seis meses, al año o a los dos años de haberse cometido, según sean leves, graves o muy graves, respectivamente. 2. Los plazos señalados en esta Ley se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción. No obstante, en los casos de infracciones continuadas y de infracciones de efectos permanentes, los plazos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita. 3. La prescripción se interrumpirá por cualquier actuación administrativa de la que tenga conocimiento formal el interesado dirigida a la sanción de la infracción, reanudándose el cómputo del plazo de prescripción si el procedimiento estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

4. Se interrumpirá igualmente la prescripción como consecuencia de la apertura de un procedimiento judicial penal, hasta que la autoridad judicial comunique al órgano administrativo su finalización en los términos del apartado 2 del artículo 45».

BIBLIOGRAFÍA

BLANQUER CRIADO, David (coord.) (2020): *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia: Tirant lo Blanch.

CALAZA, Juan José, Andrés FERNÁNDEZ DÍAZ, Joaquín LEGUINA y Guillermo DE LA DEHESA (2020): «Contra el confinamiento de la población» [en línea] <[https://contra el confinamiento de la población. wordpress.com](https://contra-el-confinamiento-de-la-poblacion.wordpress.com)>.

DE LA MATA, Norberto Javier (2020): «Pandemia, estado de alarma y suspensión de libertad», *Almacén de Derecho*, 6 de abril.

ENRÍQUEZ MALAVÉ, Guillermo (2020): «Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», *Diario La Ley*, 6 de abril.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2020): «Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19», Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos, 1 de mayo.

FERNÁNDEZ de GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2020): «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, 6 de mayo.

GUÍA THOMSON REUTERS (2020): «Efectos y consecuencias jurídicas del coronavirus COVID-19». INSTITUTO DE ESTUDIOS BURSÁTILES (2020): «La nueva normalidad del Derecho: reflexiones sobre el Covid-19 y el mundo jurídico», 18 de agosto.

LEIVA ESCUDERO, Guillermo (2020): «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus Covid-19», *Diario La Ley*, 11 de mayo.

NIETO, Adán (2020): «El Derecho penal ante el coronavirus: entre el estado de emergencia y la gobernanza global», *Almacén de Derecho*, 15 de abril.

OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN (2020): *Impacto en la contratación pública de las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma como consecuencia del covid-19*.

ONUSIDA (2020): «Los Derechos Humanos en tiempos de COVID-19. Lecciones del VIH para una respuesta efectiva dirigida por la comunidad», Ginebra: ONUSIDA.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2020a): «Espectáculos jurídicos durante la pandemia», *Claves de Razón Práctica*, 271.

– (2020b): «La precaución y la prudencia y la responsabilidad en la pandemia», Dossier Tirant lo Blanch, mayo.

– (2020c): «El virus y la pena de prisión colectiva permanente revisable», Dossier Tirant lo Blanch, abril.

– (2020d): «La Covid y la prostitución», *Almacén de Derecho*, 24 de agosto.

RUIZ de PALACIOS, José Ignacio (2020): «Responsabilidad patrimonial de la Administración y contagio de COVID-19», *El Derecho*, 30 de abril.

VERCHER NOGUERA, Antonio (2020): «Derecho penal, coronavirus y medio ambiente», *Diario La Ley*, 27 de abril.

Fecha de recepción: 28 de mayo de 2020.

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.

EL ESTADO DE ALARMA EN EL ORDENAMIENTO DEL ESTADO AUTONÓMICO *THE ALARM STATE AT THE AUTONOMOUS STATE LEGAL FRAMEWORK*

Juan Cano Bueso

Catedrático de Derecho constitucional

Universidad de Almería

RESUMEN

En situaciones de normalidad constitucional, la defensa de la constitución viene encomendada a los poderes ordinarios del Estado y a los mecanismos ideados para preservar la supremacía constitucional. No obstante, puede suceder que las previsiones constitucionales ordinarias sean insuficientes ante situaciones de emergencia, que pueden ser de naturaleza endógena o exógena. Surge, entonces, el Derecho de excepción, que, en su modalidad de estado de alarma, es un Derecho especial y transitorio con capacidad para limitar el ejercicio de derechos fundamentales, alterar el equilibrio de poderes y desplazar con su fuerza normativa la aplicación ordinaria de la constitución. Cuando tales situaciones de emergencia se producen en un Estado descentralizado, como es en España el Estado autonómico, el orden constitucional de distribución de competencias y los poderes autonómicos se mantienen completamente vigentes, si bien sus disposiciones pueden colisionar con las medidas adoptadas por la autoridad competente central, en cuyo caso se verán temporalmente desplazadas en su vigencia.

PALABRAS CLAVE

Estado de alarma, Derecho de excepción, limitación de derechos, autoridad competente, desescalada, confinamiento, Estado de las autonomías.

ABSTRACT

In situations of constitutional normality, the defence of the Constitution is entrusted to the ordinary powers of the State and to the mechanisms designed to preserve constitutional supremacy. Nevertheless, ordinary constitutional provisions may be insufficient in emergency situations, both of endogenous or exogenous nature. In that case, the Law of the exception arises as a special and transitory legislation with the power to limit the exercise of fundamental rights, alter the balance of powers and displace the ordinary enforcement of the Constitution. When such emergency situations occur in a decentralized State, such as the Spanish «Estado de las autonomías» (a form of politically decentralized State) the constitutional distribution of competences and the autonomous powers remain fully in force, although its provisions may collide with measures adopted by the central competent authority, in which case their validity will be temporarily displaced.

KEY WORDS

State of alarm, the Law of exception, limitation of rights, competent authority, de-escalation, confinement, politically decentralized State.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.013

EL ESTADO DE ALARMA EN EL ORDENAMIENTO DEL ESTADO AUTONÓMICO

Juan Cano Bueso

Catedrático de Derecho constitucional
Universidad de Almería

Sumario: 1. La defensa de la Constitución. 2. Los precedentes históricos del surgimiento del estado de excepción. 3. Las circunstancias endógenas y exógenas de la crisis. 4. Los *estados excepcionales* en la historia constitucional de España: especial referencia al *estado de alarma*. 5. El estado de alarma en el Estado autonómico: El caso de la COVID-19. 5.1. Las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales. 5.2. La alteración del equilibrio entre poderes. 5.3. El impacto sobre la distribución de competencias. Notas. Bibliografía.

1. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Nuestra norma suprema responde al modelo que García Pelayo encuadró dentro del concepto *racional-normativo* de constitución¹. Es decir, un conjunto de normas jurídicas que pretenden establecer, de manera total, exhaustiva y sistemática las funciones fundamentales del Estado, la garantía y protección de los derechos fundamentales, la organización de los poderes y las relaciones entre ellos. Se trata de un sistema con pretensión de funcionamiento armónico, sujeto en sus disonancias a la restauración del orden perturbado, restauración que, en tiempos de *normalidad*, corresponde a la jurisdicción ordinaria y, en última instancia, al Tribunal Constitucional como supremo *guardián* de la carta magna.

En virtud de la constitución normativa, que es orden y crea orden, los reyes reinan, los parlamentos legislan, los gobiernos gobiernan y las leyes rigen. Así entendida, la constitución está fundamentada en el *poder constituyente*, que corresponde al pueblo en su conjunto, y en el *poder constituido*, que tiene la capacidad de reformar la constitución siguiendo los cauces en ella establecidos². El Estado constitucional se encuadra dentro del proceso

histórico de racionalización, objetivación y despersonalización del poder llevada a cabo por el liberalismo político. La constitución es producto de un *consensus* básico de carácter axiológico orientado a organizar la convivencia. Y es, también, la garantía última de que los valores superiores del ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales de la persona rijan por igual para todos y en cualquier parte del territorio nacional.

Si convenimos que la constitución racional-normativa es orden y crea orden, resulta imprescindible que, en la situación de *normalidad* constitucional, la norma suprema despliegue la fuerza necesaria para imponer la validez y la vigencia de todos sus preceptos. Y para que la constitución tenga capacidad de imponerse en todo tiempo y lugar, es necesario que *alguien* vele por su *carácter preceptivo* y por su *imperatividad*; en suma, por su *supremacía*. Así, surge de inmediato el problema de a quién corresponde la *defensa* de la constitución, entendida como un sistema normativo pleno que debe hacer frente, también, a situaciones de *anormalidad* constitucional. Y ello porque, como señalara Carl Schmitt, «[...] la demanda de un protector, de un defensor de la constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la constitución»³.

Debe quedar anotado desde el principio que no nos referimos a una defensa *política* de la constitución, que, como afirma Pedro de Vega, solo puede tener «[...] un único e insustituible defensor: el pueblo»⁴. Antes bien, aludimos a la defensa *jurídica* de la *suprema lex*, cuestión que se planteó con toda su crudeza en los años siguientes a la Primera Guerra Mundial ante la indiferencia del poder legislativo y la arbitrariedad del poder ejecutivo. Ahí se inserta la polémica entre Kelsen y Schmitt, en el terreno abonado para las crisis que tuvieron lugar en la fase final de la República de Weimar. Para Schmitt, solo el jefe del Estado (el presidente del Reich alemán) podía ser *guardián de la constitución*, dado que, siguiendo a Benjamin Constant, se trata de un *poder neutro* («instancia mediadora, *pouvoir modérateur*») directamente plebiscitado por el pueblo⁵. Para Kelsen, en cambio, este papel corresponde al tribunal constitucional, un órgano técnico e independiente del Estado al que se haya atribuido la función de la garantía jurisdiccional de la fuerza normativa de la constitución⁶.

Argumenta Kelsen que, si aceptamos como válida la legitimidad política del Estado democrático y el sistema de valores a él inherente, la cuestión que se plantea no es la defensa ideológica de la constitución por medios políticos, sino la defensa de esos valores políticos por medios jurídicos. Por tanto, para Kelsen⁷ el defensor de la constitución solo puede ser un tribunal constitucional que imparta una justicia «concentrada» en un órgano *ad hoc*. Como es bien conocido, el modelo kelseniano se incorporó por primera vez a la Constitución austríaca de 1920 y difiere de la construcción norteamericana del control judicial *difuso*, creada a partir de 1803 por el juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos consagró la *supremacía* normativa de la Constitución norteamericana a través de la *judicial review*⁸.

La coexistencia de ambos sistemas contribuyó a reabrir un problema central del Derecho constitucional que, de alguna forma, sigue vigente al día de la fecha: el de si un órgano jurisdiccional de carácter técnico puede decidir sobre la validez de una ley aprobada por el parlamento. Tal decisión puede versar sobre la inaplicación de la ley contraria a la

constitución o sobre su derogación. Una cosa es dejar de aplicar una ley cuando su contenido contradice la constitución y otra bien distinta que la ley declarada inconstitucional sea automáticamente expulsada del ordenamiento jurídico, convirtiendo al tribunal en un *legislador negativo*. Como se comprenderá, la cuestión que subyacía al debate entre Kelsen y Schmitt era bien sencilla: si un tribunal puede decidir sobre la validez de una norma, tal operación constituye una invasión del poder judicial en las competencias del legislativo y, por ende, una quiebra del principio de separación de poderes.

Partiendo de que la constitución es «[...] el asiento fundamental del ordenamiento estatal», Kelsen se muestra firmemente partidario de dotar a la constitución de la mayor estabilidad posible. Para el profesor vienés, las garantías de la constitución estriban en la adecuación de las normas inmediatamente subordinadas a la *lex suprema*, es decir, en la plena constitucionalidad de las leyes. Frente a la crítica de Schmitt, según la cual la justicia constitucional supone la destrucción de la separación de poderes, Kelsen opone que tal principio no consiste en una división estanca entre los poderes estatales, sino en un reparto de funciones entre los diferentes órganos para permitir un control recíproco de unos sobre otros. En tal caso, entiende que el poder de anular las leyes, considerado como función inserta en el poder legislativo, llevaría a que «[...] la justicia constitucional no está de ninguna manera en contradicción con el principio de la separación de poderes, sino, por el contrario, es una afirmación de este»⁹.

Por otra parte, mientras las constituciones fueron flexibles la constitución valía lo que una ley posterior tardaba en modificarla o derogarla. La teorización de Bryce¹⁰ sobre la distinción entre constituciones *flexibles* y *rigidas* alumbró una suerte de nuevo axioma jurídico universal. La constitución, ahora ya suprema norma, se dota de rigidez porque dispone de un sistema de defensa adicional consistente en el propio mecanismo de *reforma constitucional*. Al fondo queda el problema que representa la adecuación de las normas constitucionales a la realidad social subyacente, que reenvía a la conveniencia de un ajuste entre constitución en sentido *formal* y constitución en sentido *material*¹¹. El dato fáctico tiene relación con el *principio de estabilidad* o, lo que es lo mismo, la *vocación de permanencia* de la constitución en un mundo en vertiginosa transformación y alejado de la placidez de las constituciones del siglo XIX, pensadas y votadas para una realidad previsible.

Una característica de las constituciones de nuestro tiempo es la posibilidad de que envejezcan con extraordinaria celeridad. Las instituciones y regulaciones, concebidas por el constituyente de una determinada manera, pueden terminar superando el corsé normativo previsto y desbordando por completo las previsiones que el legislador estableció en un mundo de realidades menos prolijas y dinámicas. Pero lo cierto es que el ajuste entre *realidad* y *norma* es un ideal hipotético, dado que la norma es, por naturaleza, estática y racional, mientras que la realidad es dinámica y cambiante. Existe, entonces, por la propia naturaleza de las cosas, una relación de dependencia y una tensión entre la constitución jurídica y la realidad social y política que, en principio, es imposible de eliminar¹².

Ahora bien, el mantenimiento en condiciones óptimas de la fuerza normativa de la constitución no es solo una cuestión de contenido de los preceptos, sino de *praxis* constitucional. Así, la revisión frecuente de la constitución debilita su fuerza normativa y merma la confianza en la inviolabilidad de la suprema norma. Ello que explica que, antes de acudir a esta última *ratio*, deban explorarse las posibilidades que ofrece la interpretación *evolutiva* de la constitución, que no podrá ignorar las condiciones reales y sociales bajo las cuales se realiza la tarea interpretativa. Por ello, Hesse afirma que la interpretación correcta de la constitución «[...] será aquella que, bajo las condiciones concretas de la situación dada, realice de forma óptima el sentido de la regulación normativa». Es decir, adapte a la realidad histórica la efectiva «voluntad de la constitución»¹³.

La afirmación anterior nos sitúa en la antesala misma del farragoso mundo de la *mutación constitucional*. Se trata de la situación jurídica en la que se modifica el contenido de las normas constitucionales de forma que, manteniendo el mismo texto, adquieren un significado diferente. Según Jellinek, no hay límites a las mutaciones constitucionales, que son producto de *fuerzas irresistibles* cuya sujeción a Derecho es inútil. Para él, «[...] el hecho consumado es un fenómeno histórico de potencialidad constituyente frente al cual toda oposición por parte de las teorías de la legitimidad es un vano intento». Lo decisivo en la juridicidad o antijuricidad de una concreta modificación es el éxito o el fracaso de la situación. En todo caso, se trata de una operación jurídica que debe realizarse con sentido restrictivo.

Pero cuando en vía interpretativa la elasticidad de la norma no da más de sí y la mutación constitucional no ha sido posible, la fuerza normativa de la norma suprema solo puede restaurarse a través de la revisión constitucional. Ante un flagrante desajuste entre constitución jurídica y realidad política, la reforma constitucional se convierte en la forma primaria de preservar la *normatividad*, la *imperatividad* y la *vigencia* de las normas supremas. Y ello porque, tal como afirma Jellinek, cuando se produce esta discordancia entre *normalidad* y *normatividad*, entre realidad política y formalidad jurídica, «[...] ese lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida: más bien se vuelve contra la misma norma»¹⁴. Semejante situación comporta que se resienta el carácter preceptivo y, con él, el vigor de la propia constitución.

Cabe plantear una última cuestión, referida a si, en el marco de la constitución democrática de un Estado consolidado, es necesario articular una defensa específica de la norma suprema, dado que bien podría ocurrir que la constitución «se defienda sola», es decir, que esté dotada de lo que Pedro Cruz Villalón denomina «[...] un sistema inmanente de garantía de la constitución»¹⁵. La idea apunta a que la *pluralidad de poderes* que distribuyen la estructura del poder político y están debidamente relacionados entre sí a través de la constitución se compensan, equilibran, contrapesan y limitan. En este caso, la garantía de la constitución consiste en la existencia de la constitución misma, que en su propia *praxis* desarrolla los mecanismos necesarios de autodefensa.

2. LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL SURGIMIENTO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Los estados de excepción, basados en situaciones de extrema necesidad, son tan antiguos como la historia de las formas de gobierno. En un excelente y documentado estudio de Carl Schmitt¹⁶, tan erudito como sesgado ideológicamente, el teórico del *decisionismo* da cuenta de las distintas formas que históricamente ha adoptado el estado de excepción, a las que el autor alemán considera, genéricamente, variantes del sistema político dictatorial. En todo caso, el recorrido panorámico de Schmitt nos ayuda a comprender la naturaleza de estas situaciones excepcionales y las respuestas que a lo largo del tiempo se han adoptado para hacer frente a tales emergencias.

Ya en la Roma clásica, autores como Cicerón, Tito Livio, Tácito, Plutarco o Suetonio dieron noticia de la institución de la *dictadura* desde una perspectiva histórica, pero sin relacionarla con su dimensión jurídico-estatal. Sabemos, sin embargo, que la dictadura era una institución de Derecho público romano, en la que un magistrado extraordinario ejercía un mandato *pro tempore*, dotado de un fuerte *imperium*, que no estaba limitado por la colegialidad de los cónsules ni por el derecho de veto de los tribunos de la plebe. Para hacer frente a situaciones extremas, el dictador era nombrado por el cónsul, a solicitud del Senado, y tenía el cometido de afrontar la delicada coyuntura que había motivado su nombramiento. Su cualidad principal venía referida a la temporalidad del mandato, que era de seis meses, aunque podía resignar sus poderes si antes había conseguido cumplir su misión. Su naturaleza era la de un *comisario de acción*. En su encomienda no importaban las consideraciones jurídicas a las que debía atender, sino el uso de los recursos y medios adecuados para la obtención del fin propuesto. Liberado de todos los obstáculos jurídicos, el dictador se legitimaba por la consecución de su fin y solo en segundo lugar entraban en consideración los medios empleados para conseguirlo.

Llegado el Renacimiento y tras la aparición del Estado moderno, los escritores políticos elaboran un estudio comparativo entre la dictadura romana y las instituciones similares de otros Estados en un intento más o menos consciente de desarrollar la institución en el marco de una incipiente teoría del Estado. Preciso es citar, en primer lugar, a Maquiavelo y su teorización sobre las formas y modos de ejercer el poder¹⁷. Además de constatar que las situaciones extraordinarias requieren medidas excepcionales y de elogiar la renuncia anticipada del dictador al cargo si hubiere desaparecido la situación que forzó su designación, en sus textos se encuentran reflexiones que rechazan la equiparación entre tiranía y dictadura, pues justamente esta última es un medio del que se vale la constitución republicana para preservar la libertad. Por eso, en la República veneciana, el Estado más moderno de su época, se ensaya una institución similar revestida de garantías constitucionales. Maquiavelo contrapone la dicotomía aristotélica entre *deliberación* y *ejecución*. El dictador puede deliberar *por sí mismo* e impulsar cuantas disposiciones entienda convenientes sin acudir a la función consultiva ni a la deliberativa. Pero el dictador no puede modificar ni derogar la constitución ni la legislación vigente porque los poderes y autoridades ordinarios siguen existiendo en este régimen de excepción y cumplen una función de *control*.

Partiendo de la distinción entre dictadura *comisarial* y *soberana*, el príncipe absoluto de Maquiavelo no puede ser definido como un dictador. La dictadura es una institución constitucional de la República; el príncipe, por el contrario, es soberano, es decir, un *legibus solutus* cuyo poder hay que proteger y reforzar con criterios técnicos al servicio de los fines propuestos. Es entonces cuando surge la teoría de la «razón de Estado» y la conservación de la «salud pública». Una máxima política que, por encima del Derecho, se pone al servicio del mantenimiento, la conservación y la ampliación del poder político. Para Maquiavelo el poder político, por esencia, es el poder ejecutivo encarnado en el *príncipe*¹⁸. No es así sorprendente que sea, también, el momento de la reaparición del concepto de *arcanum*. Por un lado, los *arcana reipublicae* como fuerzas internas del arte de gobernar y los «secretos de Estado» como elementos necesarios para la acción política; por otro, los *arcana dominationis*, que aluden a los medios de defensa del sistema en las situaciones de excepcionalidad provocadas por rebeliones o revoluciones.

En los inicios del Estado moderno surge también el concepto de dictadura, técnica política de organizar el poder consistente en la instauración de un ordenamiento cuyas acciones no se hacen depender del consentimiento de los súbditos. Su fundamento es el racionalismo, el tecnicismo y la ejecutividad de la acción de gobierno. A partir de Bodino¹⁹, surge con fuerza una nueva teorización del Estado en torno al concepto de soberanía. Mientras los *arcana* constituyen planes y prácticas secretas de la acción de gobierno, los *jura dominationis* alcanzan la condición de *Derecho público de excepción*, en el marco del cual su titular puede apartarse del *ius commune* en caso de necesidad y en interés del Estado, la tranquilidad y la *salud publica*. En cuanto Derecho de excepción, es un *ius speciale* frente al *Derecho de soberanía* habitual y común, que es un *ius generale*.

Por eso, para Bodino quien domina el *estado de excepción* domina el Estado, pues decide cuándo ha de declararse la situación de emergencia y qué medidas extraordinarias es preciso adoptar. El Derecho de excepción solo debe respetar el *ius divinum* y todas las demás barreras jurídicas que entorpezcan su aplicación son inoperantes e ineficaces para la *plenitudo potestatis*. Según Bodino, el dictador romano no era soberano, sino comisionado para la situación de emergencia. En cambio, el titular de los plenos poderes decide siempre por sí mismo en los supuestos del estado de excepción, tesis reiterada por el jurista imperial Besold, quien, siguiendo a Bodino, sentencia que «[...] quien domine el estado de excepción, domina con ello al Estado, porque decide cuándo debe existir este Estado y qué es lo que la situación de las cosas exige»²⁰.

Por su parte, Hobbes considera que antes del Estado y fuera de él no existe Derecho. Para el teórico inglés, la ley no es una norma de justicia, sino un mandato jurídico: *auctoritas, non veritas facit legem*²¹. Siguiendo la doctrina de Hobbes, Pufendorf concluye que el monarca absoluto no está limitado porque toda decisión de gobierno contiene una reserva mental de acuerdo con la naturaleza de las cosas, por lo que puede actuar de manera diferente en interés público. Mientras la dictadura *comisarial* de Bodino representa la omnipotencia estatal, Montesquieu otorga gran importancia al poder moderador de los *cuerpos intermedios* y considera la dictadura como el estado excepcional esencial de la forma política aristocrática. Por lo demás, la teoría de la separación de poderes resulta

incomprensible si no se vincula al concepto de *balance*, de frenos y contrapesos para que «[...] el poder detenga al poder»²². A su juicio, las facultades ilimitadas de los poderes excepcionales deben compensarse con la brevedad de la duración del cargo, siguiendo las directrices marcadas por la dictadura comisarial romana, que tiene siempre su fundamento en la constitución republicana.

Frente a la división de poderes de Montesquieu, el despotismo ilustrado es partidario de la eliminación de todos los obstáculos que se oponen a una *autorité irrésistible*. «Una sola fuerza y una sola voluntad» basada en el conocimiento de las verdaderas leyes del orden social en la que coincide el interés del soberano con el de los súbditos. La dictadura de la razón se fundamenta en la distinción entre la minoría ilustrada y el pueblo a ilustrar, pero el objetivo final es la prosecución de la igualdad a través de la pedagogía. Si el pueblo ya no es ignorante, no son necesarios los magistrados extraordinarios dotados de facultades omnímodas. Con similares fundamentos, Robespierre propondrá en la Asamblea Constituyente de 1790 que, en la medida en que el rey tiende a abusar de su poder, solo el legislativo debía decidir sobre las situaciones extraordinarias de guerra y de paz, dado que solo la Convención Nacional habla en nombre del pueblo y es, en palabras de Mably, «la dictadura soberana de la Revolución»²³.

Reunida por primera vez el 20 de septiembre de 1792, la Convención era un órgano extraordinario del *poder constituyente* para la elaboración de una suprema norma. Redactada la Constitución de 1793 y plebiscitada por el pueblo, sus facultades quedaban extinguidas. Sin embargo, la situación contrarrevolucionaria y el estado de guerra motivaron que el 10 de octubre de 1793 la Convención acordara constituirse en *Gobierno provisional revolucionario* y suspender de inmediato la Constitución, que ya no volvería a entrar en vigor. Ni en las funciones atribuidas a la Convención ni en la propia Constitución se autorizaba su suspensión, de modo que la autodeclaración de la Convención como titular de un *poder constituyente* y, por tanto, soberano dio lugar a la instauración una dictadura soberana. Abolida la separación de poderes y, en consecuencia, conculcado el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la situación devino un puro *estado de excepción*.

Así, la Convención se enfrentó a la necesidad de ejercer poderes extraordinarios. Las circunstancias excepcionales requerían medios de acción extraordinarios. Son los momentos en que *callan las leyes* y la situación de emergencia viene compensada por la brevedad de la encomienda del cargo. Sin duda, la Convención estaba influenciada por las ideas de Rousseau, para quien los estados excepcionales son apoderamientos extraordinarios otorgados durante un breve plazo para dar solución a una situación de necesidad. Al respecto, el ginebrino distingue una situación ajurídica, concretada en la en la aplicación de medidas fácticas, y una situación extraordinaria de concentración de poderes en el ejecutivo que no altera el resto de la constitución. Y ello porque una suspensión legal temporal de *toda* la constitución devendría necesariamente en una dictadura. Para Rousseau, un procedimiento extremadamente sumario no cambia la *volonté générale* y solo debe considerarse como una vigorización de la fuerza ejecutiva de la ley dentro del reforzamiento general del poder ejecutivo²⁴.

Durante los desórdenes de Londres, acaecidos a finales del siglo XVIII, tuvo que ser aplicada la Martial Law. Se produjo una suerte de situación ajurídica en la que el Poder Ejecutivo (representado por la autoridad militar actuante) procedía a combatir la emergencia conforme a la *situación de las cosas* sin tener en cuenta las barreras legales. El supremo fin consistía en la reversión de la crisis. A diferencia del estado de declaración de guerra, el Derecho de guerra que se aplicó aparecía dominado por el fin fáctico perseguido. La regulación jurídica se limitaba a establecer los presupuestos bajo los cuales entraba en acción la fuerza represora. El fundamento jurídico de la situación se legitimaba por la incapacidad e ineficacia de los restantes poderes del Estado para atajar la emergencia. La fuerza actuante tenía la consideración de acción fáctica liberada de consideraciones jurídicas y puesta al servicio del fin político perseguido.

En Francia, los sucesos revolucionarios de 1848 condujeron a la regulación jurídica de estado de sitio, que determinó suspensión de los derechos y libertades constitucionales. Ya no se trataba de la derogación (temporal o no) de la Constitución *in totum*, sino de la afectación de un conjunto de derechos y libertades previamente acotados y, por tanto, limitados. En consecuencia, tal situación jurídica no permitirá ya una acción incondicionada de los poderes públicos actuantes, por cuanto la actuación extraordinaria de los poderes excepcionales estaba sometida a Derecho. Fue un paso adelante y un claro precedente de la regulación de los estados excepcionales en las constituciones democráticas que vendrían después.

La más reciente situación de esta breve secuencia histórica es la referida a la República de Weimar. El artículo 48 de la Constitución alemana de 1919 regulaba los poderes excepcionales. En su párrafo segundo, el precepto citado disponía lo siguiente: «Cuando en el Reich alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, puede el presidente del Reich tomar aquellas medidas que sean necesarias para su restablecimiento, apelando a las Fuerzas Armadas si el caso lo requiere. A este objeto puede suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114, 115, 117, 123, 124 y 153». Se trata, en opinión de Schmitt, de «[...] una comisión de acción no limitada jurídicamente cuyo presupuesto decide por sí mismo el presidente bajo el control del Reichstag». Para dicho autor, estamos en presencia de una «dictadura comisarial» y de «[...] un apoderamiento para una acción incondicionada, que resulta insólito para la concepción del Estado de Derecho mantenida hasta entonces»²⁵. Con arreglo a la Constitución, el presidente puede adoptar, sin limitación alguna, todas las medidas que, por sí mismo, considere necesarias en orden a alcanzar el fin propuesto, unas medidas que se sitúan en el terreno de lo fáctico, sin afectación y al margen de las disposiciones legislativas o administrativas.

En cualquier caso, es necesario destacar dos limitaciones importantes que, desde el punto de vista teórico, la Constitución de 1919 imponía a los poderes omnímodos del presidente: el control que el Reichstag ejercía sobre los actos del presidente y el acotamiento de derechos fundamentales susceptibles de suspensión²⁶. En este, como en los anteriores casos, el estado de excepción puso a prueba la fuerza normativa de la constitución y la teórica superioridad de la normatividad sobre la facticidad. Desgraciadamente para la historia

de la humanidad, el uso del artículo 48 por el presidente Hindenburg propició en 1933 el acceso de Hitler a la Cancillería del Reich y, con él, el inicio de la época más negra de la reciente historia universal²⁷.

3. LAS CIRCUNSTANCIAS ENDÓGENAS Y EXÓGENAS DE LAS CRISIS

Convenimos entonces que, de ordinario y en circunstancias de *normalidad* constitucional, la defensa de la constitución se realiza a través de la jurisprudencia del tribunal constitucional y la técnica de la *reforma* de la norma suprema. Pero hoy los poderes públicos se ven con frecuencia convulsionados por crisis de diversa etiología para hacer frente a las cuales puede que no sean suficientes los instrumentos de *legalidad ordinaria* establecidos en la constitución. Las *crisis* pueden tener su origen en *causas exógenas*, es decir, en circunstancias ajenas al funcionamiento y vigencia de la propia constitución. Estas circunstancias son las siguientes: en primer lugar, las catástrofes naturales (terremotos, inundaciones), los accidentes graves provocados por la acción humana (Chernobil, Prestige), las pandemias, los desabastecimientos, etc. En segundo término, las alteraciones de la seguridad ciudadana y del orden público derivadas de las convulsiones sociales o del terrorismo de alta intensidad. Por último, las agresiones exteriores de carácter militar que comprometen la supervivencia de la comunidad política o la propia soberanía, independencia e integridad del Estado. En los dos últimos casos, la situación de *emergencia nacional* puede conllevar la anulación de la vigencia temporal de la parte de la constitución *susceptible de suspensión*, siempre y cuando el *Derecho de excepción* posibilite la reanudación de la vigencia de la constitución —es decir, de la parte de la misma susceptible de ser suspendida— una vez superada la crisis. El *Derecho de excepción* conseguiría, así, una doble finalidad: posibilitar la superación de la situación de emergencia y garantizar el retorno a la vigencia de la constitución *ordinaria*.

Distinto es el problema cuando el origen de la crisis es *endógeno* y lo que está en juego es la pervivencia de la propia constitución. Su causa puede ser una situación extrema de ingobernabilidad provocada por diversas circunstancias (hundimiento general de la economía, actividad terrorista descontrolada, ausencia de funcionalidad del sistema que es incapaz de satisfacer las demandas sociales, ruptura del consenso sobre los valores que sustentan la constitución, etc.). En estos casos, no estaría en juego la conservación y el bienestar de la comunidad nacional ni la independencia e integridad territorial, sino el *modelo* de organización política plasmado en la constitución. En estas situaciones, la restauración del orden constitucional *ordinario* puede conllevar, también, la *suspensión temporal* de la vigencia de fragmentos de la norma suprema. Aunque también puede suceder que mediante la aplicación de las normas jurídicas disponibles —*ordinarias* y de *excepción*— no pueda solventarse la crisis. En tal caso extremo, si las previsiones *ordinarias* y *extraordinarias* previstas en la constitución no son ya suficientes para atajar la situación, nos encontraremos ante un proceso *revolucionario* que se resuelve en el terreno de lo fáctico. Es entonces cuando procede devolver la palabra al poder constituyente para que intente fraguar un consenso político en torno a un nuevo texto constitucional.

Recapitulando lo expuesto, cabe señalar que hay varias formas —unas *ordinarias* y otras *extraordinarias*— de articular la *defensa de la constitución*, a saber: *i)* el *tribunal constitucional* como garante de la restauración del orden jurídico querido por la suprema norma; *ii)* la *reforma constitucional* como mecanismo de ajuste entre normatividad y normalidad; *iii)* la interpretación *evolutiva* y la *mutación* constitucional; *iv)* el supuesto de superlegitimidad de la constitución, que hace innecesario mecanismo alguno de defensa, pues «la constitución se defiende sola» (*autodefensa*); *v)* la existencia en la propia constitución de un *Derecho de excepción* disponible para hacer frente a crisis imprevistas de diversa naturaleza y de intensidad; *vi)* también podría suceder que la Constitución no disponga de respuesta alguna o que esta sea insuficiente. A falta de recursos normativos, esta situación a veces se ha resuelto mediante *la fuerza de lo fáctico*. El poder ejecutivo, dotado de mayores medios y recursos, proveería lo necesario para solucionar la emergencia y la dación de cuentas de los *excesos* cometidos bien podría terminar en el parlamento con una *ley de indemnidad*. Esta situación es más propia del sistema político británico, en el que la soberanía del Parlamento es la pieza angular de su Constitución, aunque también podríamos encontrarla en regímenes políticos autoritarios. En todo caso, tiene difícil encaje en el constitucionalismo social y democrático de Derecho de matriz continental.

La realidad actual evidencia que no será infrecuente que la norma suprema deba enfrentarse a causas imprevistas y que no siempre disponga de respuestas eficaces desde la legalidad ordinaria para hacerles frente. Nos encontramos, entonces, ante una situación dicotómica: situaciones de *normalidad*, para afrontar las cuales la legalidad dispone de instrumentos *ordinarios* de respuesta; y situaciones de *anormalidad* derivadas de causas imprevisibles, para afrontar las cuales la suprema ley dispone de respuestas normativas *extraordinarias* que conocemos como el *Derecho de excepción*, Derecho conformado por unas cláusulas habitualmente durmientes que solo se activan en situaciones de crisis. Dado que forman parte de la norma suprema, estas previsiones mantienen la vigencia formal de la misma y la garantía de la restauración de la *normalidad* constitucional tan pronto como desaparezcan las causas que la provocaron. De esta manera, el *Derecho constitucional de excepción* forma parte de la constitución misma, cuyo carácter es *garantista*, y su activación puede implicar la suspensión de parte de esa misma constitución.

4. LOS ESTADOS EXCEPCIONALES EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA: ESPECIAL REFERENCIA AL ESTADO DE ALARMA

La historia de los estados excepcionales en España es, en buena medida, la historia del constitucionalismo español. «Lo normal ha sido la anormalidad», afirmaba Sánchez Agesta²⁸, un buen conocedor de nuestro pasado reciente. La situación no era muy diferente en otras naciones de Europa. Pensando en su Alemania natal, Walter Benjamin escribió en sus *Tesis sobre la filosofía de la historia*: «La tradición de los oprimidos nos enseña que el estado de “excepción” en el cual vivimos es la regla». Antes de la existencia del Estado constitucional, en las situaciones de emergencia no era necesario recurrir a la limitación o suspensión

de derechos. Sencillamente, tales derechos no existían porque no se pueden considerar como tales graciosas concesiones de la Corona, por más que estas aparecieran sistematizadas en una «declaración» solemne. Y esto es válido tanto para la monarquía absoluta como para los Estados totalitarios y autoritarios. En un marco de concentración de poderes, la primacía del poder ejecutivo determinaba que el gobierno graduase la intensidad con que quería ejercer su poder en función de la naturaleza de la situación de emergencia. En consecuencia, la crisis se afrontaba por el gobierno como una manifestación habitual y ordinaria de las facultades del poder ejecutivo, considerado el poder por excelencia.

Durante no poco tiempo, en nuestra historia constitucional coexistieron la previsión constitucional de «suspensión de garantías» y la asonada inconstitucional de la declaración de «los estados de sitio o de guerra» —llevados a efecto en el puro terreno de lo fáctico y sin apoyo constitucional alguno—. Entre 1812 y 1869, nuestras constituciones solo prevén como derecho de excepción la «suspensión de garantías». Así, el art. 308 de la Constitución de Cádiz establecía: «Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado».

Las Constituciones de 1837 y 1845 (ambas en su art. 8) reiteraron las previsiones de la de 1812, y configuraron la posibilidad de establecer un «estado excepcional», cuya declaración correspondía en exclusiva a las Cortes mediante ley. Tal declaración podía afectar a la libertad personal, la libertad de residencia y la inviolabilidad del domicilio. Hasta en cinco ocasiones las Cortes hicieron uso de esta potestad excepcional de «suspensión de garantías» conferida por la Constitución isabelina. Pero no se trataba, en rigor, de una defensa *civil* de la Constitución. Como ha señalado Fernández Segado²⁹, durante este periodo el protagonismo en la protección del *orden constitucional* correspondió a las Fuerzas Armadas, que mediante sucesivas declaraciones del *estado de sitio o de guerra* configuraron un *estado excepcional militar*. Estas declaraciones se llevaron a efecto sin ningún sostén constitucional y su característica esencial consistió en la sustitución de las autoridades civiles —incluidas las jurisdiccionales— por las militares. Las guerras carlistas, la pugna entre tradición y modernidad y el mantenimiento del orden público fueron las causas que justificaron el protagonismo militar.

Habrà que esperar a la entrada en vigor de la Constitución de 1869 para que se introduzca un cierto orden en el *Derecho de excepción* español. En efecto el artículo 31 de la Constitución revolucionaria establecía: «Las garantías consignadas en los artículos 2º (libertad personal), 5º (inviolabilidad del domicilio), y 6º (libertad de residencia), y párrafos 1º (libertad de expresión), 2º (derecho de reunión) y 3º (derecho de asociación) del artículo 17, no podrán suspenderse en toda la monarquía o en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias». El párrafo segundo preveía que, una vez declarado el estado excepcional, la Ley de Orden Público sería el Derecho aplicable en el territorio afectado. La suspensión no podía operar sobre otros derechos que no fueran los mencionados en el propio precepto. El Gobierno tenía vedado proceder al extrañamiento o deportación de los españoles

y no podía decretar su destierro a más de 250 kilómetros de su domicilio. El precepto se cerraba con la expresa prohibición a todas las autoridades, tanto civiles como militares, de establecer restricciones o suspensiones distintas a las previstas previamente por la ley.

A partir del contenido del extenso artículo 31 de la Constitución de 1869, resulta ya posible extraer una disciplina constitucional y establecer una sistemática la Constitución en materia de *Derecho de excepción*. Con algunas variantes, esta es la regulación ha llegado hasta nuestros días. Las características básicas de aquella ordenación eran las siguientes: *i)* el presupuesto habilitante para la activación del Derecho de excepción es la concurrencia de circunstancias *extraordinarias* que afectan a la seguridad del Estado; *ii)* se prevé una ampliación de las garantías susceptibles de *suspensión*, al incorporarse a las anteriores la libertad de expresión y los nuevos derechos de reunión y asociación; *iii)* la suspensión decretada será *temporal*; *iv)* la competencia para la suspensión será *exclusivamente* de las Cortes mediante ley; *v)* la declaración del *estado excepcional* podrá afectar a todo o parte del territorio nacional; *vi)* las garantías afectadas están tasadas por la Constitución; *vii)* el Derecho aplicable sobre la materia mientras dure la suspensión será una Ley de Orden Público, que habrá de aprobarse con anterioridad a la suspensión; *viii)* como medidas adicionales, en el estado de prevención se autoriza la suspensión y el secuestro de las publicaciones que contravengan la ley.

La mencionada Ley de Orden Público a la que se hacía referencia la Constitución se promulgó el 23 de abril de 1870. Aprobada durante la Regencia del General Serrano, estaba inspirada por la Ley de González Bravo de 1867, que regulaba las medidas que podían adoptar las autoridades civiles y militares en defensa de la Constitución. En su artículo primero, la ley establecía: «Las disposiciones de esta ley serán aplicadas únicamente cuando se haya promulgado la ley de suspensión de garantías, a que se refiere el art. 31 de la Constitución, y dejarán de aplicarse cuando dicha suspensión haya sido levantada por las Cortes». La Ley contenía las disposiciones gubernativas que las autoridades civiles y militares debían adoptar para mantener el orden público y prevenir los delitos contra la Constitución del Estado, contra la seguridad interior y exterior del mismo y contra el orden público. La norma preveía dos estados excepcionales: el de *prevención y alarma*, de carácter estrictamente civil; y el *estado de guerra*, en el que el mando de la autoridad civil quedaba resignado en la autoridad militar, circunstancia que se comunicaría a la población mediante bandos y edictos que contendrían las prevenciones y medidas oportunas.

La disciplina legal establecida por el artículo 31 de la Constitución de 1869 y la Ley de Orden Público de 1870 quedó bien pronto desfigurada por Orden de la Regencia. Ello propició que el *estado de guerra* pudiese ser declarado sin intervención alguna de las Cortes. Consagrada esta viciosa práctica, la Constitución de 1876 eliminó de su artículo 17 toda referencia a la Ley de Orden Público e introdujo la novedad de que el *Gobierno, bajo su responsabilidad*, podía acordar la suspensión de garantías si se daban dos requisitos: que las Cortes no estuvieran reunidas y que el caso fuera «grave y de notoria urgencia». En todo caso, el acuerdo sería sometido a la aprobación posterior de las Cortes a la mayor brevedad posible. Por primera vez desde 1812, quebraba la reserva absoluta de ley para la suspensión de derechos fundamentales.

Con anterioridad a la Restauración y tras la abdicación de Amadeo I, las Cortes declararon la República. El proyecto de Constitución Federal de la Primera República de 1873 no contemplaba en su articulado *derecho de excepción* alguno. Antes al contrario, reforzaba las garantías de los derechos desde el propio inicio del Título Preliminar, que establecía lo siguiente: «Toda persona encuentra asegurados en la república, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley alguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales». El Título II del proyecto contenía una ambiciosa tabla de derechos y libertades que, siguiendo la senda del *iusnaturalismo* revolucionario, se declaraban intangibles, imprescriptibles e inalienables; según el tenor literal del texto, «[...] estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva». Finalmente, el proyecto constitucional disponía: «No se establecerá, ni por las leyes ni por las autoridades, disposición alguna preventiva que se refiera a los derechos definidos en este título».

La proclamación de la Segunda República el 14 de abril de 1931, tras el derrumbamiento de la monarquía que siguió a unas elecciones municipales, dejó al nuevo Estado inermes ante las graves alteraciones del orden público y los permanentes ataques a la Constitución y a los poderes constituidos. En virtud del Estatuto Jurídico del Gobierno Provisional, aprobado al día siguiente de la proclamación de la República, se establecía un Gobierno de «plenos poderes» que, hasta la aprobación de la Constitución, debía responder ante las Cortes Constituyentes. En el art. 4 del Estatuto Jurídico se regulaban la «libertad individual» y los «derechos ciudadanos» junto a los sindicales y corporativos. Sin embargo, el art. 6 habilitaba al Gobierno provisional, «[...] en virtud de razones que justifican la plenitud de su poder», para suspender temporalmente los derechos reconocidos en el art. 4 («[...] someter a un régimen de fiscalización gubernativa», decía literalmente, «[...] de cuyo uso dará asimismo cuenta circunstanciada a las Cortes Constituyentes»). El Gobierno provisional justificaba esta previsión en el hecho de que «[...] incurriría en verdadero delito si abandonase la República naciente a quienes desde fuertes posiciones seculares y prevalidos de sus medios, pueden dificultar su consolidación». El reconocimiento de los derechos y libertades ciudadanos iba acompañado de la posibilidad de suspensión gubernamental, sin intervención parlamentaria ni judicial, «[...] si la salud de la República, a juicio del Gobierno, lo reclama».

Ante las circunstancias políticas y sociales imperantes en aquel contexto, la República tuvo que legislar bien pronto en materia de *Derecho de excepción*. Así, el 21 de octubre de 1931 las Cortes Constituyentes procedieron a aprobar la Ley de Defensa de la República a fin de dotar al Gobierno provisional de los instrumentos para actuar contra los que cometieren «actos de agresión contra la República». El último párrafo del artículo 4 de la citada ley establecía lo siguiente: «Si al disolverse las Cortes Constituyentes no hubieren acordado ratificar esta ley, se entenderá que queda derogada». Comoquiera que la ley autorizaba al ministro de la Gobernación a suspender derechos fundamentales reconocidos y garantizados en la Constitución de 1931, se la incluyó expresamente en la disposición transitoria segunda de la Constitución para que pudiera mantener su vigencia mientras continuaban reunidas las Cortes Constituyentes «[...] si antes no la derogan estas expresamente».

Aprobada la Constitución, el art. 42 estableció que los derechos a la libertad personal (art. 29), a la inviolabilidad del domicilio y a la libertad de residencia (art. 31), a la libertad de expresión (art. 34), el derecho de reunión (art. 38) y los derechos de asociación y de sindicación (art. 39) «[...] podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o parte de él, por decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado en casos de notoria e inminente gravedad». Correspondía a las Cortes, si estas estaban reunidas, resolver sobre la suspensión acordada por el Gobierno, debiendo ser convocadas de inmediato, si estuviesen cerradas, en el plazo máximo de ocho días. De no producirse convocatoria por parte del presidente de la Cámara, se tendrían por convocadas automáticamente en el noveno día y no podrían ser disueltas mientras subsistiera la suspensión de garantías. En caso de que ya estuviesen disueltas, se daría cuenta a la Diputación Permanente, que resolverá con las mismas atribuciones.

El plazo de suspensión de garantías no excedería de treinta días y podría ser prorrogado previo acuerdo del Pleno de las Cortes o, en su caso, de la Diputación Permanente. Durante el periodo de suspensión regía para el territorio afectado la Ley de Orden Público. Finalmente, se establecía la limitación de que en ningún caso el Gobierno podía extrañar o deportar a nacionales españoles ni desterrarlos a una distancia superior a 250 kilómetros de su domicilio. El 28 de julio de 1933, las Cortes procedieron a aprobar la Ley de Orden Público a la que se refería el artículo 42 de la Constitución, una norma de excepción que sustituyó a la Ley de Defensa de la República que había regulado la materia durante el primer bienio republicano (1931-1933).

La Ley de Orden Público no era exclusivamente una ley de excepción, como su predecesora de 1870. La nueva ley atendía a la regulación de la seguridad del Estado tanto en situaciones *ordinarias* como *extraordinarias*. A tal efecto, facultaba al Gobierno para declarar tres estados excepcionales por decreto, atendiendo a la gravedad de la situación, sin necesidad de que las Cortes suspendieran previamente las garantías constitucionales:

- i) El *estado de prevención* era decretado por el Gobierno, que quedaba habilitado para tomar «medidas no aplicables en régimen normal». El plazo era de dos meses y podía ser prorrogado. Durante la vigencia del estado de prevención, el Gobierno estaba facultado para restringir el derecho de libre circulación por el territorio nacional, intervenir industrias por razones de orden público, llevar a cabo la intervención previa de publicaciones y adoptar medidas preventivas sobre reuniones y asociaciones.
- ii) El *estado de alarma* podía ser decretado por el Gobierno «[...] cuando lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad». La declaración del estado de alarma facultaba a las autoridades gubernativas para practicar registros en domicilios, detenciones preventivas, imponer penas de destierro a una distancia no superior a 250 kilómetros del domicilio del condenado, ordenar el cambio de residencia de presuntos perturbadores del orden público, prohibir actos públicos y disolver asociaciones consideradas peligrosas. En realidad, el estado de alarma permitía una suspensión absoluta de garantías. Cabe subrayar que tanto en el estado de prevención como en el de alarma los encausados no eran juzgados por la jurisdicción ordinaria, sino por «tribunales de urgencia» integrados por magistrados civiles.

iii) El *estado de guerra* se diferenciaba del estado de alarma porque en el primero se verificaba la *resignación* de los poderes de la autoridad civil y la entrega del mando a la autoridad militar. Era declarado por el Gobierno en los supuestos en que la autoridad civil no pudiera «[...] dominar en breve término la agitación y restablecer el orden». Los acusados eran juzgados por consejos de guerra integrados únicamente por personal militar. Las tensiones políticas y sociales que padeció la República desde su misma proclamación determinaron que la declaración de estados excepcionales fuese la regla y la normalidad constitucional la excepción.

El régimen de Franco fue, por su propia naturaleza, un *estado de excepción* permanente que ignoró de manera flagrante los más elementales principios del Estado de Derecho. La Ley de Responsabilidades Políticas, de 9 de febrero de 1939; la Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo, de 1 de marzo de 1940, y la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941 constituyen las tres piezas fundamentales con las que se sustanció la política judicial para la represión de los vencidos. Las dos primeras fueron calificadas de especiales y excepcionales, pero su contenido y la naturaleza de las sanciones en ellas previstas tenían un carácter netamente penal. La Ley de Seguridad del Estado, que fue igualmente penal, especial, excepcional y transitoria, se aprobó con el pretexto de colmar las insuficiencias de la legislación general y común y terminó incorporándose al texto refundido del Código Penal³⁰.

El 17 de julio de 1945, decantada ya la Segunda Guerra Mundial a favor de las potencias democráticas, el régimen de Franco se vio en la necesidad de aprobar una peculiar declaración de derechos, un remedo de la parte dogmática de las constituciones liberales conocido como el Fuero de los Españoles. Este cuerpo legislativo fue definido como «[...] texto fundamental, definidor de los derechos y deberes» de los españoles y «amparador de sus garantías». Aunque en dicha ley fundamental se reconocían la libertad de expresión, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones o la libertad de reunión y asociación, la proclamación de tales derechos y libertades era una completa farsa, dado que la efectividad de los mismos dependía de la aprobación de una ley ulterior de interposición que nunca se dictaba y que el propio Fuero preveía que aquellos se ejercitaran «[...] de conformidad con lo que establezcan las Leyes Fundamentales».

Para completar la legislación franquista, en 1959 el régimen aprobó una Ley de Orden Público. En ella se establecían dos estados excepcionales: el *estado de excepción*, de pretendido carácter civil, y el *estado de guerra*, de naturaleza militar:

i) El primero se declaraba, según el tenor literal del art. 25.1 de la ley, «Cuando, alterando el orden público, resultaran insuficientes las facultades ordinarias para restaurarlo». Mediante decreto ley, el Gobierno podía declarar el *estado de excepción* en todo o en parte del territorio nacional «asumiendo los poderes extraordinarios» establecidos en el texto legal. Igual previsión sería aplicable si los casos de catástrofe, calamidad o desgracia pública así lo aconsejaren. El decreto ley establecería qué garantías jurídicas del Fuero de los Españoles quedaban suspendidas en ese o en posteriores decretos leyes, de los que se daría cuenta inmediata a las Cortes, que conocerán también del decreto de regreso a la normalidad. El *estado de excepción*

se decretaba por un plazo de tres meses, pudiendo prorrogarse con conocimiento de las Cortes si la normalidad no hubiere podido ser restablecida en el plazo previsto. Las medidas que podían adoptarse afectaban a derechos tales como la libertad personal, la circulación de personas y vehículos, la formación de grupos o estacionamientos en la vía pública, la libertad de desplazamiento y la inviolabilidad del domicilio; asimismo, el estado de excepción facultaba al Gobierno para ejercer la censura previa de prensa y otras publicaciones y las emisiones de toda clase en los medios de comunicación o para prohibir espectáculos públicos de todo tipo, entre otros aspectos.

- ii) El *estado de guerra*, por su parte, podía decretarse en dos circunstancias: cuando la alteración que motivó el estado de excepción adquiriese tales proporciones o gravedad que no pudiera ser reconducido por las medidas adoptadas por la autoridad civil, y cuando se produjera una súbita y violenta insurrección contra la seguridad del Estado, sus instituciones políticas o la estructura social. Al igual que en el caso anterior, la Ley de Orden Público preveía que el estado de guerra sería declarado por el Gobierno mediante un decreto ley del que daría cuenta inmediata a las Cortes. El estado de guerra se limitaba al plazo de dos meses, transcurridos los cuales podría ser prorrogado «por el plazo que se estime conveniente» si subsistían las circunstancias que habían motivado su declaración. La ley preveía que autoridad militar asumiría el mando que lo ejercería a través de bandos. La declaración del *estado de excepción* fue una medida que, durante los estertores del franquismo, se adoptó de manera recurrente en el territorio de las provincias vascas para hacer frente al movimiento nacionalista y al terrorismo de ETA.

En contraste con lo que sucedía en tiempos pasados, las *crisis* actuales no comportan la instauración de un orden jurídico-político *alternativo* al de la constitución ni, como pretendía Schmitt³¹, reubican la soberanía en la instancia que decide sobre el estado de excepción. Se trata de crisis provocadas por ataques, externos o internos, a la unidad, independencia e integridad territorial del Estado que son gestionados por las autoridades militares previa declaración del *estado de guerra o de sitio*, así como de aquellas otras en que el Estado enfrenta situaciones ligadas al mantenimiento de la seguridad ciudadana, el orden público o la lucha contra el terrorismo, que son las causas habituales de la declaración del *estado de excepción*. A diferencia de lo que ocurría en otros momentos históricos, actualmente estas situaciones son poco frecuentes y han sido desplazadas por otro tipo de catástrofes y calamidades públicas que se resuelven mediante la declaración del *estado de alarma* cuando son verdaderamente *extraordinarias* y no pueden ser solucionadas por los medios *ordinarios* previstos en la constitución y las leyes.

Los *estados excepcionales* en España siguen, a la luz de la Constitución de 1978 (en adelante CE), pautas concretas ancladas en nuestro Derecho histórico. En síntesis, la previsión constitucional de los *estados excepcionales* responde a la necesidad de salir al paso de situaciones de *emergencia* mediante modificaciones, concretas y temporales, de la vigencia *ordinaria* de la Constitución. En efecto, el artículo 116 CE contempla tres tipos de *estados*

excepcionales que hacen referencia a situaciones de distinta naturaleza. Pero debe afirmarse enseguida que su declaración no comporta la *suspensión* completa de la Constitución, sino la posibilidad de suspender temporalmente la vigencia de algunos de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos y garantizados por la norma suprema. Es más, en el estado de alarma, que es el estado excepcional de menor intensidad, solo se permiten *restricciones* al ejercicio de algunos de los derechos señalados en el art. 55.1 CE, precepto que, al prever la *suspensión* de determinados derechos constitucionales, hace referencia únicamente a los estados de excepción y sitio.

El artículo 116 CE en conexión con el 55 CE permite la suspensión de algunos derechos fundamentales como posible consecuencia de la declaración de los estados excepcionales, con el matiz que acaba de indicarse. Los derechos susceptibles de ser suspendidos son la libertad personal y sus garantías, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad de residencia y desplazamiento, la libertad de expresión y de comunicación, el derecho de reunión, el derecho de huelga y el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. Estos son los derechos que *pueden* ser suspendidos tras la declaración de los estados de excepción y sitio —y restringidos tras la declaración del estado de alarma—. Como puede apreciarse, se trata de un elenco tasado y, por tanto, limitado. El resto de la Constitución permanece inalterable, excepción hecha de las competencias que eventualmente se vean afectadas por las decisiones que, con carácter temporal, adopte la *autoridad competente*.

La CE se aparta aquí de la larga tradición seguida por nuestro Derecho histórico, en el que las constituciones regulaban el *Derecho de excepción* en un solo precepto relativo a la suspensión de derechos y garantías, de tal manera que la determinación de las modalidades de los *estados excepcionales* y su naturaleza quedaba encomendada a la legislación ordinaria (Ley de Orden Público, Ley de Defensa de la República, etc.). En cambio, por primera vez, nuestra Constitución eleva al máximo rango la clasificación de los *estados excepcionales* posibles y establece algunas prescripciones sobre ellos.

La tipología de *estados excepcionales* plasmada en la Constitución no especifica los presupuestos fácticos que justifican su activación. A pesar de que el artículo 116 CE contiene ya una regulación mínima, lo cierto es que no puede ser aplicado inmediata y directamente, dado que los tres estados excepcionales carecen del presupuesto habilitante para su declaración. Ello justifica que el precepto se inicie reenviando a una ley orgánica la regulación de los *estados excepcionales*, cada uno de los cuales responde a situaciones de emergencia de diferente naturaleza.

El presupuesto de hecho *genérico* que habilita a los poderes del Estado para declarar los estados excepcionales es, en principio, claro: «[...] cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes» (art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio).

Varios son los principios que rigen el funcionamiento del *Derecho de excepción*. En primer lugar, el *principio de adecuación*, en virtud del cual las «limitaciones» a las que se refiere

la Constitución deben ponerse en relación con el carácter de las disposiciones a adoptar, de manera que las medidas y la duración de las mismas sean «[...] las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad» (art. 1.2 LO 4/1981). En segundo lugar, el *principio de proporcionalidad*, en virtud del cual la levedad o contundencia de las medidas y la duración del estado excepcional se realizará «[...] de forma proporcionada a las circunstancias» (art. 1.2 LO 4/1981). En tercer lugar, el *principio de temporalidad*, que obliga a las autoridades a levantar el *estado excepcional* tan pronto como las circunstancias extraordinarias hubiesen desaparecido. En este sentido, el levantamiento del estado excepcional podrá ser anticipado y, en el caso de se hayan extinguido aquellas circunstancias, deberá hacerse efectivo a pesar de que el plazo de autorización no se hubiese agotado. En el principio de temporalidad se enmarca también la obligación de que, una vez finalizada la situación de emergencia y levantado el estado excepcional, decaigan en su eficacia las competencias sancionadoras, las actuaciones preventivas y las medidas adoptadas por las autoridades competentes, salvo que hubiesen devenido firmes. En cuarto lugar, la LO 4/1981 establece el *principio de publicidad ordinario* (la publicación de las medidas en el BOE) e impone la *obligación de su difusión extraordinaria* por parte de todos los medios de comunicación públicos y privados que determinen las autoridades. Por último, el *principio de inmediatez* obliga a que, tras su publicación, las medidas entren en vigor de forma inmediata («[...] desde el instante mismo de su publicación») y a que las disposiciones que las autoridades competentes vayan adoptando mientras dure la vigencia de los estados excepcionales sean divulgadas también de forma inmediata.

El *estado de alarma* es la modalidad del Derecho constitucional de excepción al que el Estado español ha recurrido con motivo de la crisis de la COVID-19. La Ley de Orden Público de 1870 lo denominaba *estado de prevención y alarma* y su naturaleza era estrictamente civil. La Ley de Orden Público de 1933 distinguía el *estado de alarma* y el denominado *estado de prevención*. Solo este último permitía la *restricción* (no la suspensión) de ciertos derechos y libertades. En los debates previos a la aprobación del estado de alarma, los constituyentes de 1978 quisieron aislar la figura de la controversia política. El objetivo era diseñar un instrumento capaz de hacer frente a catástrofes naturales, pero también a aquellas provocadas por la actuación de las personas. El *estado de alarma* que la Ley Orgánica 4/1981 regula se encuadra en un *Derecho excepcional de baja intensidad*, objetivado y desprovisto, en principio, de sesgo político alguno, cuyo presupuesto habilitante se ciñe a cuatro supuestos: catástrofes, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales y desabastecimiento de productos de primera necesidad.

El *estado de alarma* se declara por el Gobierno mediante decreto aprobado en Consejo de Ministros y su duración máxima es de quince días. No es suficiente, por tanto, una resolución individual del presidente del Gobierno fundada en su condición de titular y depositario de la confianza de la Cámara, sino que es necesaria la decisión *colegiada* del Consejo de Ministros plasmada en una disposición normativa que deberá adoptar la forma de decreto. Comoquiera que el ámbito territorial sobre el que extiende sus efectos la declaración puede ser variable, la Ley Orgánica 4/1981 exige que la norma determine el espacio afectado, que puede ser una provincia, una comunidad autónoma —o parte de ella— o la

totalidad de la nación. La declaración del estado de alarma se dicta para un plazo máximo de quince días. No obstante, puede suceder que no sea posible solventar la situación de emergencia en el plazo fijado. En este caso, el Gobierno puede solicitar una o sucesivas *prórrogas*, y deberá ponderar con prudencia la urgencia de solucionar la crisis y la necesidad de levantar el *estado excepcional* en cuanto sea posible.

La *prórroga* no está sometida a límite temporal alguno, aunque la solicitud debe determinar la duración prevista para la misma. En todo caso, el *estado de alarma* quedará automáticamente levantado, sin necesidad de que se realice declaración alguna, una vez agotado el plazo de la declaración o la *prórroga* del mismo. Como ya se ha dicho, si desaparecen anticipadamente las circunstancias que lo motivaron, el estado de alarma debe ser levantado por el Gobierno, que habrá de comunicar al Congreso las circunstancias y razones de la adopción de tal decisión.

La *prórroga* puede solicitarse una o varias veces, pero la competencia para acordarla corresponde al Congreso de los Diputados. Si en la declaración inicial del *estado de alarma* el decreto del Gobierno establece las circunstancias y efectos de la declaración, en el acto de «autorización» de la ampliación del plazo el Congreso «[...] podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la *prórroga*». La «autorización» deberá solicitarse «antes de que expire» el plazo. El Congreso no se limita ahora a aceptar o denegar en su totalidad las condiciones establecidas por el Gobierno, sino que las competencias parlamentarias aparecen reforzadas, dado que la Ley Orgánica 4/1981 permite al Congreso establecer el alcance y las condiciones que regirán la *prórroga*.

Por tanto, en el acto de autorización de la *prórroga* el Gobierno no solo pierde la competencia sobre la decisión, sino también sobre el establecimiento de las condiciones y requisitos que han de regirla. La concesión de la *prórroga* queda, de esta manera, plenamente «parlamentarizada». En todo caso, nos encontramos ante un acto constitucional complejo que requiere el concurso de dos voluntades: si bien es cierto que a la Cámara le corresponde la autorización y condiciones de la *prórroga*, también lo es que el Gobierno conserva el derecho de iniciativa en la formulación de la propuesta; en otros términos: para que el Congreso autorice una *prórroga*, es necesario que el Gobierno la solicite. El Congreso establecerá el alcance y las condiciones de la *prórroga* bien ratificando la propuesta del Gobierno en sus propios términos, bien modificándola a través de la presentación por los grupos parlamentarios de propuestas de resolución.

No es fácil determinar *a priori* los efectos del *estado de alarma*, dado que el art. 55 CE no hace referencia al posible impacto que su declaración produce sobre la Constitución. Dicho en otras palabras: la norma suprema no prevé que el *estado de alarma* provoque ningún tipo de *suspensión* de la Constitución o de alguno de sus preceptos. Pero lo cierto es que el art. 116.1 CE remite a una ley orgánica la regulación de los tres estados excepcionales «[...] y las competencias y limitaciones correspondientes». Ello nos pone sobre la pista de la necesidad de examinar *ad casum* los impactos sobre la Constitución, que dependerán de la naturaleza de la emergencia.

Cabe afirmar con rotundidad que el *estado de alarma* no está dotado de la fuerza constitucional suficiente para *suspender* derechos, pero sí para, eventualmente, *limitarlos*. El estado de alarma genera, entonces, un tercer estatuto de los derechos, que no es ni el de *plenitud de vigencia* ni el de *suspensión*, sino el de *limitación*, es decir, la posibilidad de establecer *restricciones* en el ejercicio de ciertos derechos sin afectación del contenido esencial de los mismos³².

5. EL ESTADO DE ALARMA EN EL ESTADO AUTONÓMICO: EL CASO DE LA COVID-19

En los Estados descentralizados como España, y en situaciones de *normalidad* constitucional, cada poder desarrolla su actividad en el ámbito competencial que le es propio. Las inevitables fricciones y conflictos connaturales a este modelo de organización política se resuelven por la vía del diálogo intergubernamental o, en último extremo, mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pero sucede también que, en situaciones de *anormalidad* constitucional, y para mejor enfrentar las crisis de diverso tipo, la propia Constitución configura un *Derecho especial* que brinda cobertura para adoptar medidas de emergencia e impacta sobre el ordenamiento como un *Derecho de excepción* con fuerza suficiente para *alterar* la vigencia normalizada del orden constitucional.

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) elevó la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19 a la categoría de pandemia internacional. Para hacer frente a la situación de crisis, el Gobierno de España procedió a declarar, mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el *estado de alarma* en todo el territorio nacional. En su exposición de motivos, el Real Decreto afirmaba que «[...] las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos». A fin de combatir la pandemia, se establecían una serie de medidas que, según el mismo texto, «[...] son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental».

El *estado de alarma* se declaró por un plazo de quince días para todo el territorio nacional, la *autoridad competente* quedaba residenciada en el Gobierno de la nación y, bajo la dirección del presidente del Gobierno, se designaban *autoridades delegadas*. Estas recaían, dentro de sus respectivos ámbitos de actuación, en los ministros de Defensa, Interior, Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y en el ministro de Sanidad, que residualmente asumió todas las competencias no atribuidas a los ministros antes citados. Todos ellos quedaban facultados para dictar las órdenes, resoluciones y medidas necesarias para la protección de las personas, bienes y lugares. El Real Decreto 463/2020 limitaba la circulación de las personas, excepto para la realización de las actividades reguladas, autorizaba requisas temporales y prestaciones personales obligatorias, establecía medidas de contención en los ámbitos educativo, comercial, cultural, de hostelería y restauración y otras adicionales en

materia de transporte, suministros, abastecimiento y reforzamiento del Sistema Nacional de Salud. Finalmente, suspendía los plazos procesales, administrativos y los de prescripción y caducidad de acciones.

Con posterioridad, ante la gravedad de la emergencia y a fin de contener la propagación de la enfermedad, el Gobierno solicitó al Congreso autorización para *prorrogar* el estado de alarma y las medidas contenidas en el real decreto de declaración. Al día siguiente, el Pleno del Congreso acordó la autorización y la inclusión de una nueva disposición adicional en el Real Decreto 463/2020 en virtud de la cual el Gobierno venía obligado a remitir semanalmente al Congreso la información sobre el grado de ejecución de las medidas adoptadas y su eficacia para lograr los objetivos propuestos. Mediante Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, el estado de alarma quedó prorrogado en las mismas condiciones hasta el 12 de abril. El Gobierno suministró la información requerida y compareció para informar semanalmente en el Congreso de los Diputados del conjunto de medidas adoptadas.

A la luz de la evolución de la pandemia y la saturación de los servicios sanitarios, el Gobierno obtuvo una segunda prórroga hasta el 26 de abril (Real Decreto 487/2020, de 10 de abril), una tercera hasta el 10 de mayo (Real Decreto 492/2020, de 24 de abril) y una cuarta hasta el 24 de mayo (Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo). A partir de esta última prórroga, se introdujeron las medidas de *desescalada* de forma progresiva y asimétrica y en diálogo con las comunidades autónomas. En caso de acuerdo, estas medidas eran aplicadas por la presidencia de cada comunidad autónoma. El decreto contenía, además, una disposición en virtud de la cual el estado de alarma no impediría la realización de las actuaciones precisas para la celebración de las elecciones convocadas en el País Vasco y Galicia (Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo).

La quinta prórroga mantuvo el estado de alarma hasta el 7 de junio (Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo). En ella ya se establecían las condiciones para la progresión por *fases* en el procedimiento de *desescalada*. La autorización correspondía al ministro de Sanidad en su condición de *autoridad delegada*, pero las decisiones se adoptaban a propuesta de las comunidades autónomas y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Estas medidas se aplicaban por la presidencia de cada comunidad o ciudad autónoma como representante ordinario del Estado en cada territorio y con arreglo al principio de *cooperación*. El Real Decreto 537/2020 flexibilizó las medidas en el ámbito educativo no universitario y levantó la suspensión de los plazos administrativos y procesales con efectos de 1 y 4 de junio de 2020, respectivamente.

La sexta y última prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados amplió los efectos de la declaración del *estado de alarma* hasta el día 21 de junio de 2020 (Real Decreto 555/2020, de 5 de junio). La norma permitía la progresión de las medidas de *desescalada*, autorizadas por el ministro de Sanidad a propuesta de las comunidades autónomas y las ciudades autónomas. El Real Decreto 555/2020 establecía que la superación de todas las *fases* previstas en el plan de desescalada determinaba que quedaban sin efecto las medidas extraordinarias derivadas de la declaración del *estado de alarma*. Las *autoridades delegadas* para esta última fase eran el ministro de Sanidad y el presidente de cada *comunidad autónoma y de las ciudades autónomas*, y actuarían con arreglo al principio de *cooperación*

interterritorial. Por tanto, en la fase III del plan de desescalada se incrementaba el protagonismo de la presidencia de cada comunidad autónoma y de las ciudades autónomas, que se constituía en *autoridad competente delegada* salvo para las disposiciones vinculadas a la libertad de circulación que excedieran el ámbito territorial de cada comunidad autónoma. Correspondía al presidente de cada comunidad autónoma y al de las ciudades autónoma la competencia para decidir la superación de la fase III en su territorio con arreglo a criterios sanitarios y epidemiológicos y, por tanto, para determinar la fecha de entrada en la «nueva normalidad».

En los sucesivos reales decretos de prórroga aprobados se han ido modulando las medidas restrictivas y acomodándolas a la evolución del control de la enfermedad. El tramo final se ha sustanciado mediante el recorrido de *cuatro fases* en el proceso de *desconfinamiento* hacia la *nueva normalidad*. Los distintos territorios iban accediendo sucesivamente a las distintas fases previo cumplimiento de los rigurosos parámetros científicos establecidos por el comité de expertos. El levantamiento de las medidas de contención se ha llevado a cabo de manera *gradual, asimétrica y coordinada* con las comunidades autónomas. A tal efecto, se ha atendido a la evolución de los datos epidemiológicos y el impacto de las medidas adoptadas y se han seguido las recomendaciones científicas, las directrices de la OMS y la «Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19», presentada el 15 de abril por la presidenta de la Comisión Europea y el presidente del Consejo Europeo.

Concluido el plan de desescalada, se hace necesario seguir manteniendo la protección de la salud mediante medidas preventivas hasta que los organismos internacionales decreten la superación de la pandemia. La virulencia de la crisis sanitaria ha puesto de manifiesto la necesidad de impulsar con urgencia ciertas modificaciones legales para facilitar las «actuaciones coordinadas en salud pública». En este sentido, el Gobierno procedió a dictar el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, que contiene disposiciones, planes y estrategias de actuación y medidas de prevención e higiene (uso de mascarillas, ordenación de los puestos en el trabajo, medidas de higiene en los locales de concurrencia pública, las actividades deportivas y el transporte público, garantías de abastecimiento de productos sanitarios, detección precoz de la enfermedad y vigilancia epidemiológica, planes de contingencia y régimen sancionador del incumplimiento de las medidas de prevención, entre otras). La norma también prevé determinadas actuaciones de carácter económico (autorización de avales, contratación etc.) y el refuerzo de las medidas de coordinación entre las comunidades autónomas y el Estado para afrontar situaciones de emergencia en salud pública.

La escasa jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el *estado de alarma* producida hasta la fecha no permite delimitar con precisión sus perfiles en el Estado autonómico. La ley orgánica que desarrolla el art. 116 CE fue concebida antes en clave de Estado unitario que de Estado descentralizado, dado que en el momento de ser aprobada solo dos comunidades autónomas (Cataluña y el País Vasco) habían accedido a su autonomía y el modelo territorial delineado en la Constitución apenas comenzaba su despliegue. Esa es

la razón de que la Ley Orgánica 4/1981 apenas mencione a las comunidades autónomas y sea muy parca en el establecimiento de técnicas cooperativas. Sin embargo, tanto la STC 83/2016 como el ATC 7/2012, a los que después nos referiremos, han establecido una serie de principios para interpretar el contenido del artículo 116, precepto, a juicio del Tribunal Constitucional, «[...] de enorme calado para nuestro Estado de Derecho»:

- i) El art. 116 CE es la opción del constituyente para la regulación de un *Derecho constitucional de excepción*. El precepto identifica los tres estados excepcionales con que hacer frente a las posibles situaciones de *anormalidad* constitucional, los órganos competentes para la declaración y prórroga de cada uno de ellos, el procedimiento de adopción de tales decisiones, la forma que han de revestir, el contenido necesario y el plazo máximo de su vigencia. Contiene, además, una serie de garantías para proteger la Constitución y refuerza el control parlamentario y la responsabilidad del Gobierno y de sus agentes.
- ii) Los efectos de la declaración del *estado de alarma* tienen su proyección «[...] en la modificación del ejercicio de competencias por parte de la Administración y las autoridades públicas». La *autoridad competente* es el Gobierno o, por delegación de este, el presidente de una comunidad autónoma, dependiendo de que la declaración afecte a todo el territorio nacional o solo a una parte del mismo. Quedan bajo las órdenes *directas* de la *autoridad competente* todas las autoridades civiles y todos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, incluyendo los autonómicos y locales, así como todos los funcionarios y trabajadores de dichas Administraciones, a los que se podrá imponer servicios extraordinarios.
- iii) La declaración del estado de alarma también despliega sus efectos «[...] en el establecimiento de determinadas limitaciones o restricciones» en materia de derechos. A diferencia de los estados de excepción y sitio, «[...] la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 *contra-rio sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio». Las limitaciones que pueden adoptarse afectan al derecho de desplazamiento y circulación de personas y vehículos y a los derechos de reunión y manifestación. Circunstancialmente, pueden quedar afectados otros derechos en la práctica de requisas temporales, la imposición de prestaciones obligatorias o la intervención y ocupación de locales (excepto domicilios privados).
- iv) La declaración del estado de alarma produce excepciones o limitaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento y de disposiciones legales que, sin ser derogadas o modificadas, sí pueden ver alterada su aplicabilidad habitual, lo que resulta necesario ante la imposibilidad de atajar la emergencia de situaciones extraordinarias por medios legales ordinarios.
- v) Las locuciones «valor de ley», «rango de ley» o «fuerza de ley» no quedan circunscritas a las decisiones aprobadas en el ámbito parlamentario, pues se predicen también de actos, disposiciones o decisiones de origen gubernamental. La decisión de declarar el estado de alarma es expresión del ejercicio de una competencia atribuida

en exclusiva al Gobierno (art. 116.2 CE) en cuanto órgano constitucional al que corresponde la dirección política del Estado (art. 97 CE) y no en cuanto órgano superior de la Administración. La declaración del estado de alarma por el Gobierno contiene «[...] la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos», por lo que integra, junto a la Constitución y la Ley Orgánica, «[...] el sistema de fuentes del Derecho de excepción».

- vi) Esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental «[...] desplaza durante la vigencia del estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar». Por consiguiente, los reales decretos que declaran el estado de alarma tienen «el rango y valor de ley» y quedan revestidos de una fuerza normativa equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma. En consecuencia, los decretos de declaración del estado de alarma no son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino solo ante el Tribunal Constitucional. En cambio, los actos de aplicación sí serán recurribles ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente.
- vii) Tampoco son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa los acuerdos del Consejo de Ministros de solicitud al Congreso de prórroga del estado de alarma, pues en tales casos el Gobierno «[...] actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse de administrativa». Dicho de otro modo, en semejantes casos el Gobierno dicta actos constitucionales ejerciendo las competencias de dirección política que le confiere la Constitución.

El impacto constitucional que supone la declaración del estado de alarma se proyecta sobre la norma suprema al menos en tres órdenes de cuestiones: los *derechos fundamentales* de la persona, el equilibrio entre los *poderes* y el ejercicio de las *competencias* asignadas.

5.1. LAS RESTRICCIONES O LIMITACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por lo que se refiere al *ejercicio de los derechos fundamentales*, en el momento de escribir estas líneas el Tribunal Constitucional no ha tenido muchas oportunidades de pronunciarse sobre la institución del *estado de alarma* en el marco del Estado autonómico. De hecho, hasta la aparición de la pandemia declarada con motivo de la COVID-19, el único precedente de declaración del estado de alarma tuvo lugar con motivo del *caso de los controladores aéreos*. Del él se ocupó la STC 83/2016, de 28 de abril, derivada de un recurso de amparo interpuesto contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que inadmitió la demanda contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del

transporte aéreo. Esta sentencia había venido precedida del Auto 7/2012, de 13 de enero, por el que se inadmitió a trámite un recurso de amparo planteado por los controladores al servicio de AENA en relación con el Acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, de autorización de la *prórroga* del estado de alarma.

Declarada la pandemia provocada por la expansión de la COVID-19, la Sala Primera del Tribunal Constitucional resolvió, mediante Auto 40/2020, de 30 de abril, inadmitir el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia y la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra, en relación con la comunicación de una manifestación conmemorativa del 1 de mayo. La Central Unitaria de Trabajadores denunciaba la vulneración del derecho de reunión y manifestación en relación con el derecho a la libertad sindical. El TC se remite a la STC 83/2016, de 28 de abril, en lo que respecta a que la declaración del estado de alarma «[...] supone excepciones o modificaciones *pro tempore* en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas determinadas disposiciones legales, que sin ser modificadas o derogadas, sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria, pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante los poderes ordinarios la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias». En tal sentido, reitera que «[...] el estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio».

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, para que la autoridad competente pueda incidir en el derecho de reunión y manifestación en lugares públicos, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio o, incluso, prohibiéndolo, es necesario que existan razones *fundadas*. Ello implica la exigencia de *motivación* de la resolución correspondiente, que debe aportar las razones conducentes a la conclusión de que, en las circunstancias en que se pretende, el ejercicio del derecho producirá una alteración del «orden público» proscrita por el art. 21.2 CE, o afectará de manera desproporcionada otros bienes o derechos también protegidos por la Constitución (derecho a la vida, a la salud y a la integridad física). Para salvar el principio favorecedor del ejercicio del derecho, deberán existir razones convincentes e imperativas que puedan justificar las restricciones a esa libertad. No cabe duda de que en esta ocasión las ha habido y así lo ha apreciado el Tribunal Constitucional.

El supremo intérprete de la Constitución vino a recordar su tradicional doctrina sobre los límites de los derechos: estos no son absolutos y su ejercicio puede generar colisiones con otros derechos y precisar modulaciones que reclaman la realización de un *juicio de ponderación* por parte de los poderes públicos en función de las circunstancias concurrentes. El Tribunal Constitucional trata de indagar *ad casum* en la noción de *orden público* con peligro para las personas como elemento que ha fundamentado la prohibición de la reunión y manifestación y razona del siguiente modo: «[...] no podemos olvidar que, como reconoce la reclamante, la manifestación se pretende desarrollar en el marco de una situación de pandemia global muy grave, que ha producido un gran número de afectados

y fallecidos en nuestro país, y que ha puesto a prueba a las instituciones democráticas y a la propia sociedad y los ciudadanos, en cuanto se han convertido, en conjunto, en elementos esenciales para luchar contra esta situación de crisis sanitaria y económica que afecta a todo el país, situado por mor de la misma ante una situación que, pese a no ser la primera vez que se produce (ya sufrimos, entre otras, la pandemia de 1918), si es la primera vez que nuestra actual democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esta magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacerle frente».

En relación con las medidas propuestas por los solicitantes de la manifestación (en vehículos conducidos por una sola persona con protección, etc.), el Tribunal aduce que «[...] no se prevén por los organizadores medidas de control de la transmisión del virus específicas, ni destinadas a compensar la previsible concentración de automóviles que podría producirse si existiera una masiva respuesta a la convocatoria [...]». Y en el propio *juicio de ponderación* que realiza añade otras circunstancias: «[...] en una situación de alerta sanitaria, la libre circulación de los servicios de ambulancias o urgencias médicas, y el libre acceso a los hospitales es un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la limitación de ejercicio del derecho aquí invocado. Y teniéndolo en cuenta en este caso la medida restrictiva puede tenerse como proporcionada». En consecuencia, el *juicio de proporcionalidad* conduce al Tribunal Constitucional a desestimar el recurso de amparo y considerar que, en el caso concreto, resultaba proporcionada y ajustada a Derecho la limitación del ejercicio del derecho de reunión³³.

Durante la crisis se han visto afectados, también de manera directa, el derecho a la salud (art. 43 CE) y, con él, el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), derechos íntimamente conectados en las circunstancias de la pandemia. Para hacer frente a la misma solo se han establecido *restricciones o modulaciones* sobre la libertad de circulación de las personas (salvo para las actividades autorizadas en el art. 7 del Real Decreto 463/2020) con afectación de los derechos de reunión y manifestación. No puede afirmarse, por tanto, que las medidas adoptadas por las autoridades competentes hayan supuesto la violación o la suspensión de derechos fundamentales, situación no prevista por la Constitución para el estado de alarma. Las restricciones del derecho de circulación por el territorio nacional (art. 19 CE) han abocado a un *confinamiento* imprescindible para detener el contagio del virus; han sido igualmente imprescindibles la suspensión de la modalidad *presencial* en los centros educativos y la adopción medidas restrictivas en determinados sectores de actividad (comercio, eventos culturales y recreativos, hostelería y restauración), así como en ceremonias civiles y religiosas, entre otros actos, a fin de evitar las aglomeraciones de personas, que constituyen la fuente primaria de contagio.

Por lo demás, no debe olvidarse que el artículo 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud. En tal sentido, las medidas adoptadas responden al mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para «[...] organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» (art. 43.2 CE). Los decretos de declaración del estado de alarma y sus prórrogas no regulan el régimen general de los derechos afectados. Antes bien, las medidas adoptadas se consideran *proporcionadas* en relación con el bien público que trata de protegerse. En tal sentido, el Tribunal Cons-

titucional se ha pronunciado en diversas sentencias sobre la efectividad de la protección del derecho a la salud, en su condición de principio rector dirigido a orientar y determinar la actuación de todos los poderes públicos, estatales y autonómicos, lo que obliga «[...] a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales» (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 3).

5.2. LA ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ENTRE PODERES

Si bien es cierto que el sintagma «declaración de *estados excepcionales*» sugiere el reforzamiento de los poderes ejecutivos y gubernamentales, es preciso señalar que el *Derecho constitucional de excepción* vigente en España no se ajusta a ese patrón. Nuestro país se dotó de una constitución *democrática* en 1978 y, en coherencia con este rasgo definitorio, la norma suprema atribuye un rol claramente protagónico al órgano representativo del pueblo español —concretamente, al Congreso de los Diputados— en la declaración de aquellos estados. En contraste con lo que, como se ha visto en páginas precedentes, sucedía pasado, nuestra Constitución establece un modelo abiertamente garantista y anuda la suspensión de derechos a la autorización previa del Parlamento.

En España, la característica esencial de los *estados excepcionales* es la sujeción a *control parlamentario*, que en estos casos adquiere una especial proyección e intensidad a través del *principio de responsabilidad*. En efecto, la Constitución establece que la declaración de los estados excepcionales «[...] no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes» (art. 116.6 CE). Ello significa que se mantienen incólumes la *responsabilidad política* del Gobierno ante el Parlamento y la *responsabilidad jurídica* ante la jurisdicción competente. En este sentido, el art. 3.1 de la LO 4/1981 dispone: «Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes» (art. 3.1 LO). Esta previsión se extiende a la *responsabilidad patrimonial* del Estado por los daños causados a los particulares en su persona o sus bienes, que tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con la legislación vigente.

La relevancia del papel que juega el Congreso de los Diputados en la declaración del estado de alarma se manifiesta desde el inicio mismo del proceso conducente a tal declaración. En efecto, si bien la decisión inicial de declarar el estado de alarma corresponde al Gobierno, una vez decretado el estado de alarma el Ejecutivo debe dar cuenta al Congreso «[...] reunido inmediatamente al efecto» (art. 116.2 CE). El Reglamento del Congreso (en adelante RCD) completa de manera un tanto confusa esta prescripción en su art. 165.1, que dispone que «[...] el asunto será sometido al Pleno del Congreso, convocado al efecto si no estuviere reunido, incluso en el periodo entre sesiones». Solo si la Cámara se encuentra disuelta o ha expirado el mandato de los diputados, las competencias del Pleno serían asumidas por la Diputación Permanente (art. 165.2 RCD).

La cuestión, entonces, estriba en determinar sobre qué extremos ha de pronunciarse el Congreso y en qué órgano concreto. La duda se suscita porque, como acabamos de ver,

el art. 165.1 RCD atribuye el conocimiento al Pleno o, en su caso, a la Diputación Permanente. En cambio, en los casos de declaración del estado de alarma, el art. 162 RCD establece la obligación de que el Gobierno remita al presidente del Congreso «una comunicación» que acompañará al decreto, de la que se dará traslado a la comisión competente. En cualquier caso, por una u otra vía, estamos ya ante una primera actividad de control del Parlamento de las decisiones adoptadas por el Gobierno: tanto de la declaración en sí misma como de las consideraciones técnicas y de oportunidad que hayan motivado la adopción de la decisión. A partir de la solicitud de la primera *prórroga*, como ya conocemos, el Gobierno pierde la competencia para decidir sobre la autorización de la misma, que queda residenciada en el Congreso.

Con respecto a los equilibrios, frenos y contrapesos entre los poderes del Estado, no puede concluirse que nuestra Constitución autorice una concentración del poder en manos del Gobierno ni que nuestro Derecho constitucional permita una *dictadura* temporal del Poder Ejecutivo. No hay más que examinar el protagonismo del Congreso de los Diputados en el control de la declaración y en su competencia para la autorización de la prórroga para negar tal aserto. En cumplimiento de su deber de información a la Cámara, el Gobierno suministrará al Congreso «la información que le sea requerida» (art. 8.1 LO 4/1981). Por otra parte, el ejercicio del derecho constitucional a la información, del que son titulares tanto la Cámara como sus actores políticos (los diputados y los grupos parlamentarios), impone al Gobierno el deber de dar cuenta al Congreso de cuantos decretos relacionados con el estado de alarma dicte durante la vigencia del mismo (art. 8.2 LO 4/1981). El propio Reglamento parlamentario especifica, en fin, que la comisión a la que se remita la declaración «[...] podrá recabar la información y documentación que estime procedente» (art. 162.1 RCD). Si a ello añadimos que el Gobierno deberá someterse a cuantas iniciativas de control político o sesiones informativas deban sustanciarse a petición del propio Gobierno o a solicitud de los grupos parlamentarios, no cabe sino concluir que el protagonismo del Congreso de los Diputados es indiscutible.

Todo ello no está reñido, por razones operativas y de eficacia, con la concentración de la autoridad ejecutiva en un *mando único* para la adopción de disposiciones y medidas *directamente relacionadas con la protección de la salud*. En tales casos, se subordinan a la *autoridad competente* todas las autoridades de las Administraciones Públicas del territorio afectado por la declaración, incluidos los cuerpos de policía de las comunidades autónomas y las corporaciones locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas. Todos ellos quedan bajo las órdenes directas de la *autoridad competente* en la medida en que ello sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza (art. 9.1 LO 4/1981).

De ordinario, la *autoridad competente* recaerá en el Gobierno o, bajo la autoridad superior del presidente, en el ministro en quien delegue, dependiendo de la naturaleza de la emergencia. La propia ley orgánica distingue especialmente los supuestos de catástrofes y crisis sanitarias. En este último caso, además de aprobar las disposiciones limitativas ya mencionadas, el ministro de Sanidad, como *autoridad competente*, podrá adoptar por sí mismo cuantas medidas prevea la legislación para luchar contra las enfermedades infeccio-

sas. Ahora bien, comoquiera que la crisis sanitaria puede producir efectos colaterales — entre ellos, la paralización de servicios públicos esenciales o las situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad—, la *autoridad competente* queda facultada para acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, a fin de asegurar el abastecimiento de productos de primera necesidad. Al personal movilizadole será de aplicación «[...] la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo [...]» (art. 12.2 LO 4/1981).

A la hora de decidir sobre la atribución de la condición de *autoridad competente*, la Ley Orgánica 4/1981 abandona el eje vertebrador centralista que la recorre y recuerda la existencia de comunidades autónomas en el entramado institucional del Estado. A tal efecto la Ley contempla tres supuestos: *i*) que la crisis afecte solo a una parte o a todo el territorio de una comunidad autónoma, en cuyo caso el presidente de la misma podrá solicitar del Gobierno la declaración del *estado de alarma*; *ii*) si tal circunstancia se produce, el Gobierno queda facultado para *delegar* en el presidente de la comunidad autónoma la condición de *autoridad competente*. En este caso, todas las autoridades, cuerpos policiales, funcionarios y trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas de dicho ámbito territorial quedan bajo la dependencia del presidente de la comunidad autónoma; *iii*) En tales supuestos, el presidente de la comunidad, en cuanto *autoridad competente*, podrá requerir la colaboración de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales. Aunque, obviamente, no son los únicos, estos son los tres supuestos en que el legislador contempla *formalmente* las posibilidades de *colaboración y cooperación* entre el Estado y las comunidades autónomas.

Se establece, finalmente, un régimen sancionador para el caso del incumplimiento o resistencia a las órdenes de la *autoridad competente*, actos que, en función de su naturaleza, serán sancionados con arreglo a lo dispuesto en las leyes vigentes. Si estos actos fuesen cometidos por funcionarios públicos, las autoridades competentes podrán decretar la inmediata suspensión en el ejercicio de su cargo o funciones, pasando, en su caso, el tanto de culpa a los tribunales con notificación al superior jerárquico a los efectos de la apertura del correspondiente expediente disciplinario. Si los actos de incumplimiento o resistencia fuesen cometidos por autoridades, las facultades que les correspondieren en orden al cumplimiento de las medidas podrán ser asumidas por la *autoridad competente* (art. 10 LO 4/1981).

En conclusión, puede afirmarse que, en España, el *Derecho constitucional de excepción* está «parlamentarizado» tanto en la autorización de la prórroga como en el establecimiento y control de las decisiones adoptadas por los poderes ejecutivos. Establecidas (o autorizadas) las líneas maestras para combatir la emergencia por la Cámara, el *bloque constitucional* vigente confiere amplias potestades de disposición a la *autoridad delegada*. En contraste, cabe señalar que en el Reino Unido la Civil Contingencies Act de 2004 autoriza al Gobierno a dictar medidas extraordinarias de emergencia que quedan pendientes de ser confirmadas por el Parlamento. En Francia la adopción de medidas de emergencia corresponden al presidente de la República, que las somete a consulta del Consejo Constitucional (art. 16 de la Constitución francesa). En Alemania, las medidas del Gobierno Federal se sus-

penderán en cualquier momento a petición del Consejo Federal y sin demora después de que haya sido conjurada la situación de emergencia (art. 35.3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana). Visto el panorama comparado, es claro que la regulación española distribuye equilibradamente las funciones entre los distintos poderes del Estado.

Si ya es importante el control que el Congreso de los Diputados ejerce sobre la declaración del estado de alarma y la plena decisión sobre las posibilidades de prórroga, los poderes de la Cámara se incrementan a medida que se agravan los estados excepcionales. Así, se requiere la autorización previa del Congreso para decretar el *estado de excepción* y la aprobación de la mayoría absoluta de sus miembros para declarar el *estado de sitio*. Además, la posición del Parlamento se refuerza con medidas adicionales previstas en la propia Constitución. En primer lugar, el presidente del Gobierno no podrá disolver el Congreso mientras esté vigente la declaración de alguno de los *estados excepcionales*. En segundo lugar, las Cámaras quedarán automáticamente convocadas si no estuvieran en periodo de sesiones. En tercer lugar, su funcionamiento y el de los demás poderes constitucionales del Estado no podrá interrumpirse durante la vigencia de los *estados excepcionales*.

Para cerrar el círculo del reforzamiento del control parlamentario, en los casos en que se encontrare el Congreso disuelto o hubiera expirado su mandato, las competencias parlamentarias serán asumidas por la Diputación Permanente. En el mismo sentido, la declaración de cualquiera de los *estados excepcionales* no modificará el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes. La extrema contagiosidad de la pandemia no ha interrumpido el normal funcionamiento de los poderes del Estado, pero sí lo ha perturbado en el ámbito parlamentario. Así, el Congreso de los Diputados ha debido recurrir al voto telemático. En el ámbito autonómico, algunos Parlamentos han puesto en funcionamiento a la Diputación Permanente, medida de carácter antiestatutario y, por tanto, inconstitucional, dado que la Cámara se encontraba en periodo ordinario de sesiones.

5.3. EL IMPACTO SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Las medidas que adopta el Gobierno en la crisis pueden referirse «a cualquier materia», aun cuando la competencia para aprobarlas esté atribuida a las comunidades autónomas o a las corporaciones locales. Ello no significa que se suspenda el orden constitucional de competencias, sino que la potente competencia estatal gubernamental *concorre* con las competencias sectoriales autonómicas o locales. Así lo reconoce el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, es decir, el decreto por el que se declaró el estado de alarma, que afirma que «[...] cada administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente», por más que tal ejercicio pueda quedar *afectado* por las medidas que dicte el Gobierno o la autoridad delegada. Por ello, todos los ámbitos competenciales sobre los que no legisle la autoridad estatal pueden ser regulados por la autoridad autonómica o local que ostente la competencia.

Es manifiesto que el decreto de declaración del estado de alarma y los que autorizaron sus prórrogas impactaron temporalmente en el ejercicio de ciertas competencias y en la autoridad a la que correspondía ejercitarlas. El *Derecho constitucional excepcional*, (integrado

por los art. 116 y 55.1 CE, la Ley Orgánica 4/1981 de estados de alarma, excepción y sitio, el Reglamento del Congreso de los Diputados y los decretos de declaración y de prórroga de los estados excepcionales) irrumpió con toda su fuerza y vigor. La instauración de una *autoridad competente centralizada* en el Gobierno de la nación (o, por delegación, en el ministro) supuso la sujeción a un mando único de todos los integrantes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, incluidas las policías autonómicas y locales, y de los funcionarios y el personal al servicio de todas las Administraciones Públicas. Es indudable, entonces, que se produjo un *desplazamiento temporal* de la autoridad, que quedó parcialmente centralizada en aras de los principios de inmediatez y eficacia en la toma de decisiones. Así lo dispone *el Derecho constitucional de excepción*, que atribuye a la autoridad competente o, en su caso, a la delegada, la capacidad de adoptar en el conjunto del territorio nacional cuantas medidas sean necesarias para combatir la pandemia ámbito de la salud, los suministros, el transporte y el abastecimiento alimentario y sanitario, así como otras medidas limitadoras de la movilidad y libertad de desplazamiento.

La emergencia padecida a consecuencia de la COVID-19 es una «crisis sanitaria», expresamente prevista en el art. 4. b) de la Ley Orgánica 4/1981, que en su artículo 12.1 autoriza a la *autoridad competente* a dictar todas las medidas previstas en las leyes y, específicamente, «[...] las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas». Por tanto, la ley pone en manos de la autoridad competente una competencia especialmente cualificada y reforzada atendiendo a la especificidad de la calamidad. Este reforzamiento fue objeto de discusión, dado que, en materia de «sanidad», el Estado, *ex* artículo 149.1.16 CE, tiene competencias para establecer las bases y *coordinación* de la sanidad, competencias básicas que, por consiguiente, tienen la consideración de *mínimos* a desarrollar por los poderes autonómicos. En cambio, las comunidades autónomas asumen las competencias sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Haciendo uso de sus facultades sobre la materia, las comunidades autónomas gestionaron los servicios sanitarios en sus territorios. Y aunque el decreto de alarma habilitaba a la *autoridad competente delegada* para dictar cuantas órdenes y disposiciones convinieran para hacer frente a la emergencia sanitaria, la gestión de los servicios sanitarios continuó en manos de las comunidades autónomas.

Durante la crisis no se produjo el desapoderamiento de las competencias autonómicas sobre las distintas materias ni la *recentralización* del Estado. Tuvo lugar un *desplazamiento temporal* del ejercicio de las mismas a la autoridad central cuando ello fue necesario para salvaguardar la salud y los derechos constitucionales. El reparto de competencias constitucionalmente establecido permaneció incólume. Tan solo durante el plazo de vigencia del estado de alarma queda alterada la distribución de funciones en virtud de los apoderamientos de la autoridad competente que autoriza el decreto —que, no se olvide, es *norma especial* y tiene *rango de ley*—. Ello justifica que, durante la vigencia del *estado de alarma*, todas las autoridades sanitarias, así como todo el personal de cualquier clase al servicio del Sistema Nacional de Salud y los establecimientos de sanidad privada puedan recibir instrucciones del ministro de Sanidad en tanto sea necesario para la protección de las personas, bienes y lugares.

Comoquiera que España no es un Estado federal, sino descentralizado, no existe en nuestra Constitución un precepto semejante al art. 35 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, que establece con claridad los deberes de cooperación entre el *Bund* y los *länder* en las situaciones de emergencia. Ahora bien, el *Derecho constitucional excepcional* español no desconoce que nos encontramos en el marco de un Estado compuesto. De hecho, y como ya se ha señalado arriba, la Ley Orgánica 4/1981 especifica tres supuestos en los que el presidente de una comunidad autónoma puede, como representante ordinario del Estado, colaborar con el Gobierno de España cuando la emergencia afecte a todo o parte del ámbito territorial de su comunidad o ciudad autónoma. Además, en todo momento las autoridades autonómicas y locales pudieron solicitar, motivadamente, a las autoridades competentes delegadas la adopción de cuantas medidas consideraban convenientes para la prestación de los servicios y la protección de las personas y bienes. Es más, en las fases finales de la *desescalada* las autoridades autonómicas ejercieron las funciones de *autoridad competente*. Los cuerpos policiales de las comunidades autónomas, bajo la dependencia del ministro del Interior, pudieron llevar a cabo las actuaciones necesarias para hacer cumplir las medidas decretadas y las Juntas de Seguridad con policías propias previeron lo necesario para el cumplimiento de las disposiciones dictadas.

En todo aquello que no se vio afectado por el *Derecho excepcional*, cada Administración conservó las competencias asignadas por la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para luchar contra la pandemia, que es una obligación de todos los poderes públicos. El *estado de alarma* reforzó los deberes, ya previstos en la legislación ordinaria, de *cooperación* entre la Administración General del Estado, las comunidades autónomas, las ciudades autónomas y las corporaciones locales, en el ámbito de sus competencias, en materia de gestión, prevención, vigilancia y protección de la salud pública (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). También se reforzó el principio de *coordinación* interadministrativa y los controles de viajeros en frontera en virtud del título de «sanidad exterior», ambos competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.16 CE), a fin de lograr respuestas acompañadas y activar los controles necesarios en la lucha contra la pandemia.

De las disposiciones adoptadas en materia de circulación se informó previamente a las autoridades autonómicas con competencias de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial, y estas divulgaron entre la población las medidas atinentes al tráfico rodado. Las autoridades autonómicas y locales pudieron solicitar de las autoridades delegadas la práctica de requisas de todo tipo de bienes y el cumplimiento de prestaciones personales obligatorias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en el decreto que declaró el Estado de alarma. Las autoridades autonómicas y locales participaron en la aprobación de medidas en materia de transportes. Todas las disposiciones adoptadas se consideraron *necesarias y proporcionadas* para preservar la salud pública. Y el decreto de declaración del *estado de alarma* ratificó todas las disposiciones y medidas adoptadas por las autoridades competentes de las comunidades autónomas, las ciudades autónomas y las entidades locales para combatir la infección, que continuaron vi-

gentes y produjeron los efectos previstos en la medida en que se acreditó su compatibilidad con las disposiciones del decreto.

La carencia de instrumentos constitucionales de *cooperación* interterritorial fue suplida por diversas convocatorias de la Conferencia de Presidentes. En ellas, las máximas autoridades estatales y autonómicas pudieron dialogar, poner en común sugerencias y opiniones y establecer estrategias que posteriormente dieron lugar a decisiones de la *autoridad competente*. Asimismo, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se reunió semanalmente y, bajo la presidencia del ministro, actuó como órgano de cooperación e intercomunicación en materia sanitaria entre el Estado y las comunidades autónomas y entre las propias comunidades.

A partir de la cuarta prórroga, una vez controlado el pico de la pandemia, se incrementó progresivamente el papel de las autoridades autonómicas. Tras la quinta prórroga, con el inicio del plan de desescalada, los presidentes de las comunidades autónomas ejecutaron las medidas en virtud del principio de *cooperación*. En la sexta y última prórroga del *estado de alarma*, las *autoridades competentes delegadas* fueron los presidentes de las distintas comunidades autónomas. Excepción hecha de la libertad de circulación fuera del ámbito territorial de la propia comunidad autónoma, los presidentes autonómicos fueron los que tomaron las decisiones sobre la fase final de la *desescalada* y las medidas necesarias para el establecimiento de la «nueva normalidad».

Durante el desarrollo de la crisis, el Gobierno y sus ministros comparecieron semanalmente, una o más veces, ante el Pleno del Congreso de los Diputados y las comisiones parlamentarias correspondientes, y los medios de comunicación informaron ampliamente sobre las medidas profilácticas para hacer frente a la pandemia. Es cierto que todo acción de gobierno es perfectible, más aún cuando el Ejecutivo debió afrontar una crisis sanitaria que obligó a articular una práctica constitucional *creativa* en la que hubo algunas insuficiencias en los instrumentos de coordinación motivadas por determinadas carencias legales o por falta de voluntad política. La colaboración y cooperación del Estado y las comunidades autónomas, y de estas entre sí, fue insuficiente en lo que se refiere a la disposición y el intercambio de datos. La descoordinación en materia de compras y distribución de material sanitario no debiera volver a repetirse. En descargo de los actores políticos, debe decirse que la nave ha sido pilotada en condiciones meteorológicas extremadamente adversas.

En todo caso, y a la vista de todo lo expuesto, no puede afirmarse (salvo prueba jurídica en contrario) que el Gobierno vulnerara los principios de *proporcionalidad*, *provisionalidad* y *adecuación* de las medidas adoptadas, o que aprovechara las circunstancias para gobernar *en dictadura*, zafarse del control parlamentario y poner en marcha un proceso inconstitucional de recentralización de competencias y funciones. El Real Decreto 463/2020, seis veces prorrogado, proyectó una aplicación *posible* del *Derecho constitucional de excepción* vigente y en ocasiones ello produjo una afectación, por *desplazamiento temporal*, de las competencias autonómicas y locales.

Dado que el estado de alarma no altera el reparto de competencias, las eventuales *conurrencias* de las medidas estatales con otras disposiciones adoptadas por las auto-

ridades autonómicas o locales no se resuelve mediante un conflicto de competencias, sino por la regla de prevalencia establecida en el art. 149.3 CE. Por ello, no es sorprendente que una *medida* de la autoridad competente pueda desplazar una ley o decreto autonómico (STC 83/2016 y ATC 7/2012). El objetivo de combatir la emergencia, en cuanto *fin constitucional*, vincula a todos los poderes públicos, lo que significa que estos, sin excepción, pudieron seguir ejerciendo sus competencias ordinarias y contribuir a la lucha contra la pandemia, lo cual no fue obstáculo para que el Gobierno activara lo que Velasco Caballero ha denominado «[...] una competencia extraordinaria, latente y muy cualificada del Estado», que el autor denomina «el gobierno del país en situación de alarma», competencia no atribuida al Estado por el art. 149.1 CE que, no obstante, resplandece implícita como competencia *especial y extraordinaria* derivada del art. 116 CE³⁴.

NOTAS

1. García Pelayo (1984: 34 ss.).
2. De Vega (1985).
3. Schmitt (1983: 27).
4. De Vega (1985: 17).
5. *Vid.* Schmitt (1982: 333-334).
6. Para una exposición de conjunto, *vid.* Kelsen (52012).
7. Kelsen (2011: 249-300).
8. Para este y otros problemas conexos, *vid.* García de Enterría (1981: 50 ss.).
9. Kelsen (2011: 256 ss.).
10. *Vid.* Bryce (2015).
11. *Vid.* Lassalle (1982).
12. Hesse (1983: 61 ss.).
13. *Ibidem*: 74.
14. Jellinek (1991: 6).
15. Cruz Villalón (1984: 31).
16. Schmitt (1985).
17. *Vid.* Maquiavelo (2016).
18. *Vid.* Maquiavelo (2017).
19. *Vid.* Bodin (2006: esp. cap. VII, libro I).
20. Cit. en Schmitt (1985: 49).

21. Hobbes (2009: cap. 26).
22. *Vid.* Montesquieu (2007: esp. cap. VI, libro XI).
23. Cit. en Schmitt (1985: 154).
24. *Vid.* las líneas generales de su pensamiento político en Rousseau (2012).
25. Schmitt (1985).
26. *Ibidem*: 259 ss.
27. Sobre la cuestión, *vid.* el excelente estudio de Childers (2019).
28. Sánchez Agesta (1977: xvii).
29. Fernández Segado (1977).
30. *Vid.* Cano Bueso (1985: 81 ss.).
31. *Vid.* Schmitt (2009: 19).
32. Cruz Villalón (1984: 75 ss.).

33. En el momento de cerrar este trabajo, otras salas territoriales se han alineado con Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, confirmada por el ATC 40/2020, de la que se apartan las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, Navarra y Aragón. Esta última, fechada el 30 de abril de 2020, considera que, más allá de invocar de manera genérica la necesidad de combatir la pandemia, la Administración debe motivar en qué medida la participación de sesenta personas en vehículos individuales supone un riesgo objetivo y cierto de contagio y propagación de la enfermedad, deber que, a juicio de la Sala, no realiza la Administración. En consecuencia, estima el recurso de la entidad sindical. La Sentencia cuenta con un voto particular que considera la necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el *estado de alarma* en todo el territorio nacional.

34. Velasco Caballero (2020: 82).

BIBLIOGRAFÍA

- BODIN, Jean (2006): *Los seis libros de la República*, Madrid: Tecnos.
- BRYCE, James (2015): *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CANO BUESO, Juan (1985): *La política judicial del Régimen de Franco (1936-1945)*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1984): *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos.
- CHILDERS, Thomas (2019): *El tercer Reich. Una historia de la Alemania nazi*, Barcelona: Crítica.
- DE VEGA, Pedro (1985): *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid: Tecnos.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1977): *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Madrid: Edersa.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1984): *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid: Alianza Editorial.
- HOBBS, Thomas (2009): *Leviatán*, Madrid: Alianza Editorial.

- HESSE, Konrad (1983): «La fuerza normativa de la Constitución», en *Id.*, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- JELLINEK, George (1991): *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- KELSEN, Hans (2011): «La garantía jurisdiccional de la Constitución: La Justicia Constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 249-300.
- (2012): *Teoría General del Estado*, Ciudad de México: Ed. Coyoacán.
- LASSALLE, Ferdinand (1982): *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona: Ariel.
- MAQUIAVELO, Nicolás (2016): *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Madrid: Akal.
- (2017): *El Príncipe*, Barcelona: Espasa Calpe.
- SCHMITT, Carl (1982): *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial.
- (1983): *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos.
- (1985): *La dictadura*, Madrid: Alianza Editorial.
- (2009): *Teología política*, Madrid: Trotta.
- MONTESQUIEU (2007): *Del espíritu de las leyes*, Madrid: Tecnos.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (2012): *El contrato social*, Madrid: Taurus.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1977): «Prólogo» a F. Fernández Segado, *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*, Madrid: Edersa.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2020): «Estado de alarma y descentralización del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, marzo-abril.

Fecha recepción: 31 de julio 2020.

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.

¿UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO DEL MERCADO TRAS LA CRISIS? A NEW LEGAL PARADIGM OF THE MARKET AFTER THE CRISIS?

Ángel M. López y López

*Catedrático y profesor emérito de Derecho civil
Universidad de Sevilla*

RESUMEN

La crisis económica generada por la pandemia y la respuesta de los Estados y organizaciones supraestatales ha suscitado la apelación al papel activo del Estado con políticas calificadas como «no ortodoxas». Este trabajo pretende analizar su posible incidencia sobre la «Constitución económica» con la utilización del concepto de paradigma de Kuhn. A tal objeto, se estudia la regulación constitucional española y la de los Tratados de la Unión Europea y su Carta de Derechos Fundamentales. Ambas dibujan un mercado como ámbito de Derecho privado garantizado constitucionalmente y basado en la propiedad privada. Ello conduce a la conclusión de que no hay cambio de paradigma jurídico del mercado porque este solo se produce cuando un cambio social afecta a la propiedad privada y la garantía expropiatoria.

PALABRAS CLAVE

Constitución económica, concepto de paradigma de Kuhn, mercado, Constitución española, Tratados de la Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, propiedad privada, garantías expropiatorias, paradigma jurídico inalterado.

ABSTRACT

The economic crisis generated by the pandemic and the response of the States and supra-state organizations has led to the appeal to the active role of the State with policies described as «non-orthodox». The present work aims to analyze its possible impact on the «economic Constitution» with the use of the Kuhn paradigm concept. To this end, the Spanish constitutional regulation and the Treaties of the European Union and their Charter of Fundamental Rights are studied. Both draw a market as a field of constitutionally guaranteed private law, based on private property. This leads to the conclusion that there is no change in the legal paradigm of the market because it only occurs when a social change affects private property and the expropriation guarantee.

KEY WORDS

«Economic Constitution», Kuhn paradigm concept, market, Spanish Constitution Treaties of the European Union, Charter of Fundamental Rights of the EU, private property, expropriation guarantee, no change in the legal paradigm.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.014

¿UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO DEL MERCADO TRAS LA CRISIS?

Ángel M. López y López

Profesor emérito de Derecho civil
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. La crisis económica generada por la pandemia y la respuesta de los Estados y las organizaciones supraestatales. 2. Apelación al papel activo del Estado con políticas calificadas como «no ortodoxas». Su posible incidencia sobre la «Constitución económica». 3. Circunscripción del objeto de reflexión. 4. Las medidas adoptadas son, en principio, «exteriores» a la estructura del mercado. 5. La utilización del concepto de paradigma de Kuhn para el presente análisis. 6. El paradigma actual de la «Constitución económica». 6.1. Perfiles domésticos. 6.1.1. La arquitectura esencial del paradigma está constituida por los artículos 33, 38, 52 y 128 de la Constitución. 6.1.2. Papel central de la garantía expropiatoria. Inexistencia «estructural» del «justiprecio cero». 6.1.3. Las posibilidades del artículo 128 de la Constitución y su sometimiento a la garantía expropiatoria. 6.1.4. La existencia de una cierta «relación dialéctica» entre propiedad y libertad de empresa, con una relativa descompensación en favor de esta. 6.1.5. El sentido último del artículo 51 de la Constitución. La protección del consumidor como elemento racionalizador del mercado en el capitalismo maduro. 6.1.6. El concepto de mercado en la jurisprudencia constitucional como formulación del paradigma. 6.2. Perfiles europeos. 6.2.1. El paradigma del Derecho de la UE. Las razones de una concurrencia conflictiva entre el Derecho europeo por su origen y el Derecho español. La cuestión de las llamadas «tradiciones constitucionales comunes». 6.2.2. Referencias a los problemas de articulación sustantiva y jurisdiccional entre instituciones europeas y Estados miembros. 7. Constitución económica europea y Constitución económica española. 7.1. Esquemas similares, pero con predominio de la defensa de la competencia en el Derecho de la UE. 7.2. ¿El Derecho comunitario comporta mayor o menor grado de protección que el propio del Estado español? 7.3. La expropiación forzosa en la Carta y en los Tratados condiciona las posibilidades de intervención estructural en la economía. 8. Primera conclusión: las medidas adoptadas contra la crisis no suponen una quiebra *directa* del paradigma actual del mercado. 9. Interrogantes sobre posibilidades de quiebras *indirectas* derivadas de la política fiscal y financiera, nueva configuración de las relaciones laborales y los remedios al desequilibrio en los contratos. 10. La posible presencia de la mano pública en empresas recapitalizadas con dinero público. 11. La hipótesis más plausible y apuntada es que el Estado ha venido solo *pro tempore*. 12. Inalterabilidad del marco básico de las relaciones laborales. 13. Cambios en el Derecho privado. Cláusula *rebus sic stantibus. Favor debitoris*. Precios de tasa en el alquiler de viviendas. Inalterabilidad de la idea central de contrato. 14. El mercado no es un *locus naturalis*, sino ámbito de Derecho privado garantizado constitucionalmente, basado en la

propiedad privada como fuente de desigualdad. 15. Conclusión: no hay cambio de paradigma jurídico del mercado porque este solo se produce cuando un cambio social afecta a la propiedad privada y la garantía expropiatoria. Una atemorizada mirada a un devastado mundo. Notas. Bibliografía.

1. LA CRISIS ECONÓMICA GENERADA POR LA PANDEMIA Y LA RESPUESTA DE LOS ESTADOS Y LAS ORGANIZACIONES SUPRAESTATALES

La gran crisis económica generada por la pandemia, extendida a todos los países del mundo con diversas intensidades y dispares pronósticos de duración en función de los flujos económicos internos y externos de cada Estado, ha provocado una intensa —e inédita desde hace décadas— intervención estatal en la economía.

Esta intervención se está postulando y produciendo tanto en la esfera política de los Estados como en la de las organizaciones supraestatales, singularmente el Fondo Monetario Internacional (FMI)¹ (aumento de sus disponibilidades como prestatario), el Banco Central Europea (BCE) (compras masivas de deuda pública de los países miembros) y la propia Unión Europea (UE) (suspensión del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, reciente creación del Recovery Fund). En este último ámbito (y al margen de que la autonomía de las decisiones «domésticas» es ciertamente cuestionable, atendidas las repercusiones de los mercados financieros globalizados sobre la deuda pública estatal), no hay otros antecedentes inmediatos de la situación actual que los programas de reconstrucción puestos en marcha, sobre todo en Europa, tras la el fin de la Segunda Guerra Mundial (Plan Marshall), un contexto políticamente dominado por la bipolarización entre la economía de mercado («bloque capitalista») y la economía de planificación central («bloque socialista»).

Aunque las finalidades y la correspondiente implementación de aquellas medidas y otras de similar calado, si bien de menor alcance, respondían a las características propias de la época, el renovado protagonismo que actualmente han cobrado los poderes estatales (que, al fin y a la postre, serán los encargados de la ejecución no solo de las medidas propias, sino también de las que deriven de un soporte exterior) tiene un nexo común con los programas de reconstrucción la década de los cuarenta del siglo pasado: la devastación material provocada por un evento extraordinario y planetario (en un caso, la guerra; en otro, la pandemia), aunque soy bien consciente de que, desde luego, se trata de episodios no comparables.

2. APELACIÓN AL PAPEL ACTIVO DEL ESTADO CON POLÍTICAS CALIFICADAS COMO «NO ORTODOXAS». SU POSIBLE INCIDENCIA SOBRE LA «CONSTITUCIÓN ECONÓMICA»

La gravedad de la situación económica parece innegable. Ante la misma, debe ser subrayado que todas las autoridades y los prescriptores económicos (políticos o académicos)

han demandado de forma inmediata que el Estado asuma un papel activo en la regulación del mercado. Con independencia de que ello demuestra la insuficiencia del mercado para hacer frente por sí mismo a sus propias crisis, una evidencia de la que deberían tomar buena nota los fundamentalistas neoliberales, lo más sorprendente de todo es que se afirme que tanto la duración como el alcance de esa actuación estatal son imprevisibles y que el Estado debe desempeñar ese cometido, aunque su intervención sea instrumentada a través de políticas «no ortodoxas» y medidas alternativas que, en lugar de priorizar la consolidación fiscal, propicien el incremento del gasto (especialmente, en sanidad), no su reducción, y contribuyan a mantener la actividad económica². Tales criterios vienen a coincidir, con algún matiz, con los que esbozó para nuestro país el Banco de España³. Ahora bien, si se admite como premisa que existe tal ortodoxia (cimentada en posiciones políticas conocidísimas y muy discutibles, cuestión que no será analizada aquí), la ruptura de la misma se concibe como una excepción temporalmente acotada. No obstante, la recomendación procede de una instancia que privilegia habitualmente el «pensamiento único» en materia económica. Por ello, el dato no es de ninguna manera baladí y, finalmente, puede resultar significativo para el análisis jurídico.

3. CIRCUNSCRIPCIÓN DEL OBJETO DE REFLEXIÓN

Conviene acotar el objeto de la presente reflexión para que sea fiel al título que la encabeza. Nuestro propósito es elucidar si, tras los cambios jurídicos propiciados por la crisis sanitaria y económica, la llamada «Constitución económica», tal como la hemos conocido hasta ahora, ha sufrido o sufrirá alteraciones en su arquitectura esencial. Este análisis no puede ser entendido con la sola referencia al Derecho español: también requiere tomar en consideración el Derecho comunitario y las exigencias de la globalización tanto desde un punto de vista fáctico como jurídico.

4. LAS MEDIDAS ADOPTADAS SON, EN PRINCIPIO, «EXTERIORES» A LA ESTRUCTURA DEL MERCADO

El examen de la batería de medidas adoptadas hasta el momento muestra que se mueven en los ámbitos de la política fiscal y monetaria: la garantía estatal del abono de las rentas salariales en los casos de crisis empresariales (que, en una segunda derivada, también son flujos de financiación para las empresas, dado que reducen los gastos de mantenimiento de su estructura productiva), el reconocimiento del derecho a la percepción de ingresos mínimos vitales a los que se encuentran en situaciones de pobreza severa (que, en segunda derivada, también influirán de alguna manera sobre la demanda de consumo), las «ayudas de Estado» directas a las empresas en forma de subvenciones, exenciones y moratorias fiscales, previsible (y, se diría, casi inevitable) reestructuración del sistema tributario para tratar de lograr una casi imposible armonización entre el

necesario incremento de la recaudación para sufragar el aluvión de gasto público, la evitación del desincentivo de la actividad económica y el aumento del gasto sanitario buscando la consolidación fiscal a largo plazo (desde luego, como ya se ha dicho, no a costa de reducirlo).

Es difícil reducir la anterior enumeración (que no puede ser exhaustiva porque ha sido confeccionada con los datos de la crónica reciente) a un patrón unitario ni en términos conceptuales ni territoriales. Solo cabe agrupar genéricamente las medidas por su adscripción al ámbito de la política fiscal y financiera o, si se quiere utilizar una terminología ya no muy en uso, pero que creo muy expresiva, al campo de las medidas de hacienda pública. Desde esta perspectiva, a primera vista las medidas adoptadas no parecen cuestionar la arquitectura institucional del mercado antes delimitada; es más, parece que pretenden salvaguardarla: son, de alguna manera, «exteriores» a ella. La simple enunciación de este aserto es insatisfactoria y aun superficial. Es necesario profundizar en él, pues quedan en el aire muchas preguntas sin responder.

5. LA UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO DE PARADIGMA DE KUHN PARA EL PRESENTE ANÁLISIS

Creemos que puede ser útil a nuestro propósito la utilización del concepto de paradigma elaborado por Kuhn para ilustrar los procesos de cambio en las ciencias naturales⁴, noción cuya aplicación a las ciencias jurídicas se ha propuesto recientemente⁵. No desconocemos que esta operación tiene sus límites y que debe realizarse con mucha cautela porque nos situamos en un ámbito ajeno a las llamadas «ciencias duras». Según el pensamiento de Kuhn, el estado de los conocimientos en las ciencias físicas y biológicas se produce no por su dimensión social, sino por la mera acumulación, más o menos ordenada o sistematizada, de datos empíricos contrastados que configura la llamada «ciencia normal» y que goza del consenso de la comunidad científica, consenso que se articula precisamente en un paradigma epistemológico, metodológico y explicativo. La revolución científica se produce cuando fallan los fundamentos de aquellos conocimientos y son sustituidos por nuevas evidencias que abocan a la elaboración de un nuevo paradigma. Extrapolado al campo del Derecho, el razonamiento sería el siguiente: las instituciones jurídicas de una determinada época y lugar son el producto de avatares históricos. A pesar de que su naturaleza es contingente, dado que está determinada por la contingencia de la política, alcanzan un grado de estabilidad temporalmente significativo y pueden ser explicadas a través de un paradigma reconocido como tal por la comunidad jurídica. El cambio de paradigma se produce, pues, cuando determinados cambios alteran los fundamentos de aquellas instituciones y, en consecuencia, generan un nuevo entendimiento o una nueva formulación del viejo paradigma que lo torna obsoleto.

6. EL PARADIGMA ACTUAL DE LA «CONSTITUCIÓN ECONÓMICA»

6.1. PERFILES DOMÉSTICOS

6.1.1. La arquitectura esencial del paradigma está constituida por los artículos 33, 38, 52 y 128 de la Constitución

La arquitectura esencial del paradigma está constituida por los artículos 33, 38, 52 y 128 de la Constitución española, de los que se predica un juego conjunto no siempre fácil de armonizar en su concreta aplicación, dado su diverso «aliento histórico» (los debates constituyentes así lo demuestran), reflejado en su diversa ubicación sistemática, su diferente valoración y su desigual nivel de protección⁶. Con respecto a esa arquitectura esencial, existen perspectivas heterogéneas relativas, sobre todo, a la comprensión de los límites de los ámbitos de los poderes de los particulares, diversidad que se manifiesta en las variadas concepciones de los juicios de proporcionalidad, razonabilidad y adecuación de aquellos para que no dejen de ser «límites» (admisibles como estatuto «normal» en cuanto respetan el «contenido esencial», es decir, como «intervenciones delimitadoras») y se conviertan en «limitaciones» (más allá de dicha «normalidad», sin respeto al contenido esencial se transforman «intervenciones ablatorias o mutiladoras»). Aunque esas distintas perspectivas pueden propiciar soluciones diferentes en un caso concreto, y la vida del Derecho está en el caso, no cabe la menor duda de que el esquema es común a todas ellas.

6.1.2. Papel central de la garantía expropiatoria. Inexistencia «estructural» del «justiprecio cero»

También parece estar consolidada la idea de que, si la intervención de los poderes públicos excede el ámbito de la delimitación y llega a la ablación tanto material como formalmente, entrará en juego la garantía de la expropiación forzosa, y esta siempre exige un justiprecio, se configure como se configure⁷. A mi modo de ver, es así, y no en principio: como regla general, no es constitucionalmente legítima una expropiación sin indemnización ni supone, en puridad, una excepción al principio la posibilidad cierta y consagrada por la jurisprudencia⁸ de un «justiprecio cero». Aquí es necesario precisar que, conceptualmente, el principio según el cual la figura de la institución no puede dejar de comprender la existencia del justiprecio y la posibilidad de que este sea cero son dos cosas distintas; estamos hablando de un justiprecio siempre existente en abstracto y *a priori* que, a la hora de la valoración, puede carecer de interés resarcible.

6.1.3. Las posibilidades del artículo 128 de la Constitución y su sometimiento a la garantía expropiatoria

Asimismo, la interpretación del artículo 128 que concita mayor consenso es aquella según la cual, a pesar de que la iniciativa pública en la economía no sea subsidiaria, en el caso de que incida en la actividad de los particulares debe respetar los ámbitos garantizados a la iniciativa privada plasmados en el binomio propiedad privada/libertad de empresa, lo

que en última instancia reenvía de nuevo a la garantía expropiatoria. Hay que poner de manifiesto ahora la protección a la libertad de empresa. Sin perjuicio de que en el apartado siguiente se volverá sobre el tema, parece que la protección que el Derecho comunitario dispensa a la libertad de empresa es más intensa, al menos en algunos aspectos, que la que le brinda el Derecho español⁹.

6.1.4. La existencia de una cierta «relación dialéctica» entre propiedad y libertad de empresa, con una relativa descompensación en favor de esta

Los elementos clave del paradigma son, pues, la propiedad privada y la libertad de empresa, tanto desde el punto de vista de la «Constitución material»¹⁰ como por su nivel de protección en nuestra norma fundamental (que se traduce en su consideración como garantías institucionales). Dado que se supone que han de convivir armónicamente, no es ocioso poner de relieve que entre ambas garantías existe una relación dialéctica. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, aun sin perder su carácter fundante, en la evolución del capitalismo maduro la figura de la propiedad privada ha visto reducido su peso en relación con la figura de la empresa. Se trata de una tendencia lógica, pues un capitalismo dinámico tiende a favorecer a la burguesía emprendedora frente a la burguesía meramente poseedora. Hay varios epifenómenos de esta evolución: la resistencia a configurar jurídicamente la empresa como objeto de titularidad única y la consiguiente prevalencia de las llamadas tesis «atomísticas» para evitar que se hable de la propiedad de la empresa, dado que ello conduciría a permitir la posibilidad de que se le aplicara la doctrina de la función social; la negación de la «funcionalización de la empresa»¹¹; el confinamiento, en la práctica, de la aplicación de las técnicas de la función social a la propiedad inmueble, técnicas, por otro lado, cada vez más desvirtuadas en relación con su formulación inicial; la consecuente inaplicación a las nuevas formas de propiedad, mueble e intelectual, profundamente asociadas a la empresa; y la disociación entre propiedad y control de la riqueza. Todo esto es suficientemente conocido en sus contornos generales, pero lo expongo con el fin de ilustrar que la relación dialéctica entre las dos garantías institucionales esta descompensada en favor de la libertad de empresa; el núcleo duro de la de la propiedad privada radica en la garantía expropiatoria, pero de ella se benefician también las limitaciones o supresión de la iniciativa económica privada, considerada, a estos efectos, una suerte de ámbito económico privado; ese es el preciso sentido de la expresión «propiedad» en el artículo 33 de la Constitución¹².

6.1.5. El sentido último del artículo 51 de la Constitución. La protección del consumidor como elemento racionalizador del mercado en el capitalismo maduro

En este sumario repaso he dejado para el final el artículo 51 de la Constitución, cuya fuerza normativa es, aparentemente, menor, dada su ubicación en los Principios rectores de la política social y económica del Capítulo III. No obstante, su aplicación ha propiciado modificaciones esenciales del contrato cuando una de las partes es un consumidor a fin de

lograr un equilibrio entre este (la parte más débil) y su contraparte, función «tuitiva» que es ajena a la visión clásica del contrato tal como lo concibió el Derecho civil de la codificación liberal. Esta visión resulta tan cuestionada que ha llegado a afirmarse que asistimos a una dualidad de regulaciones: por un lado, la de los contratos celebrados por quienes son considerados jurídicamente consumidores y, por otro, la de quienes no ostenten esa condición, dualidad que permanecería en los surcos clásicos civiles o mercantiles (allí donde puede apreciarse la virtualidad de esta distinción). No comparto la idea de esa dualidad, pero lo cierto es que la fuerza expansiva del artículo 51 ha resultado tan amplia que, desde el punto de vista de la efectividad real, bordea e incluso supera a la que es propia de una garantía institucional. Como veremos, en este resultado ha sido seguramente decisiva la influencia del Derecho derivado comunitario, normalmente las directivas que han sido objeto de transposición a nuestro ordenamiento. También es cierto que esta alteración profunda no solo del contenido, sino también de la estructura y eficacia del contrato «clásico» (piénsese en el desistimiento unilateral, en las excepciones a la relatividad a través de las acciones de «clase» o «categoría», o en el concurso de responsabilidad contractual y extracontractual), podría llevarnos a pensar que el desarrollo del principio de protección de los consumidores constituye, paradójicamente (porque es el de más endeble eficacia), una verdadera ruptura, aunque sea parcial, del paradigma de la «Constitución económica». Creo que, por múltiples razones, esto no puede aceptarse. La primera es de orden constitucional: si el artículo 51 habla de intereses legítimos como objeto de la protección, no puede referirse a una legitimidad genérica (es obvio que ningún interés ilegítimo goza de tutela jurídica), sino a la necesidad de que la tutela del consumidor tenga en cuenta que los intereses en juego no son exclusivamente los del consumidor, sino también los de las otras partes que intervienen en el mercado, lo que supone el respeto al ámbito constitucionalmente garantizado de la propiedad y la libertad; la finalidad de la tutela del consumidor es conseguir «un cierto reequilibrio del mercado», pero no puede poner en cuestión el sistema que lo consagra¹³.

En última instancia, y frente al fundamentalismo *consumerista*, es comúnmente admitido que los derechos de los consumidores no solo cumplen la función de proteger al contratante débil¹⁴, sino también otra: hacer más eficiente la producción, sobre todo porque en la lógica del capitalismo maduro los derechos del consumidor están estrechamente relacionados con la defensa de la competencia entre empresas¹⁵. La competencia es un elemento clave precisamente para que el funcionamiento del mercado sea correcto y redunde en la optimización del bienestar social. Por lo demás, no hay que olvidar que, incluso en el actual orden de las relaciones sociales de producción, la idea de óptimo puede ser entendida de modos muy diversos, si bien resulta posible clasificarla en dos polos: el «óptimo de Pareto» y el «óptimo de Kaldor-Hicks»¹⁶.

La dualidad de funciones de los derechos de los consumidores no debe, sin embargo, eclipsar la esencial contradicción entre las posiciones jurídicas del consumidor (para el que la mercancía se aprecia por su valor de uso) y del productor (para el que se aprecia por su valor de cambio). Inevitablemente, esta contradicción genera conflictos de intereses que se saldan, precisamente, con las normas de transacción entre los que conciben los derechos del consumidor como mecanismos compensatorios de la desigualdad en el mercado

y aquellos que los caracterizan como dispositivos complementarios del mercado¹⁷. Esta transacción es típica del Estado social. Y es que, como siempre sucede, desde el punto de vista jurídico el Estado social es más potente en la atribución de potestades públicas que en la creación de instrumentos jurídico-privados: estos son siempre débiles en esa forma de Estado también débil, como he mostrado en otro lugar¹⁸.

6.1.6. El concepto de mercado en la jurisprudencia constitucional como formulación del paradigma

Tras las anteriores afirmaciones (que no dejan de ser más que un recorrido sumario en una galaxia de densos problemas), cabe apuntar que, de acuerdo con los términos actuales del Derecho positivo, la defensa de los consumidores y el Derecho de la competencia son, según nuestra jurisprudencia constitucional, los pilares sobre los que se asienta el concepto jurídico de mercado¹⁹. Aun contando con la posibilidad de que el Estado social imponga limitaciones, el concepto jurídico de mercado presupone tanto la garantía constitucional de la propiedad privada como la de la libertad de empresa. Es este el núcleo sobre el que debemos trabajar para saber si se ha producido, o está en vías de producirse, un cambio en el paradigma que representa.

6.2. PERFILES EUROPEOS. EL PARADIGMA DEL DERECHO DE LA UNIÓN

6.2.1. El paradigma del Derecho de la UE. Las razones de una concurrencia conflictiva entre el Derecho europeo por su origen y el Derecho español. La cuestión de las llamadas «tradiciones constitucionales comunes»

Tal como lo dibujan los Tratados constitutivos y la Carta de los Derechos Fundamentales, también el Derecho de la UE está construido sobre tres pilares esenciales: las garantías de la libertad de empresa, la propiedad privada y la protección de los consumidores. Así lo disponen artículos 16, 17 y 38, respectivamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales, preceptos que hay que poner en conexión correlativa con los arts. 3.3 TUE y 49-62 y 119 TFUE (libertad de empresa), 6 TUE y 101-106 (propiedad privada) y 169 del TFUE (protección de los consumidores). La exposición pormenorizada y prolija de la «Constitución económica europea» excede los propósitos de este trabajo. Aquí bastará exponer unos trazos generales y dar cuenta de los problemas que suscita la concurrencia del Derecho europeo y nuestro Derecho interno. Parto de la premisa, para mí indubitada, de que, aun afirmado el principio de supremacía del Derecho Comunitario, tal concurrencia no deja de plantear cuestiones de gran calado debido a la complejidad derivada de: *i*) las remisiones del propio Derecho Comunitario al Derecho interno de los Estados miembros; *ii*) las relaciones entre el TJUE y los órdenes jurisdiccionales «domésticos» (especialmente, pero no solo, los tribunales constitucionales nacionales); *iii*) la falta de claridad sobre el alcance vinculante de la Carta, sobre todo por su problemática relación con los propios Tratados constitutivos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950²⁰; *iv*) la ausencia de

un catálogo (unitario y no disperso entre la Carta y los Tratados) de las categorías de los derechos fundamentales, las garantías y los principios, es decir, la falta de un elenco de derechos delimitado con rigor técnico en el que se especifique su nivel de protección²¹; 2) la necesidad de valorar en sus justos términos la presunción de que la armonía entre Derecho de la Unión y Derecho de los Estados miembros sería, en determinados supuestos, automática; si bien la expresión «fondo constitucional común» no deja de ser, a grandes rasgos, plausible, cuando se recurre a ella no pueden obviarse las diferencias entre las normas constitucionales de los Estados miembros (por ejemplo, las que existen entre la Constitución alemana de 1949 y la Constitución francesa de 1958, textos aprobados en distintas circunstancias históricas, de diferente aliento político y que presentan una desigual estructura técnica en lo que respecta a los derechos, sus garantías y su eficacia en el marco de su Derecho interno; nótese que estamos hablando de Estados fundadores, y hegemónicos en el diseño pretérito, presente y, posiblemente, futuro, de la Unión), así como la tentación de que cada Estado se defina como territorio constitucionalmente intangible, operación que, a fin de cuentas, siempre supone un perjuicio para la supremacía del Derecho comunitario. Lo cierto es que, más que para aceptar sin problemas la supremacía de Derecho de la Unión, la apelación a la pertenencia a las «tradiciones constitucionales comunes», que nadie niega como principio, se utiliza para afirmar que el Derecho de la UE excede lo que permite la «comunidad» de dichas «tradiciones».

6.2.2. Referencias a los problemas de articulación sustantiva y jurisdiccional entre instituciones europeas y Estados miembros

El panorama final es abigarrado y, en ocasiones, difícil de armonizar debido a la concurrencia de regulaciones sustantivas de distinto aliento y momento (Tratados, Carta, Convenio, constituciones y tribunales estatales), así como a la existencia de órganos jurisdiccionales cuyas relaciones recíprocas son difíciles tanto por los mecanismos procesales existentes (cuestión de constitucionalidad, cuestión prejudicial²²), dispositivos complejos y de difícil relación entre ellos mismos en los ámbitos domésticos, como por el ejercicio de un «patriotismo jurisdiccional» en muchas ocasiones mal entendido.

7. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA²³

7.1. ESQUEMAS SIMILARES, PERO CON PREDOMINIO DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL DERECHO DE LA UE

La articulación general de la Constitución económica europea presenta un esquema similar al de la Constitución económica española. Hay, sin embargo, una diferencia que deriva del propio origen de la construcción europea como un mercado común, diferencia que no está explicitada en la letra de los Tratados ni de la Carta, y es el papel central de la

libertad de empresa, concebida en su núcleo duro como protección frente a los poderes públicos y, al mismo tiempo, como defensa de la competencia. En torno a ella, y como instrumentos preordenados a su realización, giran tanto la propiedad como la protección de los consumidores. En efecto, es singular que el mecanismo de la libertad de empresa, que supone liberación de deberes de la propiedad en el Derecho interno, constituya una fuente de limitaciones de la misma en el Derecho de la Unión, desde el momento en que se privilegia el objetivo del mercado único en desmedro de cualquier otro tipo de protección y alcanza virtualidades expansivas en las que, bien a través del mecanismo de defensa de la competencia, bien a través del de la protección de los consumidores y usuarios, podría llegarse al absoluto desvanecimiento del derecho de propiedad, sin comportar actuaciones expropiatorias materialmente indemnizables. Esta situación deriva del papel predominante de la Unión en el Derecho de la competencia y del hecho de que, a pesar de que la protección de los consumidores no se considera un derecho, sino un principio (no debemos, sin embargo, olvidar la evanescencia de semejante distinción en los Tratados y en la Carta), las necesidades de la armonización del mercado, cuyo vehículo han sido las directivas, ha conducido a la adopción de regulaciones contractuales muy alejadas del esquema clásico de las mismas.

7.2. ¿EL DERECHO COMUNITARIO COMPORTA MAYOR O MENOR GRADO DE PROTECCIÓN QUE EL PROPIO DEL ESTADO ESPAÑOL?

A partir de estas premisas, resulta ya posible abordar la cuestión más importante de este trabajo, a saber, si el sistema económico delineado por el Derecho comunitario comporta un mayor o menor grado de protección que el de los Estados miembros. Como es sabido, en el pasado este problema ha permitido rechazar la aplicación del Derecho de la Unión debido a que la tutela que brindaba a los ciudadanos era más atenuada, tesis poco fundada en determinadas ocasiones (al respecto, son arquetípicos los casos *Solange*, del *BundesVerfassungsgericht*, y *Frontini*, de la *Corte Costituzionale*). En el fondo, aquel rechazo tenía el deliberado propósito de reafirmar el Derecho propio del Estado y la preeminencia de su jurisdicción. Como el calado de la cuestión es enorme, me limitaré a analizar el punto en el que resulta más evidente la extensión de aquel grado de protección, que es el de la garantía expropiatoria. Formulada para la propiedad, no cabe la menor duda de que se aplica también a las restricciones y eventuales supresiones (nacionalizaciones, reservas al sector público) de la libertad de empresa.

7.3. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN LA CARTA Y EN LOS TRATADOS CONDICIONA LAS POSIBILIDADES DE INTERVENCIÓN ESTRUCTURAL EN LA ECONOMÍA

Siguiendo la tradición de las formulaciones constitucionales de la propiedad iniciada en la época liberal, el artículo 17, inciso primero, de la Carta plasma en términos absolutamente clásicos los elementos de la garantía expropiatoria, señala su fundamento (la utilidad pública), alude a la necesaria concreción de las causas de expropiación y establece

la necesidad de su previsión en la ley y la obligación del poder expropiatorio de pagar una justa indemnización por la pérdida del derecho. Si se contrasta esta formulación con el Derecho español, se detecta una mayor proximidad del Derecho europeo a las tesis liberales, lo que es un lugar común. No obstante, nuestra doctrina la rehúye a hurtadillas y olvida que la potestad expropiatoria del Estado liberal era muy poderosa, aunque se ciñera a sus limitados fines²⁴.

En el artículo 17 de la Carta hay una mención a la utilidad pública. Como es sabido, la historia de la garantía expropiatoria²⁵ ha evolucionado desde su primitiva fundamentación en la necesidad pública hasta la justificación basada en el interés social, pasando por el trámite intermedio de la utilidad pública. Conceptualmente, los tres fundamentos de la garantía son distintos; el primero hace referencia a una situación de necesidad para alcanzar estándares mínimos en la satisfacción de necesidades (también mínimas) de los ciudadanos, mientras que el tercero nace para satisfacer impulsos socializadores. La utilidad pública sería un estadio intermedio en el que la expropiación forzosa no solo se utiliza para satisfacer necesidades mínimas, aunque no autoriza sin más la transferencia de bienes privados al sector público con el único o principal fin de que este desarrolle políticas sociales compensatorias y adopte medidas de intervención en los mercados para favorecer un equitativo reparto de la renta. En efecto, no es lo mismo privar de la propiedad para hacer frente a una necesidad inmediata de salud pública (cuestión tristemente actual) que para dotarse de una infraestructura que facilite el intercambio económico o para hacer reformas estructurales que impliquen nacionalizaciones o reservas al sector público. A nuestro modo ver, y aunque en principio la utilidad pública a la que se refiere el artículo aquí comentado puede englobar los tres conceptos (y la adopción de uno u otro, o de los tres, como eje (s) de la disciplina doméstica de un Estado miembro quedaría plenamente cubierta por la reserva del artículo 295 del Tratado), el Derecho de la Unión impone severas limitaciones a tal posibilidad, aunque no la niegue en absoluto. La cuestión podría resultar importante en el caso de que algún Estado optara por la nacionalización de un entero de sector productivo. Partiendo de la inserción del derecho de propiedad dentro de la «Constitución económica europea» y de su papel ancilar en relación con la libertad de empresa, creo que, en una interpretación conjunta de la congruencia de las cláusulas de aquella, el estándar europeo de protección de los derechos de los particulares es superior al de nuestra Constitución y, si no ilegítima, haría muy difícil tal operación. Aunque, de todos modos, dependería del modo en que el Estado miembro ejercitara sus poderes, puede concluirse que, si bien la Constitución deja un amplio margen de configuración política al legislador democrático en la aplicación del artículo 128.2 como decisión política del Estado miembro, los límites derivados del Derecho comunitario son mucho más intensos, ya que la reserva supone el establecimiento de derechos especiales o exclusivos y que, conforme a la jurisprudencia comunitaria, estos están prohibidos si se dan las siguientes circunstancias: *i*) que se proyecten sobre actividades económicas (y no sobre funciones públicas o sobre servicios públicos de carácter social o asistencial); *ii*) que la reserva restrinja las libertades de circulación o implique necesariamente la explotación abusiva de una posición de dominio; y *iii*) que la reserva no sea necesaria y proporcionada para garantizar el cumplimiento de una misión de interés general que tuviera encomendada su titular (art. 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). En definitiva, el conjunto de opciones de política económica que el art. 128.2 CE deja abiertas al juego del principio

de pluralismo político es sensiblemente mayor que el margen de actuación permitido por el Derecho de la Unión Europea. En este contexto, cualquier medida que privara del derecho de propiedad sin la correspondiente indemnización colisionaría claramente con el Derecho de la Unión. Queda, en este sentido, aclarada cualquier duda sobre si la Constitución española admite nacionalizaciones o reservas al sector público de este tipo.

8. PRIMERA CONCLUSIÓN: LAS MEDIDAS ADOPTADAS CONTRA LA CRISIS NO SUPONEN UNA QUIEBRA DIRECTA DEL PARADIGMA ACTUAL DEL MERCADO

Sentado que, desde el ángulo de la Constitución económica, las respuestas directas a la crisis no suponen ninguna quiebra *directa* de su paradigma tradicional en Europa, puesto que sigue portando el sello de su origen liberal, habida cuenta de la intensidad con la que garantiza los poderes de los particulares, es necesario dilucidar si, aun manteniendo, como creemos, la estructura esencial de aquel paradigma (forjado de manera robusta por el Estado liberal y, sucesivamente, de un modo más débil por el Estado social²⁶), las medidas de respuesta a la crisis que ha generado la pandemia no acaban afectando indirectamente a dicha estructura.

9. INTERROGANTES SOBRE POSIBILIDADES DE QUIEBRAS INDIRECTAS DERIVADAS DE LA POLÍTICA FISCAL Y FINANCIERA, NUEVA CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES Y LOS REMEDIOS AL DESEQUILIBRIO EN LOS CONTRATOS

En efecto, si la «Constitución económica» representa esencialmente el balance entre los poderes del Estado y los poderes de los particulares en las relaciones sociales de producción que finaliza en una delimitación entre «público» y «privado» en el tráfico económico, ¿puede mantenerse dicha delimitación en los confines actuales? Con una política fiscal del Estado tan diferente, tan acaparadora de recursos, cuya doble finalidad es mantener la estructura productiva y proteger a los ciudadanos más vulnerables, ¿puede seguir intacto el modelo?

¿La posible intervención de la «mano pública» en la gestión de ámbitos económicos hasta ahora reservados en exclusiva a los particulares no traerá consigo mutaciones sustanciales en el Derecho de la empresa, así como múltiples implicaciones en otros sectores del ordenamiento, desde el Derecho concursal al Derecho de la competencia?

¿Los inevitables cambios en la regulación del trabajo subordinado (sea cual fuere su orientación) no propiciarán, e incluso anticiparán, modificaciones en el Derecho patrimonial privado, tal y como lo han hecho en su ya más que centenaria historia?

Pero hay más. Ya en el marco de la lógica del Derecho privado, ¿la necesidad de garantizar bienes vitales (alimentos, vivienda) no generará redefiniciones de la función social de la propiedad? ¿Cómo afectarán las nuevas realidades económicas al principio *pacta sunt servanda* (tema, por otra parte, discutido desde hace mucho tiempo y bajo perspectivas muy distintas)? ¿La pervivencia del propio sistema no producirá como estrategia de salida de la crisis (en la que el endeudamiento de las familias y las pequeñas empresas convive morbosamente con el endeudamiento público, retroalimentándose en un círculo para nada virtuoso) una nueva doctrina del *favor debitoris* que eventualmente incluya una quita universal? Son demasiadas preguntas que, aunque pertenecen a campos muy diversos, están interconectadas en virtud de la unidad de la realidad jurídica. Nos movemos en un escenario de nuevas realidades jurídicas marcado no solo por la provisionalidad (incluso ello es dudoso, al menos en primera instancia) y la indagación de líneas de tendencia y posibles soluciones, sino también por el peligro de que esta tarea se convierta en un aventurado y poco riguroso ejercicio adivinatorio. En este contexto, no cabe sino llamar a la cautela y convenir que las conclusiones de este quehacer resultarán, en no poca medida, hipotéticas. Aun así, la formulación de perspectivas en forma de hipótesis plausibles no solo es legítimo, sino también útil desde el punto de vista científico.

10. LA POSIBLE PRESENCIA DE LA MANO PÚBLICA EN EMPRESAS RECAPITALIZADAS CON DINERO PÚBLICO

Como ya se ha dicho, la previsión de la intervención de la «mano pública» no está revestida, salvo excepciones muy puntuales, de cobertura jurídica para implementar una política de nacionalizaciones. Aun suponiendo que tal cobertura existiera, semejante política resultará inasumible por el coste que las indemnizaciones pueden suponer para unos Estados que ya tienen graves problemas de consolidación fiscal. Mayores posibilidades tendría la intervención temporal de empresas; ahora bien, incluso si las circunstancias fueran de justiprecio cero (como fue el caso de RUMASA), habría importantes «costes de transacción», en la terminología tradicional del análisis económico del Derecho, y tampoco se sabe si serían fiscalmente asumibles. Desde luego, la nota de temporalidad ínsita de forma estructural en la medida implica *eo ipso* que en ningún caso supondría un cambio de paradigma. En cambio, sí puede afectar decisivamente al reequilibrio entre los sectores «público» y «privado» la toma de posiciones en el capital de empresas privadas, recapitalizadas con dinero público a través de la compra de sus acciones, con la consiguiente participación en sus órganos de gobierno (se hace necesario recordar que este mecanismo no es desconocido, incluso en países de acusada tradición liberal como el Reino Unido: ahí está la intervención de la Exchequer's Office en el Royal Bank of Scotland, y con un gobierno conservador). Esta toma de posiciones puede añadir a la gobernanza de la empresa participada *inputs* no concordantes con el lucro particular, y resucita de alguna manera la problemática del Estado empresario, aunque sea bajo veste jurídico-privada. Precisamente por esto, el paradigma tampoco cambia, al menos en

principio, pero (y no es poco importante) desde una concepción absolutamente formal de lo jurídico. La realidad es que, finalmente, y por más que en virtud del principio de neutralidad de la acción del Estado en este terreno (y, si se me apura, de todas las reglas del Derecho de la competencia, las empresas participadas no tengan un estatus especial), una importante presencia empresarial del Estado (siempre que esta sea significativa, en términos de «paquete de control») no deja de alterar la dinámica de un mercado fuertemente privatizado como el español. Es claro que la consecución de objetivos más allá del lucro partible entre privados no solo altera los mecanismos de decisión y elección económica de la empresa con gobernanza pública (aunque esta sea parcial), sino también los de sectores enteros. Pero para que sea posible hablar de un cambio de paradigma la presencia del Estado debería ser proyectada a largo plazo y en sectores estratégicos. Si así fuera, se produciría un cambio de rumbo notorio. En efecto, de acuerdo con la evolución que ha experimentado el Derecho de la economía en las últimas décadas, el papel de la «mano pública» directa ha ido declinando en favor de la privatización incluso en sectores que merecen sin duda el calificativo de estratégicos²⁷, y el acento se ha ido poniendo más en la regulación de los mismos, incluso incidiendo potentemente en el Derecho privado mediante la predeterminación precios y condiciones, e incluso el establecimiento de la contratación forzosa no solo para los consumidores, sino también entre empresas no precisamente clasificables como «contratantes débiles»: es el supuesto del alquiler de infraestructuras sufragadas por una de ellas en favor de otras en nombre de la defensa de la competencia (por ejemplo, el caso de Telefónica tras su privatización, alquiler forzoso y de precio tasado por el regulador público, y no solo para las redes de cobre antes públicas, sino también para las de fibra posteriores, sufragadas por la compañía una vez privatizada).

11.LA HIPÓTESIS MÁS PLAUSIBLE Y APUNTADA ES QUE EL ESTADO HA VENIDO SOLO *PRO TEMPORE*

A la vista de lo expuesto, para responder a la pregunta sobre si la presencia de la «mano pública» es efectiva, aunque sea con ropaje jurídico privado, es preciso tomar como punto de partida que el actual Derecho regulatorio subsistirá sin cambios, que no se modificarán las estructuras y potestades de las denominadas «autoridades independientes», dejando al margen cuán real es su independencia y hasta dónde llega o debe llegar su papel, y sin entrar en la cuestión de su legitimación política²⁸. A mi modo de ver, la contestación es obvia: si la condicional resulta cierta, es evidente que el papel del Derecho regulatorio y el de las correlativas autoridades «independientes» no podrá ser el mismo por la sencilla razón de que las empresas participadas introducirán entre sus objetivos la consecución de fines públicos o sociales, circunstancia inevitable porque, que de no ser así, poco sentido tendría su presencia en la empresa, y esa consecución chocará inevitablemente con la defensa de la competencia como valor esencial del mercado. ¿Es esto posible jurídicamente? Afirmada como parte del paradigma del mercado la defensa de la competencia, ¿no se considerarán

algunas actuaciones como «medidas equivalentes» a restricciones del libre mercado? La verdad es que este problema no ha sido ignorado por el Derecho de la Unión²⁹, que ha establecido toda una batería de condicionantes de la validez de las «ayudas de Estado» (artículos 107, 108, y 109 TFUE), reguladas como una posibilidad limitada, restrictiva y orientada fundamentalmente a preservar la defensa de la competencia, una regulación que, de nuevo, afirma su predominio como principio en la Constitución económica europea. Aunque en las circunstancias actuales pudiera permitiera temporalmente una aplicación laxa de las reglas limitativas de las ayudas de Estado, no parece que el sistema económico de la UE, tal como lo describen los Tratados, pueda admitir en el largo plazo la existencia de un sector determinante de «mano pública» dentro del mismo. Es más, una vez reactivados los mecanismos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, es posible (diría que altamente probable) que sus exigencias conduzcan directa o indirectamente a que el Estado tenga que deshacerse de sus paquetes accionariales³⁰ en aras de la consolidación fiscal, objetivo que hoy en día se considera únicamente aplazado; en España, esta situación tiene un cierto aire de *déjà vu*, respecto a lo que sucedió para que pudiera adoptar la moneda única. No parece poco plausible la conclusión de que, en un plazo más corto que largo, un eventual desequilibrio en la actual relación entre el sector público y el privado en la economía provocará el retorno a fórmulas similares a la del presente, con algún posible cambio no esencial. Las derivada, también plausible, de esta conclusión general es que el papel del Estado, descrito desde hace décadas como un trayecto hacia la intervención directa en la economía y a la regulación como estación final, será restaurado.

12. INALTERABILIDAD DEL MARCO BÁSICO DE LAS RELACIONES LABORALES

En cuanto a las relaciones laborales, a pesar de que son un elemento esencial desde el punto de vista económico, es evidente que la doctrina³¹ sobre la llamada «Constitución económica» no las considera un elemento jurídico estructural del mercado.

La propia arquitectura constitucional española (inspirada en una concepción histórica del Derecho del trabajo hoy en gran medida periclitada y necesitada de nuevos horizontes³²) confía a las fuerzas del mercado la suerte de las relaciones laborales, aunque desde luego afirme el papel privilegiado de los sindicatos y la negociación colectiva, proclame los contenidos inderogables del contrato de trabajo y haga especial énfasis en el principio de igualdad como no discriminación, que ha dado lugar a una florida jurisprudencia sobre la *Drittwirkung*³³. Salvo en estos importantes puntos, que definen el «competir y contratar por grupos»³⁴, las normas reguladoras del Derecho del trabajo parecen considerarse externas a la intrínseca configuración jurídica del mercado. Como consecuencia de ello, la suerte de los trabajadores parece quedar en casi todo lo demás confiada a políticas sociales que no comprometan el modelo del mercado fundado en la propiedad, la defensa de la competencia, y su (en buena medida) segunda derivada, la protección de los consumidores. Así, a los trabajadores se les considera destinatarios de una protección social genérica que

solo en parca medida tiene en cuenta su condición, salvo que la preservación de sus puestos se eleve a condición de viabilidad de las empresas.

La trayectoria del Derecho comunitario no solo no ha sido distinta, sino que ha acentuado esta deriva de las legislaciones laborales domésticas³⁵.

13. CAMBIOS EN EL DERECHO PRIVADO. CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*. FAVOR *DEBITORIS*. PRECIOS DE TASA EN EL ALQUILER DE VIVIENDAS. INALTERABILIDAD DE LA IDEA CENTRAL DE CONTRATO

He formulado algunas preguntas relativas a la respuesta que se daría a algunas cuestiones acuciantes surgidas en las relaciones jurídico-privadas como consecuencia de la pandemia. Apunto algunas. La primera de ellas es si, ante el enorme cambio de las circunstancias económicas, que generará inevitablemente desequilibrios en las prestaciones, asistiremos a una resurrección (porque el fenómeno no es nuevo) de la problemática que agrupamos alrededor de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. El tema es objeto de tratamiento pormenorizado en este número de la revista por Francisco Oliva Blázquez, y a su autoridad me remito³⁶.

Sí quisiera referirme, aunque solo sea mediante un simple apunte, a alguna eventual reacción, siempre desde el terreno del Derecho privado, frente al pavoroso problema, preexistente a la pandemia, que con seguridad esta agravará: el del endeudamiento privado. La crisis se afronta habitualmente desde el ángulo del déficit público, y a esta cuestión se ha dedicado una escasa reflexión específica, sin olvidar que aquel déficit y este endeudamiento puedan desembocar en un morbosos círculo de retroalimentación³⁷. Aunque de modo sumario, y en el contexto de la gran recesión, una crisis que, pese a su intenso dramatismo, fue menos aguda que la que ha producido la pandemia de COVID-19, tuve ocasión de pronunciarme³⁸ sobre una cuestión a mi modo de ver importante, a saber, la intensificación del recurso al principio *favor debitoris* para encarar los problemas de endeudamiento privado de las familias y las empresas. Partiendo siempre de la base de que, aunque la existencia de figuras e instituciones de Derecho privado para desempeñar un papel relevante en la crisis económica sea inequívoca (así, una política determinada de crédito y de garantías del mismo, el tratamiento del problema de la insolvencia), estas herramientas jurídicas siempre dependerán del cuadro macroeconómico. De todos modos, algunas conclusiones de entonces (ciertamente, no se trata de un pasado tan lejano, suponiendo que sea pasado) me siguen pareciendo válidas, sobre todo la doble afirmación de que, por un lado, es un grave error que los instrumentos legales para salir de la crisis pasen por el fortalecimiento del crédito (en el limitado sentido de fortalecimiento de la posición del acreedor) y, por otro, que hoy día el reto consiste en colocar activos financieros en manos de los consumidores para generar un crecimiento de la demanda agregada. Creo que solo desde la premisa del incremento de la aplicación del principio *favor debitoris*, el Derecho privado podría jugar un papel en una política de recuperación económica. En este sentido, y desde luego sin ánimo de despreciarlas, cabe

dudar de que medidas tales como una potenciación aún mayor de las reglas del *fresh start* o «segunda oportunidad» en los procedimientos de ejecución individual de consumidores y ejecución concursal de pequeños y medianos empresarios, o las que, basadas en la técnica del *scoring*, disciplinaran el mercado hipotecario para favorecer la concesión de créditos y limitar la responsabilidad al bien hipotecado, sean suficientes. Tal vez la solución pasa por largas moratorias o importantes quitas, aunque puedan causar dificultades a las entidades financieras y sea necesario recapitalizarlas (operación solo factible con dinero público); la solución puede parecer extravagante, pero una estrategia de salvación de los deudores es, al final, un elemento multiplicador de la economía, efecto que, desde luego, no ha sucedido con el rescate bancario. Por otro lado, no es un fenómeno desconocido en la historia³⁹. Desde luego, nadie parece proponerlo ahora, más aún cuando en el horizonte empiezan a vislumbrarse signos de deterioro de la banca.

Desde esta misma perspectiva (explorar las posibles reacciones del Derecho privado frente a la crisis), y dado que esta acentúa la pobreza de una gran parte de ciudadanos, cobra todavía mayor interés el desafío de afrontar el problema (ya candente antes de la pandemia) del acceso a una vivienda digna, si se hemos de emplear el tropo de la Constitución española. Los remedios, aunque hoy inexistentes, son bien conocidos, pues arrancaron en las primeras oleadas de reformas sociales puestas en marcha tras la Primera Guerra Mundial⁴⁰, y en España son de recuerdo relativamente reciente: deber de arrendar del propietario, prorrogas forzosas de la duración del inquilinato, bloqueo o precio de tasa de las rentas, entre otras. Conviene tener claro que, cuando se establece dicho régimen del alquiler de viviendas, no se está tratando de solventar los desequilibrios entre dos contratantes, uno «fuerte» y otro «débil», sino proponiendo una imposición de deberes al propietario. Por más que el instrumento sea un régimen especial del contrato de arrendamiento de vivienda, en él no luce la idea del equilibrio contractual, sino la de la función social de la propiedad⁴¹. El resultado final de la legislación especial de arrendamiento de viviendas es el sacrificio del dueño del inmueble a favor de la constitución de un *ius possessionis* del arrendatario, que calca en su efectividad económica la de un derecho real, por más que, en términos jurídico-formales, el arrendamiento no lo sea. Dicho esto, el hecho de que el fenómeno se inscriba dentro de la lógica del derecho de propiedad puede ayudarnos a ver que el propietario-arrendador no es, por definición, un sujeto fuerte frente a un supuesto sujeto débil, el arrendatario⁴²; puede ser justamente al revés y de hecho lo ha sido: no es infrecuente que el propietario sea un pequeño ahorrador con magros (o ningunos) ingresos al margen de la renta de una vivienda y que el arrendatario sea persona mucho más acomodada. Hablo del supuesto de un pequeño propietario que, en caso de larga duración forzosa del inquilinato y precio de tasa de la contraprestación, sufría una suerte de amortización de su propiedad, con rentabilidades devastadas por la inflación y nulas posibilidades de venta del inmueble. Con todo, convendría darle a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César: el Derecho civil, ni siquiera el del capitalismo avanzado, no tiene como función solucionar un problema que depende de decididas políticas públicas de vivienda, de modo que medidas como el bloqueo de las rentas no pueden convertirse en una coartada para «suplir» la ausencia de tales políticas.

14. EL MERCADO NO ES UN *LOCUS NATURALIS*, SINO ÁMBITO DE DERECHO PRIVADO GARANTIZADO CONSTITUCIONALMENTE, BASADO EN LA PROPIEDAD PRIVADA COMO FUENTE DE DESIGUALDAD

A la hora de concluir, debemos tener clara la idea de que, incluso para cierto pensamiento conservador, el mercado no es un *locus naturalis*⁴³, sino el orden jurídico de una determinada estructura económica basada en la idea de la competencia perfecta y con la provisión de instrumentos destinados a garantizar y promover esa idea. Ese papel ineludible del Derecho es el único modo de garantizar la existencia del mercado como tal, plasmado en un orden jurídico que es básicamente un modelo de Derecho privado garantizado constitucionalmente. El modelo se vertebra en torno a tres ideas fuerza.

La primera es la primacía de la propiedad privada, en la que la función social es ciertamente un límite intrínseco, pero de escaso alcance, dada la intensidad de la garantía expropiatoria.

La segunda es la concepción del contrato como fuente de la autorregulación; en él, la conservación y actualización del esquema codificado convive con normativas de sector, unas reconducibles a la protección del contratante débil (condiciones generales, consumidores, *terzo* contrato, en el que aquel contratante débil puede ser un empresario) y otras que remiten a las reglas del mercado y la libre competencia, pero todas ellas dentro de un marco regulatorio que atiende, siempre, al respeto del modelo basado en la iniciativa privada⁴⁴. Los intentos de construir un contrato «justo» hay que considerarlos en su adecuada dimensión, que no alcanza a la supresión los intercambios económicos desiguales⁴⁵. No debe olvidarse, además, que, en cuanto instrumento de la libertad de empresa, una intervención sobre el contrato que pudiera considerarse no delimitadora, sino ablatoria de aquella, estaría sometida a la garantía expropiatoria.

La tercera es la defensa de la competencia como articulación general del sistema en la búsqueda de la racionalidad económica encarnada en la competencia perfecta, evitando posiciones de dominio y abuso de estas. Su finalidad no es, sin embargo, escapar de la lógica de los intercambios desiguales inmanente al sistema capitalista, sino corregir los más injustos y siempre dentro de la lógica del mercado.

La conclusión general es que las tres ideas fuerza confluyen en un modelo propietario porque el mercado está basado en una propiedad, ya sea histórica o lógicamente precedente a la constitución del propio mercado⁴⁶.

15. CONCLUSIÓN: NO HAY CAMBIO DE PARADIGMA JURÍDICO DEL MERCADO PORQUE ESTE SOLO SE PRODUCE CUANDO UN CAMBIO SOCIAL AFECTA A LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA GARANTÍA EXPROPIATORIA. UNA ATEMORIZADA MIRADA A UN DEVASTADO MUNDO

De retorno a la metodología que había considerado rectora de estas reflexiones, la utilización de la teoría de los paradigmas, vemos con absoluta claridad que, para que hubiera un cambio que mereciera tal denominación, sería necesario alterar el régimen de la propiedad y la garantía expropiatoria, sobre todo de esta última, cambios que traerían consigo un orden constitucional nuevo. Nada parece apuntar en esa dirección, y esta certidumbre queda confirmada si se contempla atentamente la evolución de la institución de la propiedad desde los primeros años posteriores a la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días⁴⁷. Puede postularse que el «laboratorio Weimar» sí alteró alguna pieza importante de la propiedad libre y plana que surgió de la revolución liberal burguesa. En efecto, la afirmación de que *Eigentum verpflichtet* puede considerarse el origen de cambios en las instituciones jurídico-privadas que crearon un nuevo entramado constitucional, el del Estado Social, aunque, como creo haber demostrado⁴⁸, fueron transformaciones débiles en un marco constitucional débil. Este Estado que ha «venido para quedarse», con farisaica alarma de unos y cándidas ilusiones de otros, ni siquiera esta propiciando un reforzamiento de esas débiles transformaciones. Es el Estado de siempre, que ahora intensifica su acción administrativa ante un evento extraordinario, viraje que propiciará cambios económicos y sociales no baladíes, pero para salvar un sistema de mercado que está basado en la propiedad privada y en los intercambios desiguales a todos los niveles. Por ello, partiendo de la contestación a la incisiva pregunta formulada por Jan M. Broekman⁴⁹, a saber, que solo hay un cambio de paradigma legal, en el sentido sustantivo del término, si se produce un cambio social general, la conclusión es inequívoca: preso del individualismo propietario, el esquema de atribución y circulación de los bienes sigue fundando un paradigma de mercado intocado. Refuerza esta conclusión el hecho de que, por mucho que aumente la presencia del Estado en la economía, la globalización no se ha ido porque es compatible con grados muy distintos de intervención pública⁵⁰, pero siempre estará condicionada al poder de los mercados financieros sin rostro y sin patria, poderes privados universales *legibus soluti* cuyo único límite parece ser el desastre de los equilibrios vitales planetarios, y de modo muy relativo. Afrontar ese desastre con eficacia exige superar las fronteras y la propiedad privada⁵¹, pero los vientos del mundo no parecen ir por ahí. Ahora bien, «la historia no ha terminado»⁵², entre otras cosas porque a la creciente pobreza se está uniendo la pérdida de calidad de la política y de su mejor expresión, la democracia representativa: los desequilibrios económicos y geopolíticos pueden aumentar exponencialmente, y ello no augura paz. La visión del futuro despierta temor, aunque debe decirse que predecir cómo hayan de ser los tiempos venideros no está al alcance del oficio de jurista, y aquí debe finalizar esta reflexión.

NOTAS

1. FMI (2020: cap. 1).
2. *Ibidem*: 5-14.
3. *Vid.* el texto de la intervención de su gobernador en la Comparecencia ante la Comisión de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Congreso de los Diputados, de 18 de mayo de 2020.
4. Kuhn ([1962] 1971).
5. Una ambiciosa y plural reflexión sobre la aplicación de las teorías de Kuhn al Derecho se encuentra en los trabajos de Zuleta Puceiro (1983: 11-24); Aarnio (1983: 25-28); y Broekman (1983: 133-144). Este último autor sostiene que «[...] the paradigm theory of methodology, developed by authors such as Kuhn and Toulmin, has been adopted by legal scholars as an instrument of legal science. However, in its extrapolation of the concept of 'paradigm', legal theory has assumed a rather uncritical attitude towards the concept itself. The concept is used not only to articulate problems of legal science and legal dogmatics, both analytically and descriptively, but also with regard to the more encompassing question of legal change. Can the law change at all, and if so, is this change only part of a general social change, or does it imply a change of the legal paradigm?» (*Ibid.*: 133). Destaco la incisiva pregunta con la que se cierra el párrafo. Una visión general de la aplicación de las teorías de Kuhn a la investigación jurídica puede verse en De Vries (2013).
6. Para un panorama de conjunto, remito a López y López (2008: 811 ss.).
7. Sobre el tema, *vid.* la informada y ponderada exposición de Carrillo Donaire, Guichot Reina y López Menudo (2006: 231-241).
8. Sobre el «justiprecio cero», *vid.* la STS de 22 de noviembre de 2004, FJ 6: «No cabe afirmar que del art. 33 CE pueda obtenerse como consecuencia que cualquier privación de bienes o derechos deba ir acompañada siempre de una compensación económica, aunque el valor de lo expropiado sea cero». La STS contiene bastantes referencias de sentencias del TEDH, cuya jurisprudencia es, creo, básicamente concordante con la del TJUE, más allá de la conflictividad entre ambos tribunales.
9. Así lo indican, creo que con acierto, Ortega y Arroyo: «En definitiva, el conjunto de opciones de política económica que el art. 128.2 CE deja abiertas al juego del principio de pluralismo político es sensiblemente mayor que el margen de actuación permitido por el Derecho de la Unión Europea. De ahí que la doctrina haya concluido que la entrada de España en las Comunidades Europeas y su posterior evolución ha implicado, en este contexto, la aceptación por parte del Estado español de una determinación europea de opciones de política económica (De la Quadra-Salcedo), cuando no una verdadera mutación constitucional (Muñoz Machado)» (Ortega Álvarez y Arroyo Jiménez, 2018: 840). La opinión del segundo de los autores citados me parece algo desmesurada y en demasía obsequiosa con el Derecho de los Tratados y de Carta de la UE: hablar de mutación constitucional (se entienda por ella lo que se entienda, cosa nada pacífica, desde el mismo momento en que se niega incluso la existencia de la categoría misma) presupone una concepción monista del Derecho internacional público, hecho uno solo con el ordenamiento interno al que desplaza totalmente, y que, como mucho puede predicarse de las reglas generales de Derecho internacional (esto es, las aceptadas por la inmensa mayoría de los Estados, y que por ello un Estado concreto considera que le vinculan, aunque no haya habido un acto formal de aceptación), no de las de origen convencional, como es el caso de los Tratados, donde las tesis dualistas, aunque moderadas, se han impuesto desde hace tiempo. Para mí, la supuesta «cesión de soberanía» no es tal, sino una renuncia del Derecho del Estado miembro a la exclusividad del ejercicio de derechos soberanos en su territorio o, dicho de otra manera, supone la admisión de la validez y de la aplicabilidad de un Derecho que expresa la soberanía de órganos inter-

estatales (sobre el punto, *vid.* Autexier (1997: *passim*), con argumentos que creo se aplican también a de cualquier otro Estado miembro de la UE; debo el conocimiento de esta obra, para mí uno de esos pequeños clásicos que el circuito académico olvida, a mi fraternal amigo Santiago Gómez-Reino). Realmente (y tal vez desgraciadamente), los problemas de relación entre Derecho constitucional «doméstico» y los Tratados europeos existen precisamente porque los tribunales constitucionales de los Estados no admiten, sin más, la existencia de un desplazamiento total de sus propias normas fundamentales por aquellos, ni siquiera si se acepta sin reticencias el principio de supremacía del Derecho comunitario, aunque nominalmente se proclame a bombo y platillo; además, la necesidad, en muchos casos, de un acto legislativo o administrativo de adopción o trasposición contradice directamente la visión monista. Como puede fácilmente entenderse, no pretendo con esta acotación sino sentar que no hay que dar directamente por sentado que los mandatos europeos se imponen sin más a las determinaciones de la Constitución española, pues con semejante asunción carecería de todo sentido enfocar cualquier cambio eventual de paradigma desde el análisis de esta, enteramente disuelta dentro del Derecho de los tratados europeos.

10. Concepto y terminología acuñados, como es notorio, por Mortati ([1940] 1998), edición, la segunda indicada, con una notable *premessa* de Zagrebelsky en la que explica la supervivencia de una doctrina pensada para ser aplicable al Estado fascista. Coincidimos con muchas de sus razones, aunque la más convincente es la apelación al «realismo» de Mortati. Nosotros, sin embargo, lo apreciamos desde una perspectiva diferente. En efecto, es operación realista la de indicar que la efectividad de la constitución «formal», o «expresada normativamente» depende del conjunto de fuerzas económicas y sociales sin las cuales dicha efectividad viene a menos. Formulo esta observación con la única finalidad de destacar que la «constitución material» es un límite a una reforma estructural de la norma constitucional, inviable si aquella no ha resultado también estructuralmente reformada en sus aspectos sustanciales políticos y, sobre todo, económicos. De esta idea podemos extraer pistas sobre el limitado propósito de este trabajo, pues apoya su conclusión general.

11. La frase es de Ascarelli (1955: 96). No deja de ser curiosa su argumentación, alejada de las tesis ordoliberales al uso. La funcionalización, según el príncipe de los mercantilistas italianos, y uno de los más grandes juristas del siglo XX, invita a la disociación entre riesgo del empresario y su poder de decisión, con todo lo que ello conlleva, amén de que, si se considera que el ejercicio de ese poder tiene un ingrediente de finalidad pública, la necesidad de que los trabajadores colaboren a su consecución puede consagrar posiciones de privilegio para el empresario en relación con aquellos. De todos modos, habría que señalar que, en la época histórica de la formulación del principio de libertad de empresa en la Constitución republicana (artículo 41), las necesidades de huir de cualquier tufo corporativista y acentuar los matices «sociales» eran muy intensas. No obstante, durante largo tiempo, sobre todo en las décadas de los setenta y los ochenta, la batalla jurídica en torno a la búsqueda de mecanismos que vinculasen en sentido social la libertad de empresa se mantuvo, pero sin éxito. Fracaso, creo, debido al final de la Unión Soviética y la emergencia de las políticas *neoon*, proceso marcado decisivamente por la globalización. Paradigmática de esta evolución es la reflexión de un jurista de tanto relieve como Galgano (1974, 1978 y 2005) desde una perspectiva de análisis crítico canónicamente marxista.

12. Sobre el punto, remito a López y López (2018: 34-35).

13. Izquierdo Carrasco y Rebollo Puig (2018:1430-1444). Cabe destacar el significativo *incipit* (*Ibid.*: 1431-1432) inspirador de todo el texto, que en algunos momentos se mueve en la ambigüedad de señalar potencias del artículo 51, cuyo despliegue está muy limitado por el valor superior del artículo 38 y del artículo 33. Claro que la ambigüedad no es debida a la límpida y ponderada exposición de los autores, sino que brota *ex re ipsa*. He puesto de manifiesto en varias ocasiones la distinta valencia de los artículos

33 y 38, por un lado, y los artículos 51 y 128, por otro, todos de la Constitución. En exposición de carácter global, puede verse el argumento en López y López (2012a: 301, 304, 342-354, y esp. 353-354).

14. Aunque es obvia la constatación lógica de que la protección del contratante débil se extiende más allá de la dispensada al consumidor, es claro que el consumidor es un contratante débil en la inmensa mayoría de los casos, como claro es que muchos mecanismos de tutela del contratante débil han nacido para articular defensas de la posición jurídica subordinada del consumidor a la hora de determinar el contenido contractual. Del mismo modo, la consideración de los supuestos en que una parte disponga de *libertad de contratar* o libertad de celebración del contrato, pero no de *libertad* contractual o libertad de predeterminar el contenido de este (por utilizar la clásica distinción de Messineo (1961: 802-804), un tanto rígida, pero útil como concepto) es anterior a la eclosión de las normas sobre consumidores. Piénsese en la regulación de las condiciones generales de la contratación, en las que también subyace la doble intención de protección de la parte débil y la de racionalizar jurídicamente y con menor costo la producción de bienes y servicios, con independencia de que el adquirente de estos sea un destinatario final. De suyo, la literatura sobre las condiciones generales de la contratación es anterior a la producida sobre la protección de los consumidores. *Vid.* la insuperada monografía de Raiser (1935). Ahora bien, el solapamiento estadístico entre destinatario final y contratante débil es altísimo, con lo que la yuxtaposición de las regulaciones es inevitable. No creo que este sea el lugar para extenderme sobre el punto ni es necesario a mi presente propósito.

15. Irti (1995: 292-297), donde eleva la libre competencia a fundamento de la protección jurídica del consumidor, argumento cierto en la actual lógica del ordenamiento, pero que creo olvida vectores de otro tipo que también confluyen en ella, concretamente los nacidos de la tutela del contratante débil, como se indica en el texto.

16. Ilustración suficiente y precisa sobre los dos óptimos o criterios de eficiencia, en relación con la justicia distributiva y, en general, sobre el bienestar social, en el excelente libro de Schäfer y Ott (1986: 37-59).

17. Sobre estos puntos, con doctrina que solo desde el prejuicio ideológico se puede considerar obsoleta, Reich (1985: 158-211).

18. López y López (1998: 426-459).

19. Tal como quedó acuñado de forma definitiva, creo, en las SSTC 1999/208, de 11 de noviembre, y 71/82, de 30 de noviembre, aunque la *occasio decisionis* eran conflictos de competencias entre el Estado y algunas comunidades autónomas; pero la doctrina sentada va mucho más allá porque, para resolver el concreto litigio, necesita partir de determinar el alcance de la defensa de la competencia y la protección de los consumidores.

20. El tema es de largo alcance y aquí no cabe más que una mención. Con todo, y aun dando por descontada la eficacia vinculante de la Carta en relación con los Tratados, y con el Convenio de Derechos Humanos (todo lo cual es harto discutible y conflictivo, sobre todo por la actitud del TJUE, que rechaza ser corregido por el TEDH, como línea de principio, aunque hasta ahora ha funcionado una suerte de *self-restraint*, y un «diálogo judicial», sobre todo por el segundo). *Vid.* Muñoz Machado (2015: 212-216). Ello no obvia que la tarea de cohesionar las tradiciones constitucionales comunes puede ser muy complicada, como señala agudamente Stein (2009: 621-635).

21. *Ibidem: passim.*

22. Cruz Villalón y Requejo Pagés (2015: 173-194), que preconizan, en interés del justiciable, plantear las dos con criterio de simultaneidad, no de sucesión temporal.

23. Remito, como indicativo de las claves y bibliografía generales del tema, a Mercado Pacheco (2012: 375-400), sobre el art. 16, y a López y López (2012b: 401-415) sobre el art. 17.

24. Esencial en la visión inicial de la configuración de la institución de la expropiación forzosa, cuya planta se conserva en gran medida hoy, es la monumental obra de Lacché (1995), que, además de componer un espléndido cuadro de época, es fuente de una información casi inagotable. Habitualmente, se considera un signo de la debilidad de la institución en la época la ausencia de *causae expropriandi* de carácter «social». Con independencia de que ello sea más o menos cierto, la expropiación forzosa y la legislación hipotecaria fueron las palancas de la obra pública y el crédito, necesarios para que el incipiente capitalismo despegara tras la revolución burguesa. Dato este, por otro lado, archiconocido.

25. En estas cuestiones, es obligado citar a Nieto (1962: 67-124).

26. López y López (1998: 448-454).

27. En España, practicado de modo escandaloso por los gobiernos de Felipe González y de José María Aznar, aunque obviamente más intensos en los del segundo, que favoreció a una supuesta clase empresarial rapazmente extractiva y, en algún caso, con un notorio recorrido por la jurisdicción penal.

28. *Vid.* Bilbao Ubillas (1999: 163-181), cuya conclusión suscribo íntegramente: «Las autoridades independientes surgen como una respuesta a una patología que parece crónica, pero son solo un parche que no resuelve el problema de fondo. La verdadera solución está en la depuración y renovación de un circuito representativo que hace agua por todas partes. Consiste en más y mejor democracia, no en abrazar, consciente o inconscientemente, legitimidades alternativas» (*Ibid.*). Aunque de carácter muy desigual y algo heterogéneo, es interesante el conjunto de ensayos coordinados por Gitti (2006).

29. Fernández Farreres (2016: 231-250). Sobre la cuestión, *vid.* Muñoz Machado (⁴2015: 335-341).

30. La situación política y económica en Europa se presta a manifestaciones de las autoridades políticas marcadas por la ambigüedad, puesto que la premisa de todo proyecto de reconstrucción europea pasa por la existencia, cuantía y modalidades de la financiación de este. Cuando escribo estas líneas ha terminado una intensa batalla política entre los Estados europeos sobre dicha financiación, que ha asumido la veste de confrontación entre el norte y el sur y entre países pequeños y grandes, ligados los primeros mucho más que los segundos a la idea de consolidación fiscal y a la defensa de la ortodoxia presupuestaria, aunque son principios que, como tales, todos comparten. El final ha sido calificado como histórico, y lo es desde el momento en que se abre la posibilidad de una emisión masiva de deuda por parte de la Unión Europea, sin que haya prevalecido una lógica estatalista suicida de la propia Unión. ¿Cuán efectiva será dicha solución y qué sacrificios desiguales comportará para algunos países? Esa es la pregunta, pero no creo que se pueda ir más allá, salvo constatar que en los planteamientos de los contendientes han subyacido diferencias ideológicas más que significativas sobre el papel de los poderes públicos en la economía, aunque se planteen dentro del marco señaladamente ordoliberal de los Tratados. No es poco significativa la supresión de la partida destinada específicamente a recapitalizar empresas en crisis. El Gobierno español, de ese fondo (hoy en día ya que no *incertus an*, pero sí *quando et quomodo*), pretende destinar 10.000 millones de euros a ayudas a las empresas, pero le ha faltado tiempo para aclarar que respetará la normativa europea en materia de ayudas directas (¿como si estuviera en su mano no hacerlo!), y que prevé mecanismos como créditos participativos y subvenciones al lado de la participación en el accionariado, esto último, eso sí, percibiendo los dividendos (¿como si pudiera jurídicamente renunciar a ello!). Se añade, además, que no serán considerados sectores estratégicos ni el financiero ni el energético. Si este es el diseño, no parece demasiado arriesgado afirmar que la dimensión público-privado en la economía española va a experimentar pocos cambios y que los que se produzcan serán poco significativos.

31. De manera prácticamente unánime (incluido lo escrito por mí). Por citar un ejemplo, nada inocente por su significación científica e ideológica, *vid.* Romagnoli (1977:139-184).
32. Sobre estas cuestiones, es esencial el análisis, desde la altura de la visión histórica, el conocimiento dogmático y la sensibilidad social de la recopilación de importantes trabajos de Cazzetta (2007: *passim* y esp. 291-329 y 341-376). Con alguna adaptación, los análisis de Cazzetta son, creo, extrapolables a la experiencia española.
33. Puede verse en García Torres y Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz (1986).
34. La gráfica expresión es de Romagnoli, citado por Cazzetta (2007: 321).
35. Lo ilustra extensamente Ojeda Avilés (2013: 51-83).
36. *Vid., infra*, su artículo «Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia».
37. Por poner el ejemplo más evidente, la morosidad privada puede afectar gravemente al sistema bancario y convertir la evitación de su quiebra en un problema público a solucionar con dinero público: tenemos el reciente y sangrante recuerdo del «rescate bancario» y su negativa incidencia en las finanzas públicas.
38. López y López (2013).
39. Como demuestra la historia europea, las políticas de liberación de los deudores tanto para salvar la democracia como para reactivar la economía han sido frecuentes, sobre todo después de grandes convulsiones provocadas por las guerras. A este respecto, resultan aleccionadoras las páginas del libro de Ripert (1948), uno de los grandes juristas europeos del siglo XX, que un capítulo, de nombre bien expresivo «La protection des faibles», una sección, también de título significativo, «La Libération du débiteur». Es destacable el tono crítico de Ripert, un ultraconservador que imputa el éxito de dichas políticas al hecho de que en la masa de los votantes son mayoría los deudores. Ni que decir tiene que su visión ideológica en nada contamina el rigor científico de la exposición de datos y de técnica, como no podía ser de otra manera en un autor estaba a la altura de los más grandes del panteón de los juristas.
40. Noticia de este avatar histórico en las vívidas y expresivas páginas de mi llorada discípula Valpuesta Fernández (1994: 7-10).
41. Que ello es así lo evidencia una reciente encuesta coordinada por Fuentes-Lojo (2020) sobre la constitucionalidad de una medida legal de limitación del precio de contratos de arrendamiento de vivienda. Las respuestas a la pregunta, cuando se refieren a la libertad de contratar lo hacen solo para orillarla en función de otros valores constitucionales, y precisamente la función social de la propiedad, como medio fuerte (garantía institucional) de conseguir la realización de un principio rector de la política económica y social, el derecho a la vivienda. Tal perspectiva es, a mi juicio, sustancialmente correcta. Destaco, por su precisa concisión y exacta percepción de los parámetros jurídicos del problema, la aportación de Carmona Contreras.
42. Como apodícticamente afirma Salas Carceller (2020) en la encuesta citada en la nota precedente: «El contrato de arrendamiento de vivienda o inquilinato es un tipo de contrato claramente intervenido en defensa de los derechos de la parte más débil en la contratación, que es el arrendatario».
43. Irti (1998: 3-18). De manera convincente y contundente, Irti sostiene que el mercado es artificial, fruto de elecciones políticas y jurídicas.
44. Para una visión de conjunto de la evolución del contrato, *vid.* Alpa (2012: 113-126 y 139).

45. La aparición de la idea del contrato justo, en última instancia ligada a la penetración en el ámbito del Derecho privado de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, no deja de ser importante, pero su operatividad siempre vendrá limitada por la imposibilidad de un pleno constitucionalismo de la igualdad en un sistema de relaciones sociales de producción capitalistas, como lúcidamente afirmaba el maestro De Vega (1994: 41-56). Debe tenerse en cuenta, además, como he tenido ocasión de decir en otro lugar (López y López, 2017: 988-991), que el rehúse de la valoración de la injusticia del contrato como acto y de su reequilibrio en el curso de la vida de la relación obligatoria surgida del mismo no es tan ajeno a los códigos como la opinión consolidada quiere hacernos ver. Sucede lo mismo que con la propiedad, a la que la opinión dominante quiere ver en su coronación codificada como libre de todo límite. Es cierto que la antipatía a los gravámenes del dominio late en los códigos, pero ello no ha significado nunca que los límites al mismo no fueran numerosos, incluso en la época protoliberal, y algunas veces con normas jurídicas de modesto rango, como una ordenanza municipal. Sin ignorar esta enseñanza de la historia, a la hora de valorar la indiferencia de los códigos a la injusticia contractual, no habría que olvidar algunas cosas importantes: no solo la existencia, en muchos de ellos, de la rescisión por lesión, sino también (y puesto que estamos de acuerdo con que en estas incumbencias el momento decisivo es el de la aplicación-interpretación judicial) los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la alteración sobrevenida de las circunstancias, la posibilidad de desistimiento *ad nutum* en las relaciones llamadas de duración y el poder de la buena fe como fuente de la reglamentación contractual. Que en la jurisprudencia haya primado un obsequio absoluto y en todo tiempo del principio *pacta sunt servanda* no se corresponde con la realidad. Se dice esto para calibrar la dimensión histórica de la «forma código», en cuya mochila no cabe incluir todos los pecados del positivismo legalista, aunque desde luego ello no implica olvidar que le fueron ajenas cuestiones tales como la *hardship* y la posibilidad de renegociar el reequilibrio contractual, auténticos *trending topics* del nuevo Derecho de contratos, nacidos, por cierto, no al calor de los derechos fundamentales, sino de la *lex mercatoria*. Este último extremo debería hacernos meditar sobre el verdadero alcance en profundidad del *ius novum* que está a las puertas, pues no tiene siempre un aliento superador de la desigualdad ni favorecedor de la solidaridad.

46. Sobre el punto, *vid.* el análisis a mi modo de ver insuperable de Barcellona (1987: 78-113).

47. Se produjeron cambios de manos de la legislación de guerra del orden jurídico liberal primitivo que sí quedaron asentados, pese a su surgimiento como Derecho excepcional. Las expresivas y atemorizadas palabras Vassalli (1919) son un breviario clásico de aquel gran cambio, que sí modificó el paradigma del orden burgués liberal primitivo y dio lugar a nuevas formas de Estado, de participación política, de organización social, de *causae expropriandi*, de otras formas de tenencia de la tierra, etc. Cambio de paradigma «débil», si se quiere, pero cambio: nada que ver con la situación actual y su desenvolvimiento futuro, al menos inmediato.

48. López y López (1998).

49. Cit. en nota 5.

50. Remito a López y López (2015: 639-648).

51. Como es el certero análisis de Piketty (2013 y 2019). Especialmente clara es la visión de conjunto que Piketty ofrece en la introducción de la segunda obra citada.

52. Como, por el contrario, fue la ampliamente difundida tesis de Fukuyama (1992), de la cual se ha retractado, al menos parcialmente, en la entrevista realizada por George Eaton (2018), en la que llegó a afirmar: «Socialism ought to come back».

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis (1983): «Paradigms in Legal Dogmatics», en *Theory of Legal Science Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund: Springer, 13-24.
- ALPA, Guido (2012): *Le stagioni del contratto*, Bologna: Il Mulino.
- ASCARELLI, Tullio (1955): *Lezioni di diritto commerciale, Introduzione*, Milán: Giuffrè.
- AUTEXIER, Christian (1997) «L'ordre juridique allemand dans le contexte international et européen», *Revue Générale du Droit*, 21661.
- BARCELONA, Pietro (1987): *L'individualismo propietario*, Turín: Bollati Boringhieri.
- BILBAO UBILLOS, Juan María (1999): «Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 161-184.
- BROEKMAN, Jan (1983): «Changes of Paradigm in the Law», *Theory of Legal Science Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund: Springer, 133-144.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, Emilio GUICHOT REINA y Francisco LÓPEZ MENUDO (2006): *La expropiación forzosa*, Madrid: Lex Nova.
- CAZZETTA, Giovanni (2007): *Scienza giuridica e trasformazione sociale. Diritto e lavoro in Italia tra otto e novecento*, Milán: Giuffrè.
- CRUZ VILLALÓN Pedro y Juan Luis REQUEJO PAGÉS (2015): «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, enero-abril, 173-194.
- DE VEGA, Pedro (1994): «*Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad*: (el caso de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales)», *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, 6, 41-56.
- DE VRIES, Ubaldus (2013): «Kuhn and Legal Research, A Reflexive Paradigmatic View on Legal Research», *Law and Method*, 3 (1), 7-25.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2016): «El régimen de las ayudas de Estado y su impacto en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, 200, mayo-agosto, 231-250.
- FMI (2020): *World economic outlook: the great lockdown* (cap. 1: «Prospectives and policies»), International Monetary Fund. Research Dept, 14 de abril.
- FUENTES-LOJO, Alejandro *et al.* (2020): «¿Es constitucional una medida legal de limitación del precio de contratos de arrendamiento de vivienda?», *Actualidad Civil*, 5, mayo.
- FUKUYAMA, Francis (1992): *The End of History and the Last Man*, Nueva York: Simon & Schuster.
- (2018): Entrevista de George Eaton en *New Statesman*, 17 octubre.
- GALGANO, Francesco (1974): *L'istituzioni dell'economia capitalistica, Società per azioni. Stato e classi social*, Bologna: Zanichelli.
- (1978): *L'istituzioni dell'economia di transizione*, Roma: Editore Riuniti.
- (2005) *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna: Il Mulino.
- GARCÍA TORRES, Jesús y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ (1986): *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas.
- GITTI, Gregorio (coord.) (2006): *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna: Il Mulino.
- IRTI, N. (1995): «Persona e mercato», *Rivista di diritto civile*, XLI, 3, 292-297.
- (1998): *L'ordine giuridico del mercato*, Roma: Bari.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y Manuel REBOLLO PUIG (2018): «La intervención pública en defensa de los consumidores y usuarios», en *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid: BOE.
- KUHN, Thomas (1962): *The structure of scientific revolutions*, Chicago: University of Chicago Press. Primera edición española (1971): *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Fondo de Cultura Económica.

- LACCHÉ, Luigi (1995): *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia del Ottocento*, Milán: Giuffrè.
- LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. (1998): «Estado Social y sujeto privado: una reflexión finisecular», *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, 475-480.
- (2008): «La Constitución económica entre Derecho público y Derecho privado. Crónica de una dualidad», en *Estudios en honor de Gregorio Peces-Barba*, I, Madrid: Dykinson, 811-832.
 - (2012a): *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y base constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
 - (2012b): «Artículo 17», en *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, 401-415.
 - (2013): «Un nuevo favor debitoris para salir de la crisis», publicado en alemán y francés en *GPR, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union/European Union Private Law Review/Revue de droit privé de l'Union européenne*, 6-2013. Foro ¿Qué puede hacer la nueva Comisión Europea con el Derecho Privado de la Unión para combatir la crisis?
 - (2014): *Propiedad: otras perspectivas*, Madrid: Dykinson.
 - (2015): «Hic sunt leones. La dimensión jurídica en la era de la globalización», *Derecho civil constitucional*, Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 639-648.
 - (2017): «Europa, principios, reglas, jueces, remedios: (a propósito de Giuseppe Vettori: Il contratto europeo fra regole e principi)», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 46(1), 963-994.
- MERCADO PACHECO, Pedro (2012): «Artículo 16», en *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, 375-400.
- MESSINEO, Francesco (1961): «Contratto: teoría generale», en *Enciclopedia del Diritto*, IX, Milán: Giuffrè.
- MORTATI, Costantino ([1940] 1998): *La costituzione in senso materiale*, prólogo de G. Zagrebelsky, Milán, Giuffrè.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (⁴2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Madrid: BOE.
- NIETO, Alejandro (1962): «Evolución expansiva del concepto de expropiación forzosa», *Revista de Administración Pública*, 38, 67-124.
- OJEDA AVILÉS, Antonio (2013): «Libertad de empresa, Constitución Española y Derecho del Trabajo», en *Constitución Española y Relaciones Laborales ante el actual escenario social y económico*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 51-83.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2020): «Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia», *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 28.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis y Luis Ignacio ARROYO JIMÉNEZ (2018): «Artículo 128.2», en *Comentarios a la Constitución Española*, t. II, Madrid: BOE.
- PIKETTY, Thomas (2013): *El capital en el siglo XXI*, trad. E. Cazenave-Tapie Isoard, México: Fondo de Cultura Económica.
- (2019): *Capitalismo e ideología*, trad. D. Fuentes, Madrid: Siglo XXI.
- RAISER, Ludwig (1935): *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburgo: Gentner.
- REICH, Norbert (1985): *Mercado y Derecho. Teoría y praxis del Derecho económico de la República Federal Alemana*, Barcelona: Ariel.
- RIPERT, Georges, (1948): *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, París: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- ROMAGNOLI, Umberto (1977): «Il sistema economico nella costituzione», en F. Galgano, (dir.), *La costituzione economica*, v. I, *Trattato di diritto civile e commerciale*, 139-184.
- SCHÄFER, Hans Bernd y Claus OTT (1986): *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Madrid: Tecnos.

- STEIN, Torsten, (2009): «Los diferentes niveles de protección de los derechos humanos en Europa», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 621-635.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (1994): «Presentación» de la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VASSALLI, Filippo (1919): «Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato», *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, 17, 1-22.
- ZULETA PUCEIRO, Enrique (1983): «Legal Dogmatics as a Scientific Paradigm», en *Theory of Legal Science Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science*, Lund: Springer, 11-14.

Fecha de recepción: 31 de julio de 2020.

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.

EFICACIA Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA EFFICACY AND COMPLIANCE OF CONTRACTS IN TIMES OF PANDEMIC

Francisco Oliva Blázquez

Catedrático de Derecho civil

Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

RESUMEN

Las severas limitaciones impuestas a la actividad económica a raíz de la declaración del estado de alarma han afectado seriamente a la eficacia y el cumplimiento de los contratos. Aunque la aparición de este «riesgo imprevisible» podría ser afrontada recurriendo a instrumentos clásicos del Derecho privado como la fuerza mayor o la cláusula *rebus sic stantibus*, sus carencias para hacer frente a una situación de crisis generalizada y sistémica como la presente llevaron al legislador a aprobar diferentes normas destinadas a conservar el mayor número de contratos en vigor. El presente artículo tiene por objeto analizar tanto los instrumentos del Derecho general de contratos dirigidos a imputar los riesgos imprevisibles como las medidas más importantes en las que se ha concretado la intervención del legislador de emergencia.

PALABRAS CLAVE

Contratos, fuerza mayor, *rebus sic stantibus*, resolución, moratoria, arrendamientos, préstamos, contratos de consumo.

ABSTRACT

The severe limitations imposed on economic activity as a result of the declaration of the state of alarm have seriously affected the effectiveness and performance of contracts. Although the emergence of this «unforeseeable risk» could be dealt with classic institutions of private law such as force majeure or the *rebus sic stantibus* clause, its shortcomings to face a generalized and systemic crisis situation led the legislator to pass different rules aimed at keeping the greatest number of contracts in force. The purpose of this paper is to analyse both the instruments of the general law of contracts aimed at allocating the risks and the most important measures in which the intervention of the emergency legislator has materialized.

KEY WORDS

Contracts, force majeure, *rebus sic stantibus*, termination, deferment of payments, leases, loans, consumer contracts.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.015

EFICACIA Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Francisco Oliva Blázquez

Catedrático de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Sumario: 1. Los efectos de la COVID-19 sobre los contratos de Derecho privado: modelos de intervención. 2. La autonomía privada. 3. Los instrumentos del Derecho general de contratos frente al riesgo imprevisible. 3.1. Fuerza mayor. 3.2. *Rebus sic stantibus*. 4. La intervención legislativa de urgencia. 4.1. Moratorias. 4.1.1. Concepto y ámbito. 4.1.2. Moratorias arrendaticias. 4.1.3. Moratorias financieras. 4.1.4. Consideraciones críticas: vulnerabilidades, burocracia y formalismo. 4.2. Prórroga del contrato de arrendamiento urbano de vivienda habitual. 4.3. Quitas. 4.4. Resolución del contrato al consumo: límites legales. Notas. Bibliografía.

1. LOS EFECTOS DE LA COVID-19 SOBRE LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO: MODELOS DE INTERVENCIÓN

La pandemia ha tenido unas consecuencias nefastas para el mantenimiento y la eficacia de los contratos de Derecho privado. La declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, al imponer restricciones severas a los desplazamientos, así como limitaciones y suspensiones de la actividad económica en numerosos sectores productivos, fue una bomba de relojería que amenazaba con hacer saltar por los aires el entramado de contratos sobre el que se asienta el mercado. Numerosos deudores de prestaciones de dar o hacer se encontraron ante la imposibilidad objetiva de cumplir (entrega de mercaderías, celebración de un concierto, realización de un viaje, etc.), mientras que la situación económica de otros muchos actores comenzó a deteriorarse hasta el punto de dificultar seriamente la posibilidad de satisfacer sus obligaciones pecuniarias por falta de liquidez (arrendatarios, prestatarios, etc.) Es innecesario añadir que los efectos de un

derrumbe en masa de los contratos podían ser catastróficos en una economía que se encontraba a las puertas de una severa recesión.

Enfrentados a este dantesco escenario, los juristas fijamos la atención en las soluciones que nuestro ordenamiento jurídico ofrece frente a todo un clásico de la teoría general del contrato, el llamado «riesgo imprevisible» (Badenes Gasset, 1946; y Parra Lucán, 2015). Es notorio que, desde su nacimiento, cualquier contrato se enfrenta al riesgo de su fracaso accidental, concretado en la posibilidad de que las expectativas legítimas de los contratantes colapsen como consecuencia de eventos inimputables (por ejemplo, la COVID-19). Como veremos a continuación, en estos casos existe la posibilidad de recurrir a ciertos instrumentos como la fuerza mayor o la cláusula *rebus sic stantibus* que pretenden adaptar el cumplimiento de las prestaciones originales al nuevo escenario mediante la reasignación de los riesgos prestacionales.

Sin embargo, estos mecanismos resultan claramente insuficientes, dado que, en una situación de crisis generalizada, sistémica y global como la presente no se puede actuar recurriendo a medidas concretas pensadas para contratantes específicos que, además, exigirán una costosa y lenta intervención judicial a falta de acuerdo. Por otro lado, como cualquier técnica jurídico-civil de reparto de riesgos, tales remedios se asientan en el principio de justicia conmutativa y no en el principio de justicia distributiva, cuya actuación en circunstancias excepcionales es más necesaria que nunca (Morales Moreno, 2020: 447). Por todo ello, el legislador de urgencia decidió intervenir con firmeza —aunque con poco orden y escasa precisión técnica— en el ámbito contractual privado a través de numerosas normas instrumentadas mediante la figura del real decreto ley y destinadas, principalmente, a conservar el mayor número de contratos en vigor y evitar, en la medida de lo posible, su resolución como consecuencia de la crisis sanitaria y económica.

En las siguientes páginas analizaremos de forma crítica y reflexiva tanto los instrumentos del Derecho general de contratos dirigidos a reasignar e imputar los riesgos imprevisibles como las medidas más importantes en las que se ha concretado la intervención del legislador de emergencia. Pero antes es necesario analizar una cuestión a la que la doctrina jurídica ha dado menos importancia: el papel que juega la autonomía de la voluntad a la hora de afrontar la crisis de los contratos.

2. LA AUTONOMÍA PRIVADA

El sentido común dicta que, ante la aparición de un riesgo extraordinario y potencialmente demolidor del contrato o del equilibrio negocial, lo primero que hay que hacer es revisar concienzudamente el contenido del acuerdo para comprobar si tal contingencia fue prevista de alguna forma en su articulado. Y es que, como estipula el art. 1255 CC, las partes pueden establecer los pactos y condiciones que tengan por conveniente con el límite de lo establecido en la ley (imperativa) la moral (socialmente compartida) y el orden público (prevalentemente económico).

En este sentido, muchos contratos contienen cláusulas de fuerza mayor (*force majeure clauses*) cuyo objetivo principal es, por un lado, fijar el contenido de dicho concepto y, por otro lado, determinar cómo se distribuye el riesgo ante la concurrencia de determinados eventos imprevisibles. Por lo que respecta al primer aspecto, en algunos casos se trata de cláusulas que ofrecen un listado cerrado de supuestos de fuerza mayor (lo cual significa que los no incluidos se imputan a las partes como riesgo asumido contractualmente), mientras que en otros se aporta una definición convencional o se reproduce sin más el concepto legal de fuerza mayor que pueda aparecer en algún texto normativo. En cuanto a los efectos, pueden ser muy variados: la suspensión del contrato, el deber de renegociar sus términos, la concesión de una prórroga, la resolución con indemnización, etc.

En la práctica contractual también pueden encontrarse cláusulas de *hardship* o *rebus sic stantibus*, que suelen fijar criterios seguros para determinar la existencia de una excesiva onerosidad sobrevenida (por ejemplo, una pérdida cuantificada *ex ante* de ingresos o un descenso concreto del valor del mercado de los bienes), así como los remedios que se desencadenan en tal caso, señaladamente la renegociación y la resolución del contrato (sobre todas estas cuestiones, *vid.*, en detalle, Carrasco y Fontes, 2019: 131 ss.)

Es más, la *praxis* comercial internacional ha dado lugar a la creación de distintos términos y cláusulas uniformes (usos convencionales) que pretenden distribuir los riesgos extraordinarios entre los contratantes. Así, los populares Incoterms (2010), redactados por la International Chamber of Commerce (ICC), reparten de forma clara el riesgo imprevisible en los contratos de compraventa de mercaderías a través de diferentes grupos de casos (E, EXW, F, FOB, C, CFR, etc.). Por otro lado, la propia ICC cuenta desde el año 2003 con un modelo de Force Majeure Clause¹, recientemente actualizada, que hace referencia expresa a los supuestos de «plague, epidemic». Finalmente, en el sector de las adquisiciones de empresas también son hasta cierto punto habituales las llamadas cláusulas MAC (Material Adverse Change) o MAE (Material Adverse Effect), que, en términos genéricos, facultan al adquirente a poner fin al contrato (*walk away*), normalmente previo pago de una determinada indemnización (*break up-fees*), debido a la aparición de un cambio material adverso que afecta a la llamada «compañía objetivo» (Gili Sandaña, 2013: 5).

Ahora bien, hay que reconocer que este tipo de cláusulas está presente en un número relativamente reducido de contratos, ya que solo aparece en el marco de relaciones obligaciones de tracto sucesivo, de duración prolongada, complejas y de una elevada cuantía económica (contratos de compraventa internacional de mercaderías, fusiones de empresas, operaciones sindicadas de financiación, etc.). Por el contrario, es prácticamente imposible encontrar cláusulas de reparto del riesgo ante situaciones extraordinarias en la inmensa mayoría de los contratos en masa (consumo) y de la vida social más habitual (arrendamientos, préstamos personales e hipotecarios, etc.), por lo que la solución habrá que buscarla necesariamente en las normas generales del Derecho de contratos o, en su caso, en la legislación específica emanada durante la pandemia.

Hay, no obstante, otra forma de hacer frente anticipadamente a los riesgos imprevistos desde el ámbito de la autonomía de la voluntad: la contratación de un seguro. Efectivamente, existen numerosos contratos de seguro que cubren contingencias imprevisibles,

como los seguros de cancelación de viajes o los seguros de pérdidas de beneficios de explotación (que a veces forman parte de una póliza multirriesgo), cuyas condiciones generales y particulares habrá que verificar caso a caso con el fin de determinar si el supuesto concreto de la COVID-19 entra en su ámbito de aplicación o si, por el contrario, fue explícitamente excluido de la cobertura aseguradora (en este caso, a su vez, habrá que comprobar si la exclusión cumple todos los requisitos legales como la doble firma, la redacción destacada y en negrita, etc.). Aunque lo más normal es que en las cláusulas de exclusión de riesgos figuren expresamente las epidemias y pandemias, de no ser así se abre la puerta a que los efectos negativos que el riesgo produce sobre la actividad asegurada puedan ser cubiertos por el contrato. A mero título de ejemplo, en Francia algunas compañías aseguradoras han sido condenadas judicialmente a indemnizar a sus asegurados del sector de la hostelería y la restauración por las pérdidas de explotación sufridas debido a que entre los riesgos cubiertos por la póliza se hacía referencia expresa a los derivados de la *fermeture temporaire administrative* del establecimiento, esto es, al cierre temporal de la actividad económica por la autoridad pública².

Finalmente, *last but not least*, la autonomía de la voluntad de los contratantes juega un papel esencial para evitar que los conflictos planteados por los contratos afectados por la pandemia acaben en pleitos judiciales o en arbitrajes cuya solución, seguramente tardía, será menos satisfactoria que cualquier acuerdo que alcancen entre ellos. Cuando se concluye un acuerdo contractual es porque los intereses y expectativas de las partes quedaron suficientemente satisfechas, y estas deberían hacer todo lo posible para que este importante activo económico siga en vigor a través de la renegociación de sus términos originales, salvo que las condiciones de su mantenimiento sean tan leoninas o insoportables que la única solución posible sea resolver el contrato. Esto explica, por ejemplo, que muchas entidades bancarias ofrezcan a sus clientes una «moratoria sectorial» (por oposición a la «moratoria legislativa», que trataremos más abajo) de hasta doce meses para todos los préstamos personales e hipotecarios, a pesar de que nada les obliga a hacerlo (*vid.* art. 6 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19). Y es que, como siempre ha enseñado la sabiduría popular, más vale un mal acuerdo que un buen juicio.

3. LOS INSTRUMENTOS DEL DERECHO GENERAL DE CONTRATOS FRENTE AL RIESGO IMPREVISIBLE

3.1. FUERZA MAYOR

Prácticamente desde el día siguiente a la declaración del estado de alarma, una pléyade de comentaristas jurídicos identificaron la pandemia con un supuesto de fuerza mayor que, por su eficacia exoneratoria y liberatoria, podría invocarse para salvaguardar los intereses

del deudor que no pudiera cumplir. Sin embargo, esta aseveración genérica no es del todo cierta, ya que el campo de la fuerza mayor está lleno de matices que es conveniente aclarar.

Por de pronto, hay que comenzar por lo más obvio: ¿es la situación provocada por la COVID-19 un supuesto de fuerza mayor? En principio, si tenemos en cuenta los requisitos que el art. 1105 CC (aplicable en defecto de pacto o de otra norma específica) y nuestra jurisprudencia exigen para su concurrencia, habría que decir que sí. Efectivamente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido con toda claridad que para que un evento pueda ser calificado como fuerza mayor debe ser imprevisible y/o inevitable (SSTS 1321/2006, de 18 diciembre y, entre otras muchas, 406/2008, de 23 de mayo). La imprevisibilidad hace referencia a la imposibilidad de conocer anticipadamente o prever la aparición de un determinado acontecimiento de acuerdo con la diligencia media exigible en cada caso, mientras que la inevitabilidad —que, en nuestra opinión, es el elemento más importante de la fuerza mayor (*vid.*, STS 825/2002, de 12 de septiembre)—, implica que, aun siendo previsible, dicho evento no podría haberse eludido o evitado. A efectos de distinguir la fuerza mayor del caso fortuito (aunque esta distinción es muy discutible), también se hace referencia a su carácter extraño o exógeno respecto a los riesgos asumidos por el deudor dentro de su círculo de actividades (STS 3/2015, de 4 de febrero). Así pues, la pandemia (al igual que un terremoto, un incendio forestal, una riada o, entre otros supuestos posibles, una guerra) cumple aparentemente todos estos requisitos, puesto que ha sido un fenómeno imprevisible, inevitable y exógeno para todos aquellos que, con anterioridad a su aparición, concluyeron un contrato cuyo cumplimiento deviene imposible a raíz de las medidas adoptadas para combatir la crisis sanitaria.

No obstante, tal calificación puede desaparecer en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, probablemente la COVID-19 entraría dentro de los términos de lo previsible e incluso de lo evitable para un empresario que realizara un contrato mercantil después del 11 marzo de 2020 (día en el que la OMS declaró la pandemia), ya que, en cuanto agente del mercado, se le exigirá una mayor diligencia, concretada, por ejemplo, en la necesidad de redactar una cláusula de fuerza mayor que permita distribuir los riesgos frente a la enfermedad. Conviene recordar que el art. 79 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) establece claramente que una parte no será responsable del incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que el mismo se debe a un impedimento ajeno a su voluntad (fuerza mayor) y «[...] si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias». Por ello, la STS 744/2014, de 22 de diciembre, llegó a la conclusión de que la crisis inmobiliaria y financiera no constituía un supuesto de fuerza mayor alegable por una promotora de viviendas (igualmente, STS 742/2014, de 11 de diciembre). Es decir, tal y como se ha señalado acertadamente, no se trata tanto de la irresistibilidad de la propia contingencia cuanto de la capacidad del deudor para estar precavido y de la exigibilidad o no de medidas salvatorias (Carrasco, 2010a: 984).

Por otro lado, la pandemia no puede ser calificada de manera automática y sin matices como un caso de fuerza mayor impeditiva. Para que así sea, debe imposibilitar objetiva-

mente la ejecución de la prestación pactada. No cabe ninguna duda de que las prohibiciones legales de realizar determinada actividad económica se consideran, en cuanto *factum principis*, un claro supuesto de fuerza mayor para el afectado por el cambio normativo, al igual que las restricciones derivadas de la necesidad de respetar las medidas de seguridad sanitaria que impiden la actuación regular del negocio. Lo mismo puede predicarse de aquellos supuestos en los que se ha previsto una prestación personalísima (como dar un concierto) que no puede llevarse a cabo debido a que el deudor ha contraído la enfermedad. Por el contrario, la mayor dificultad o la excesiva onerosidad que pueda suponer el cumplimiento de lo pactado tras la aparición de la pandemia no puede considerarse fuerza mayor, sino, en su caso, un evento que daría lugar a la aplicación del principio *rebus sic stantibus*. Y en los supuestos, desgraciadamente cada vez más abundantes, de ausencia de liquidez del deudor para pagar una deuda, no puede hablarse de fuerza mayor, ya que la satisfacción de la obligación pecuniaria es, por definición, siempre posible (STS 266/2015, de 19 de mayo).

Pero el problema de la fuerza mayor no reside solamente, como hemos señalado, en la necesidad de su apreciación caso a caso (nunca en abstracto y de forma global), sino en su inadecuación para satisfacer los intereses de las partes y, por ende, de la sociedad en su conjunto. Tal y como afirma expresamente el preámbulo del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, «[...] si se acude a la regulación del Código Civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves». Efectivamente, la fuerza mayor, salvo que sea meramente transitoria por tratarse de un riesgo contextual y no definitivo (en cuyo caso sus efectos serían meramente suspensivos de la obligación de cumplir hasta el momento en que la imposibilidad desaparezca; en este sentido, art. 79.3 CISG), provoca ante todo un efecto exoneratorio —por falta de relación de causalidad— de la responsabilidad del deudor por los posibles daños y perjuicios provocados, pero no priva al acreedor insatisfecho de su derecho a instar la aplicación de algunos de los remedios anudados a cualquier incumplimiento contractual; por ejemplo, la resolución del contrato si el incumplimiento es esencial, en cuanto que esta no se vincula a la previa existencia de culpa o negligencia del deudor (así lo reconocen las SSTS de 9 de octubre 2006, 741/2014, de 19 de diciembre y 744/2014, de 22 de diciembre; en el mismo sentido se pronuncia el art. 79.5 CISG).

Además, los artículos 1182 y 1184 CC reconocen el efecto liberatorio completo del deber del deudor de llevar a cabo la prestación pactada por imposibilidad (*ad impossibilia nemo tenetur*) en las obligaciones de dar cosa determinada (no alcanza, por lo tanto, a las obligaciones genéricas) y en las de hacer, respectivamente. De acuerdo con la jurisprudencia, la aplicación de estas normas «[...] exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor» (STS 383/2002, de 30 de abril) si bien en alguna ocasión se ha equiparado a la «dificultad extraordinaria» (STS 881/1994, de 6 de octubre). La idea de la inimputabilidad es propia de los sistemas del *civil law*, en los que el principio culpabilista ha regido históricamente en materia de incumplimientos contractua-

les y remedios. Por ello, en ausencia de culpa (esto es, cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible, STS, de 30 marzo de 1997), es inexigible el cumplimiento en forma específica. En cualquier caso, nuestra jurisprudencia también recuerda que la imposibilidad «[...] debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística atendiendo a los casos y circunstancias» (SSTS de 5 de mayo de 1986 y de 13 de marzo de 1987).

Vistos los efectos que produce la fuerza mayor, cabe concluir que no se trata de una figura apta para reasignar los riesgos derivados de la pandemia y permitir la conservación del contrato. Es cierto que el deudor podrá liberarse de su obligación de cumplir y de la responsabilidad derivada del incumplimiento inimputable, pero también lo es que el acreedor podrá poner fin legítimamente a la relación contractual (art. 1124 CC) y, en su caso, exigir la restitución de lo entregado, lo cual provoca un doble efecto pernicioso:

i) Por un lado, la desaparición o extinción del contrato, que es, en sí misma, un evento desgraciado no solo porque implica el fracaso de las expectativas económicas en las que partes habían depositado su interés, sino también —o especialmente— porque se destruye lo que se ha denominado el «valor relacional» asociado a los contratos, consistente en el «entramado de reciprocidades» que se vinculan a cualquier relación contractual viva (Ganuza y Gómez Pomar, 2020: 571). Piénsese que la resolución de un contrato puede llegar a tener un «efecto mariposa» capaz de destruir otras relaciones negociales ubicadas en el sistema o cadena de contratos que articulan nuestro sistema económico.

ii) Por otro lado, en el marco de una crisis económica que se está traduciendo en una drástica reducción de ingresos, el deber de restituir puede provocar impagos masivos y la apertura incontrolada de procesos concursales.

3.2. *REBUS SIC STANTIBUS*

La estrella jurídica de la pandemia ha sido la cláusula *rebus sic stantibus* (también conocida en la jerga internacional como *hardship*), figura secular en torno a la cual se han escrito decenas de estudios y comentarios que han querido ver en ella el mejor salvavidas posible del deudor acuciado ante el cambio extraordinario de las circunstancias provocado por la irrupción de la COVID-19. Tal ha sido la expectación que ha levantado la *rebus* que han llegado a presentarse iniciativas privadas de regulación de carácter nacional (Fundación FIDE) e internacional (European Law Institute); incluso una enmienda al Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia presentada por el Grupo Plural intentó introducir una normativa especialmente prolija de la figura en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, al igual que ocurre con la fuerza mayor, un análisis detallado de sus requisitos y efectos pone de manifiesto sus severas limitaciones como instrumento técnico para afrontar la crisis que amenaza a los contratos.

Históricamente, frente a la eficacia del principio *pacta sunt servanda* (arts. 1091 y 1258 CC) se contrapuso la doctrina de origen canónico *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus* (mientras las cosas sigan como eran y no surja algo nuevo). Esta doctrina no aparece en el Código civil español (de hecho, no se recogió ni en el Code Civil ni en el BGB

originarios), si bien la jurisprudencia admitió desde mediados del siglo pasado su existencia siempre y cuando concurrieran una serie de requisitos especialmente exigentes: alteración extraordinaria de las circunstancias, carácter radicalmente imprevisible de la alteración, desproporción exorbitante entre las pretensiones de las partes, derrumbe del contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones y ausencia de cualquier otro remedio para poder solucionar el perjuicio provocado (SSTS de 17 de mayo de 1957 y, entre otras muchas, de 25 de junio de 2007). Habida cuenta de la necesidad de dar cumplida prueba de la presencia de estas draconianas condiciones, es perfectamente comprensible que la doctrina de la *rebus* prosperara en casos muy contados (así, STS de 28 de enero de 1970).

Sin embargo, la desconfianza de nuestra jurisprudencia hacia esta cláusula —considerada especialmente peligrosa— comenzó a atenuarse gracias a una serie de sentencias que, al rebufo de la anterior crisis económica, favorecieron lo que dio en llamarse «[...] una tendencia a la aplicación normalizada de la figura», inspirada en numerosos textos del llamado *soft law* internacional (como los arts. 6:1.1.1 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y 6.2.1 ss. de los Principios Unidroit *de los Contratos Comerciales Internacionales*) y asentada en la aplicación del principio general de buena fe y en la idea de la conmutatividad que todo contrato implica (SSTS 333/2014, de 30 de junio, 591/2014, de 15 de octubre y, entre otras, de 13 de marzo de 2015). No obstante, actualmente parece observarse un retorno hacia una interpretación más restrictiva y excepcional de la cláusula en cuestión (SSTS 455/2019, de 18 de julio y 156/2020, de 6 de marzo).

Sea como fuere, aunque a primera vista pueda parecer que la pandemia abre las puertas a la aplicación generalizada de la *rebus*, lo cierto es que dicha aplicación no será ni mucho menos automática. Por de pronto, hace falta que, debido a eventos completamente imprevisibles (STS 820/2012, de 17 de enero de 2013), concorra una «[...] alteración de las circunstancias de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato» (STS 455/2019, de 18 de julio).

Respecto al primer requisito, hay que tener en cuenta si el propio contrato ha previsto una atribución del riesgo, ya que, como señala la STS 5/2019, de 9 de enero, «[...] si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida, que, por definición, implica lo no asunción del riesgo» (igualmente, SSTS 64/2015, de 24 de febrero y 477/2017, de 20 de julio). Así pues, aunque en un principio la situación provocada por la pandemia es excepcional e imprevisible, será necesario indagar en los términos de cada contrato para comprobar si este previó de forma explícita o implícita la asignación de los riesgos derivados de escenarios como el presente.

Por otro lado, la exigencia de que se incremente *significativamente* el riesgo de frustración de la finalidad del contrato conduce a la idea de la alteración de la base del negocio por excesiva onerosidad sobrevenida, concebida como un aumento en los costes de ejecución o una disminución del valor de la contraprestación recibida —así, art. 6.1.11 (1) PECL— que provoca un desequilibrio capaz de poner en riesgo la propia razón de ser y existir del contrato. Nuevamente, el cumplimiento de esta condición debe verificarse caso a caso y

en función de las circunstancias concurrentes. Así, la STS 591/2014, de 15 de octubre, consideró que una caída de la rentabilidad del 42 % en el sector hotelero era suficiente para aplicar la cláusula *rebus*, mientras que el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, cuyo preámbulo afirma que la norma introduce una regulación específica para los contratos de arrendamiento de local de negocio e industriales «[...] en línea con la cláusula *rebus sic stantibus* de elaboración jurisprudencial», exige una reducción de la facturación del mes natural anterior de, al menos, un 75 % (art. 3.1 c).

Pero lo más importante es reconocer que la *rebus* carece de aplicación en los supuestos de falta de liquidez provocada por la alteración sobrevinida de la capacidad económica de los contratantes o por su vulnerabilidad puntual (Morales Moreno, 2020: 450), ya que, en puridad, no se trata de supuestos de alteración de la base del negocio por desequilibrio económico de las prestaciones de las partes. Además, se ha dicho con acierto que la falta de liquidez es normalmente un riesgo que corre a cargo del deudor (Gregoraci, 2020: 467), por lo que no podría calificarse de circunstancia extraordinaria e imprevisible. De este modo, un número muy importante de casos quedarán irremediabilmente excluidos del ámbito de aplicación de la *rebus*.

A pesar de todo lo dicho, y dando por hecho que podremos encontrarnos con numerosos casos en los que la cláusula *rebus* sí resulte claramente aplicable, el problema estriba en que sus efectos o consecuencias no son suficientemente oportunos y eficaces. Por de pronto, el mero cambio de las circunstancias no autoriza en principio al contratante que padece el desequilibrio contractual a suspender el cumplimiento (así, art. 6.2.1. PICC), por lo que tendrá que seguir ejecutando el programa prestacional en los términos inicialmente pactados. Por otro lado, los diferentes ordenamientos jurídicos que han regulado esta figura establecen que la parte afectada por la excesiva onerosidad puede solicitar una revisión o adaptación del contrato (§ 313 BGB, 1195 Code Civil), lo cual, lógicamente, presupone la apertura de un proceso de renegociación (el art. 6:111 PECL incluso prevé una sanción consistente en la reparación de los daños y perjuicios causados por la parte que se negó a negociar o que rompió las negociaciones de mala fe). No cabe ninguna duda de que la modificación pactada del programa prestacional con la finalidad de adaptarlo a la nueva realidad es la mejor solución posible, pero es bastante discutible que dicho acuerdo pueda alcanzarse en el marco de unas negociaciones obligatorias a las que se ve abocada una parte que, por las razones que fueren, no aceptó previamente una propuesta de modificación (se supone que el contratante afectado por un desequilibrio insoportable intentará, ante todo, adaptar el contrato, ya que lo contrario induce a pensar en un comportamiento oportunista y contrario a la buena fe) y que, habitualmente, gozará de un poder de negociación prevalente. ¿Y si no se consigue un acuerdo? Entonces hay dos opciones: o bien es el juez el que adapta el contrato, o bien se procede sin más a su resolución. Esta última solución debería ser evitada por las razones que anteriormente expusimos, mientras que poner en manos de los tribunales la revisión de los contratos se nos antoja una salida del conflicto aún peor. Si los contratantes, que son los primeros interesados en mantener el contrato, no han podido alcanzar un acuerdo para adaptarlo, difícilmente podrá hacerlo un juez, habida cuenta de los limitados conocimientos y elementos de decisión con los que contará.

Además, imponer los términos de un nuevo contrato *manu militari* es garantía del fracaso inminente de la relación contractual.

Pero aquí no acaban los problemas de la *rebus*. En el marco de la actual crisis económica, cualquier deudor razonable pretenderá alcanzar una solución rápida que permita evitar el fracaso de la relación contractual, y precisamente la invocación de esta cláusula comporta todo lo contrario: el transcurso de un prolongado periodo de tiempo desde que se interpone la demanda hasta que se dicta una sentencia firme (Rosado y Ruiz, 2020). No en vano, lo más normal es que la sentencia recaiga en un escenario en el que el contrato haya dejado de existir (pues en otro caso el desequilibrio no sería tan exorbitante) y en el que las posibilidades de revisión del acuerdo serán, en consecuencia, nulas. Es cierto que últimamente están aflorando numerosos autos de juzgados en los que se concede, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución de avales por impago de rentas arrendaticias o de otras deudas en función de la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) del demandante que invoca la cláusula *rebus sic stantibus* como mecanismo de revisión del contrato litigioso. En cualquier caso, la judicialización de la crisis de los contratos podría provocar un auténtico colapso de unos tribunales ya de por sí sobrecargados, sin olvidar los considerables costes asociados que toda intervención judicial acaba provocando.

Además de todo ello, el demandante se enfrentará al caso con un grado de incertidumbre e inseguridad jurídica nada desdeñable, ya que, ante la ausencia de una norma clara que regule la figura en cuestión, no tendrá más remedio que recurrir a una jurisprudencia que se ha caracterizado, especialmente en los últimos años, por su carácter cambiante y voluble. En este sentido, basta señalar que supuestos prácticamente idénticos han sido resueltos de forma diametralmente opuesta por la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (así, la STS de 15 enero 2019 establece, en abierto contraste con la STS 15 octubre 2014, que el riesgo de un descenso en los rendimientos económicos de un hotel derivados de la crisis económica debe ser asumido por el demandante).

Con el fin de proporcionar cierta seguridad a los pleitos que, sin lugar a dudas, se plantearán de forma masiva en los próximos meses, se ha sugerido la posibilidad de introducir la figura de la *rebus* en el Código Civil. No sería una tarea especialmente dificultosa, ya que el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos, preparada por la Comisión General de Codificación, regula la figura de la «alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato», por lo que bastaría trasladar su contenido al ordenamiento jurídico (no en vano, tanto la propuesta de la Fundación FIDE como la enmienda del Grupo Plural se basan descaradamente en dicho proyecto). Sin embargo, por muy conveniente que sea regular la *rebus* con el objeto de acabar con la inseguridad jurídica descrita (en el momento de escribir estas líneas, se ha anunciado que en un breve período de tiempo se modificará el Código Civil con el fin de incluirla en su articulado), lo cierto es que su utilidad será muy limitada, dado que se trata de un remedio poco apropiado para afrontar una crisis generalizada y potencialmente sistémica del entramado de los contratos privados. La alteración sobrevenida de las circunstancias tiene que ser alegada caso a caso, y serán los jueces y tribunales los que intenten —aunque muy difícilmente lo lograrán— restaurar la justicia conmutativa a través de las

medidas analizadas. Sin embargo, como ya adelantamos, en estos momentos precisamos mecanismos capaces de instaurar la justicia distributiva respecto a la globalidad de los contratos afectados por la pandemia y siempre en aras de proporcionar una protección especial a los contratantes más débiles. Ante un problema generalizado y extendido, no pueden ofrecerse soluciones particulares y concretas. Por eso, no debe extrañar que países que cuentan con una regulación completa de la *rebus* —como Francia (*imprévision*), Italia (*eccessiva onerosità sopravvenuta*) y Alemania (*Störung der Geschäftsgrundlage*)— hayan optado por introducir una batería de medidas de emergencia dirigidas a repartir de forma general los riesgos contractuales con base en criterios predeterminados.

4. LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA DE URGENCIA

4.1. MORATORIAS

4.1.1. Concepto y ámbito

Uno de los sectores de la contratación privada potencialmente más afectados por cualquier crisis económica es el de los arrendamientos y los contratos de financiación (préstamos hipotecarios y personales), ya que la destrucción de empleo incide inmediatamente en la capacidad de numerosos deudores para hacer frente a los pagos periódicos que caracterizan ambas modalidades contractuales. Y ya se sabe cuál es la consecuencia que sigue a los impagos: resoluciones de contratos, desahucios y lanzamientos, con todo el drama personal que acarrearán, tal y como desgraciadamente pudimos comprobar en la anterior crisis.

El legislador de emergencia ha querido evitar este escenario mediante el reconocimiento de una moratoria a favor de determinados deudores, es decir, un aplazamiento o postergación de la obligación de pago a un momento en el que la situación del confinamiento y el cierre de la economía finalizaran. Nos encontramos claramente ante un mecanismo de justicia distributiva que pretende repartir o, más bien, trasladar directamente el riesgo a uno de los contratantes (el acreedor de la prestación pecuniaria), proporcionando de este modo liquidez a los deudores acuciados por la falta de ingresos derivados de la crisis.

No obstante, se trata de una medida que, aplicada de forma global, resultaría tremendamente inicua, dado que es fácil imaginar la existencia de acreedores cuya situación económica puede ser tan precaria o más que la de sus deudores (por ejemplo, pequeños propietarios y pymes). Por eso, cualquier moratoria tiene que fijar correctamente los elementos subjetivos y objetivos que condicionan su aplicabilidad, lo cual, en el caso español, se ha hecho teniendo en cuenta la capacidad económica tanto del acreedor como del deudor. Esto es, solo se concederá a los deudores vulnerables y en especial situación de precariedad económica que lo soliciten expresamente frente a acreedores solventes y con cierto músculo financiero.

Ahora bien, aunque el criterio escogido parece sensato y apropiado, es conveniente señalar que, mientras la moratoria en el sector financiero ha sido una constante de la le-

gislación comparada europea para hacer frente a la crisis provocada por la pandemia, no ha ocurrido lo mismo con la moratoria arrendaticia, únicamente reconocida como tal en España y Portugal. La diferencia reside en que en el primer caso se traslada el riesgo a una serie de entidades financieras cuya capacidad para resistir un aplazamiento más o menos extendido de pagos está normalmente fuera de toda duda, mientras que en el segundo están involucradas personas físicas o jurídicas cuya fortaleza económica puede ser discutible. Tal y como se ha denunciado, obligar a ciertos arrendadores débiles a conceder las moratorias puede implicar un riesgo importante para la economía por la cadena de impagos que podría desencadenar (Ganuza y Gómez Pomar, 2020: 569). Por eso, otros países han acudido al auxilio del arrendatario recurriendo a instrumentos diferentes a la moratoria, como la exclusión del derecho del arrendador a resolver el contrato por impago (Alemania) o la prohibición de imponer determinadas sanciones, penalizaciones, multas o de recurrir a las garantías y fianzas prestadas por falta de pago (Francia).

4.1.2. Moratorias arrendaticias

La moratoria del pago de las cuotas arrendaticias está prevista tanto para los contratos de arrendamiento de vivienda (Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19) como para los de local de negocio y de industria (Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo). Sus requisitos y condiciones no son completamente coincidentes.

Por lo que respecta a los contratos de vivienda habitual suscritos al amparo de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU), la moratoria queda condicionada a que el arrendador sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor (entendiéndose por tal a la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o de una superficie construida de más de 1500 m²) y el solicitante una persona física en situación de vulnerabilidad económica a consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por la COVID-19, concepto que trataremos más adelante. La moratoria, que se otorgará siempre y cuando el arrendador no haya optado por la posibilidad legal de reducir la renta en un 50 %, afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma y sus prórrogas, sin que puedan superarse los cuatro meses, y consiste en que las cuotas aplazadas se devolverán, sin intereses ni penalización alguna, fraccionadas durante al menos tres años (siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas).

Con relación a los contratos de arrendamiento distintos de los de vivienda y de industria, hay que señalar que quedaron inicialmente excluidos del ámbito de la actuación legislativa de urgencia (probablemente, por las dudas que generaba la traslación automática del riesgo al arrendador en estos casos), lo que provocó una interesante disputa doctrinal en torno a cuál era la situación jurídica de los arrendatarios en medio de una pandemia que les impedía abrir sus locales de negocios y, en consecuencia, generar los ingresos necesarios para satisfacer las rentas acordadas. Para algunos, el arrendatario tenía derecho a suspender

el pago debido al incumplimiento de la obligación del arrendador de proporcionarle continuamente el goce útil de la cosa arrendada *ex art. 1554.3º CC (Carrasco, 2020b)*, así como a la aplicación analógica del art. 26 LAU (suspensión del contrato por obras acordadas por la autoridad competente), mientras que, para otros, los arrendatarios seguían estando obligados a pagar a pesar de la suspensión legal de sus actividades empresariales (*pacta sunt servanda*), ya que el riesgo de la ausencia de utilidad sobrevenida del local arrendado no está asignado legalmente al arrendador (entre otras cosas, porque el art. 1554.3º CC no se refiere al goce útil, sino al «pacífico») y, por ello, no nos encontraríamos ante un problema de incumplimiento contractual derivado de fuerza mayor (Pantaleón, 2020).

Finalmente, el legislador reconoció a través del Real Decreto-ley 15/2020 que «[...] la falta de ingresos o la minoración de los mismos durante el periodo que dure el estado de alarma puede dar lugar a la incapacidad financiera de autónomos y pymes para hacer frente al cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago de renta de locales en alquiler que pone en serio riesgo la continuidad de sus actividades». Por ello consideró «[...] conveniente ofrecer una respuesta que permita abordar esta situación y regular un procedimiento para que las partes puedan llegar a un acuerdo para la modulación del pago de las rentas de los alquileres de locales». De esta forma, se reconocía que el arrendatario no podía suspender unilateralmente el cumplimiento de su obligación de satisfacer la renta y, a la vez, se abría la posibilidad legal de que se acordara una moratoria siempre y cuando se cumplieran los requisitos establecidos.

Así pues, cuando se trate de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda (art. 3 LAU) o de industria y el arrendador sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor (en los términos que ya hemos visto), el arrendatario podrá solicitar una moratoria en condiciones similares a las citadas para el arrendamiento de vivienda. No obstante, se exige que el solicitante sea un autónomo o una pyme cuya actividad haya quedado suspendida como consecuencia del *factum principis* o que acredite sufrir una severa pérdida de facturación de, al menos, el 75 % (art. 3 Real Decreto-ley 15/2020). De cumplirse todos los requisitos, la renta se aplazará —sin penalización ni devengo de intereses— mediante el fraccionamiento de las cuotas en un plazo de dos años.

Tal y como adelantamos, en el preámbulo del Real Decreto-ley 15/2020 se afirma que «[...] procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual». Esta mención explícita de la *rebus* como figura inspiradora de la moratoria legal en los arrendamientos distintos del de vivienda y de industria, plantea la cuestión de si queda excluida su posible invocación en sede judicial por parte de los arrendatarios que no cumplen con los requisitos del art. 3 del Real Decreto-ley 15/2020, o incluso por aquellos que, cumpliéndolos, prefieran, por las razones que sean, interponer una demanda invocando la cláusula *rebus sic stantibus*. En nuestra opinión, el legislador ha pretendido establecer un umbral mínimo de protección imperativa a través de la moratoria legal, pero desde luego eso no puede cerrar la posibilidad de que el arrendatario recurra a la «*rebus* jurisprudencial» con

el objeto de alcanzar un grado de tutela superior mediante, por ejemplo, la renegociación de otros términos del contrato (así parece deducirse del Auto 162/2020 de 7 Jul. 2020, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benidorm). Por otro lado, tiene razón Pantaleón (2020) cuando afirma que ambas figuras responden a una lógica diferente, ya que mientras la *rebus* es expresión de la justicia conmutativa, la moratoria «[...] refleja una lógica distributiva de ayuda a los arrendatarios típicamente más débiles».

4.1.3. Moratorias financieras

La moratoria de los contratos de financiación se centra en los préstamos hipotecarios y en el resto de contratos de préstamo sin garantía hipotecaria (préstamos personales, incluyendo los préstamos al consumo). Por lo que respecta a los primeros, el legislador se centró inicialmente en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda, al considerar «[...] de especial importancia garantizar el derecho a la vivienda a los deudores hipotecarios en situación de especial vulnerabilidad que vean reducir sus ingresos como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19» (exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19). Por ello, se les reconoce la posibilidad de solicitar —hasta el 29 de septiembre de 2020— una moratoria que provoca la suspensión de la deuda hipotecaria durante el plazo de tres meses y la consiguiente inaplicación de la cláusula de vencimiento anticipado (caso de existir). Aunque el tenor literal de la norma no lo aclara, parece que dicha suspensión, que en ningún caso genera intereses ni ordinarios ni moratorios, debería dar lugar a una ampliación del plazo de duración del préstamo coincidente con el de la moratoria concedida (art. 14). Además, la moratoria se aplica a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario (art. 8.2), los cuales, adicionalmente, podrán exigir que la entidad crediticia agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada «[...] aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión», siempre y cuando se encuentren en situación de vulnerabilidad económica (art. 10).

Posteriormente, el Real Decreto-ley 11/2020 amplió el ámbito de aplicación de la medida a los inmuebles afectos a la actividad económica (esto es, los locales de negocios) que desarrollen empresarios y profesionales que acrediten sufrir una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída en su facturación de al menos un 40 %, y a las viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler (segundas residencias adquiridas mediante un préstamo hipotecario), siempre y cuando el arrendador haya dejado de percibir la renta arrendaticia (fracaso en cadena de contratos). No se ha previsto, sin embargo, la posibilidad de aplicar la moratoria a los préstamos hipotecarios otorgados para conseguir liquidez para el negocio, para rehabilitar una vivienda o para reunificar deudas, lo cual, tal y como se ha denunciado, carece de justificación, por cuanto «[...] en estos casos el agobio familiar para su pago puede ser mucho mayor que en otros de los previstos» (García Rubio, 2020: 30).

Por otro lado, el art. 20 del Real Decreto-ley 11/2020 extiende la posibilidad de solicitar la moratoria legal de tres meses a cualquier contrato de préstamo personal sin garantía hipotecaria siempre y cuando esté contratado por una persona física que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica como consecuencia de la crisis sanitaria. En este caso, el legislador sí aclara que el efecto de la suspensión será la ampliación de la fecha del vencimiento del contrato por el tiempo de duración de aquella, sin modificación alguna del resto de las condiciones pactadas (art. 25.2 del Real Decreto-ley 11/2020).

Finalmente, el legislador de urgencia ha introducido dos moratorias financieras específicamente destinadas al sector turístico y de transportes: moratoria de hasta doce meses en los préstamos hipotecarios otorgados para la financiación de inmuebles afectos a una actividad turística (arts. 3 y ss. del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo) y moratoria de hasta un máximo de seis meses en el pago del principal de las cuotas de los contratos de préstamos, *leasing* y *renting* de vehículos dedicados al transporte público discrecional de viajeros en autobús y al transporte público de mercancías (arts. 18 y ss. del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda). Resulta como mínimo llamativo, y muy discutible, que estas moratorias concedan a sus destinatarios un aplazamiento del pago considerablemente más prolongado en el tiempo que el que se reconoce a los deudores hipotecarios adquirentes de una vivienda habitual.

4.1.4. Consideraciones críticas: vulnerabilidades, burocracia y formalismos

Tal y como venimos señalando, las moratorias legales no se conceden a cualquiera que las solicite, sino únicamente a los que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad económica que les haga merecedores de tal medida. Aunque desde un punto de vista teórico no hay nada que reprochar a la introducción de este criterio de delimitación subjetiva —puesto que la traslación automática e imperativa del riesgo de iliquidez al acreedor exige un principio de prueba sobre su necesidad real—, sí lo hay, y mucho, cuando se analiza con detalle su contenido y configuración práctica.

Por de pronto, las normas que regulan esta cuestión son de una prolijidad y complejidad excesiva y, en su afán de prever exhaustivamente todos los posibles supuestos, inevitablemente dejan muchos casos fuera de su ámbito de aplicación. Por ello, quizás habría sido más conveniente recurrir, como ha hecho el legislador alemán, a criterios o fórmulas genéricas, como la imposibilidad de cumplir el contrato sin poner en peligro los medios adecuados para el sustento del deudor o el de su familia debido a la pérdida de ingresos causada por la pandemia (art. 240 EGBGB).

Además, no hay, como parecería razonable, un criterio relativamente uniforme que sirva para determinar qué debe entenderse por vulnerabilidad económica, ya que el legislador ha optado por definir de forma distinta dicho concepto en función de quién sea su destinatario (arrendatario urbano de vivienda, de industria, deudor hipotecario, etc.). Esta forma de legislar provoca reiteraciones innecesarias (como la repetición de los

complejos requisitos relacionados con los ingresos de la unidad familiar referenciados al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual) y genera un grado de confusión e inseguridad jurídica considerable (*vid.* Martínez Gómez: 2020). Así, tratándose de un arrendamiento de vivienda habitual, se exige que el arrendatario persona física esté en situación de desempleo o en un ERTE, mientras que para el deudor hipotecario solo se contempla la primera posibilidad, sin atisbarse una razón que justifique este diferente trato. Igualmente, la concesión de la moratoria hipotecaria se supedita a la prueba de que la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias en términos de acceso a la vivienda, cosa que no se hace para los arrendamientos de vivienda habitual. En definitiva, se introducen o eliminan requisitos de forma poco justificada, lo cual provoca una confusión muy contraproducente cuando lo que se desea es proteger a los deudores vulnerables.

Por otro lado, no debe minusvalorarse el hecho de que la compleja acreditación formal de la presencia de las condiciones subjetivas exigidas (a través de certificados de desempleo, libro de familia, certificado de empadronamiento, declaración responsable, certificado de suspensión de actividad expedido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, etc.) puede acabar por desincentivar al deudor que, abrumado por tanta burocracia, acabe por desistir de su intención de solicitar la moratoria.

Finalmente, aflora en el sistema diseñado un formalismo tan exagerado como ineficiente. A mero título de ejemplo, el art. 13.3. Real Decreto-ley 8/2020 establece que la moratoria de la deuda hipotecaria no requiere ni acuerdo entre las partes ni novación contractual para que surta efectos, «[...] pero deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad». La medida es criticable, ya que, ante una crisis tan feroz como la sufrida no parece que sea lo más conveniente introducir una serie de exigencias formales que no hacen más que retrasar, complicar y encarecer la concesión de una moratoria que, no se olvide, tiene un origen legal. Pero es más, la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 15/2020 extiende tal deber a los préstamos personales no garantizados con hipoteca, respecto a los cuales aclara que será obligación unilateral de la entidad acreedora promover la formalización de la póliza o escritura pública en la que se documente el reconocimiento de la suspensión de las obligaciones contractuales y, en su caso, la inscripción, en el Registro de Bienes Muebles. Aun cuando se ha previsto que, en este caso, los derechos arancelarios notariales y registrales deben satisfacerse por el acreedor (art. 24.6 del Real Decreto-ley 11/2020), no podemos dejar de señalar que se trata de una norma difícilmente comprensible en un tipo de préstamos que, como es sabido, no suelen requerir escritura pública para su validez.

4.2. PRÓRROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA HABITUAL

Seguramente, muchos contratos de arrendamiento de vivienda habitual tendrían que haber vencido durante el período más crudo de la pandemia por la finalización del periodo de prórroga obligatoria (art. 9.1 LAU) o, en su caso, de prórroga tácita (art. 10.1 LAU).

Evidentemente, las consecuencias que ello podría haber acarreado son especialmente dramáticas, por cuanto buscar un alquiler en pleno confinamiento se antoja como una tarea prácticamente imposible, y se estaría condenando a muchísimas personas a la indigencia y la caridad social.

Por ello, el art. 2 del Real Decreto-ley 11/2020 establece que todos los contratos de arrendamiento de vivienda habitual cuya finalización estuviera prevista dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor del citado real decreto ley hasta el 30 de septiembre de 2020 podrán prorrogarse, previa solicitud del arrendatario (que en este caso no tendrá que acreditar una situación de vulnerabilidad económica), durante un periodo máximo de seis meses (aunque la defectuosa redacción de la norma ha planteado dudas sobre el carácter imperativo de esta prórroga para el arrendador (Cuenca Casas: 2020). De esta forma, se extiende la duración del contrato de arrendamiento con el objeto de otorgarle al arrendatario tiempo suficiente para buscar otra vivienda en mejores condiciones. Además, la norma establece que seguirán aplicándose los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor, lo que implica que el arrendador no podrá incrementar la renta pactada ni introducir ningún otro cambio en perjuicio del arrendatario.

4.3. QUITAS

No es extraño que en momentos de grave crisis económica las partes recurran a la quita parcial o total de la deuda pecuniaria generada como medio para lograr la supervivencia del contrato. Sin embargo, una cosa es que los contratantes acuerden libremente tal cosa y otra muy distinta es que el legislador la imponga de forma generalizada, ya que, a diferencia de la moratoria, en este caso se desplaza el riesgo de la prestación (no de la falta de liquidez momentánea) al otro contratante, que asume indirectamente una parte de las pérdidas en que ha incurrido el deudor como consecuencia de la pandemia. Por esta razón, son muy pocos los países que han recurrido a esta medida durante la crisis provocada por la COVID-19.

Como anticipamos más arriba, en España esta medida se ha contemplado en los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, estableciéndose al respecto que el arrendador al que el arrendatario haya solicitado el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta tiene derecho a optar entre dicha moratoria o «[...] una reducción del 50% de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa de la COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses». Por lo tanto, no se trata de una medida imperativa, sino voluntaria y supeditada en todo caso a la decisión que tome el arrendador en función de sus propios intereses; para Pertíñez (2020: 3), aunque más costosa, la opción de la quita es más segura que la de la moratoria.

Igualmente, debe señalarse que la posible concesión de la moratoria tanto arrendaticia como crediticia implica la existencia de una quita financiera, ya que el deudor no tiene que satisfacer ninguna cantidad adicional en concepto de intereses de demora, por lo que el coste financiero del aplazamiento se asume íntegramente por el acreedor (Ganuzo y Gómez Pomar, 2020: 578)

4.4. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO AL CONSUMO: LÍMITES LEGALES

Cuando el consumidor sepa con certeza que el empresario con el que ha contratado no podrá cumplir la prestación pactada como consecuencia de la pandemia, deseará casi con toda seguridad resolver la relación contractual ante la existencia de ese incumplimiento esencial (art. 1124 CC), ya que, de esa forma, al menos podrá recuperar la cantidad que hubiere entregado en concepto de adelanto o de pago total de la operación. Así, ante las malas expectativas que se ciernen sobre el sector turístico, el adquirente de un viaje a Nueva York previsto para las vacaciones de Semana Santa de 2020 preferirá que se le devuelva sin más el importe satisfecho (y no un bono a emplear en un futuro incierto), y lo mismo ocurrirá con el usuario de un gimnasio que sigue cerrado, el comprador de unas entradas para un concierto que no se celebrará, etc.

Ahora bien, tal y como vimos, la resolución del contrato es el último de los remedios, ya que, amén de implicar el fracaso del programa prestacional acordado *inter partes*, puede poner en riesgo otros muchos contratos vinculados directa o indirectamente e, incluso, amenazar la propia continuidad del negocio del deudor incumplidor (piénsese, por ejemplo, que una pequeña agencia de viajes familiar enfrentada a una petición masiva de devolución de las cantidades entregadas a cuenta de un viaje finalmente cancelado podría verse abocada al concurso). Por esta razón, el legislador de emergencia ha decidido establecer una serie de cortafuegos destinados a evitar o, al menos, dilatar en el tiempo el ejercicio del derecho resolutorio.

Efectivamente, el art. 36.1 del Real Decreto-ley 11/2020 establece que el consumidor tiene derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días desde su imposible ejecución, si bien supedita su estimación a la imposibilidad de obtener una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato con base en las propuestas de revisión aportadas por los contratantes, como el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso, que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario. Así pues, de forma especular a lo que ocurre con la cláusula *rebus*, se impone el deber de renegociar los términos del contrato antes de proceder a su resolución. Una vez transcurridos 60 días desde la solicitud de resolución contractual sin que haya habido acuerdo entre las partes, se entenderá que no cabe obtener una propuesta de revisión y, en consecuencia, procederá la resolución del contrato, debiendo devolverse el precio en el plazo de 14 días. De este modo, como puede observarse, el legislador no solo intenta evitar la resolución, sino que, en el peor de los casos, retrasa sus efectos al menos 74 días, otorgando cierto oxígeno financiero al empresariado (Marín López: 2020). También se contemplan medidas similares para modalidades específicas de con-

tratos al consumo, como los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, en los que la empresa prestadora puede ofrecer opciones de recuperación del servicio *a posteriori* antes de proceder a la devolución de los importes ya abonados (art. 36.3 del Real Decreto-ley 11/2020).

Es evidente que el principio de conservación de los contratos late tras estas medidas, pero se echa de menos una mayor sensibilidad del legislador hacia los consumidores económicamente vulnerables (especialmente, los que hayan perdido su trabajo a raíz de la crisis), para cuya economía familiar la devolución inmediata de las cantidades satisfechas por una prestación que nunca van a poder percibir puede resultar básica. Además, la exclusión, en el momento de la devolución, de los *gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor* (art. 36.2 del Real Decreto-ley 11/2020) constituye una limitación difícilmente justificable del principio *restitutio in integrum*.

Finalmente, el régimen de los contratos de viajes combinados cancelados con motivo de la pandemia fue objeto desde el principio de una intensa polémica (*vid.*, Agüero Ortiz: 2020), hasta el punto de que se denunció ante la Comisión Europea (Expediente CHAP (2020) 00927) la regulación española por vulnerar la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y los servicios de viajes vinculados. Concretamente, se alegaba que el art. 36.4 del Real Decreto-ley 11/2020, en su redacción originaria, sustraía al viajero el derecho legal que tenía al reembolso (arts. 12.2 de la Directiva 2015/2302 y 160 del TRLGDCU) al obligarle a aceptar previamente un bono para ser utilizado durante un año (*vid.* Recomendación (UE) 2020/648 de la Comisión, de 13 de mayo de 2020, relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19). Por todo ello, el Reino de España decidió modificar el texto del antecitado art. 36 mediante el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. El precepto establece ahora que el organizador o, en su caso el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario, *previa aceptación por parte de este*, un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. La Comisión Europea, en su escrito de archivo del expediente fechado el 26 de junio de 2020, ha confirmado la adecuación de la nueva norma al Derecho de la UE, por lo que se ha zanjado en un tiempo récord un problema que podría haber dado lugar a la incoación de un procedimiento sancionador por infracción de Derecho de la Unión en materia de derechos de los consumidores y los viajeros (como les ha ocurrido a Francia, Portugal, Italia y otros Estados de la UE).

NOTAS

1. Disponible en: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>>.
2. Disponible en: <https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/07/19/coronavirus-l-assureur-albin-gia-condamne-a-indemniser-un-client-hotelier_6046656_3234.html>.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, Alicia, (2020): «Reduciendo los derechos de los consumidores en tiempos del COVID-19: limitaciones al derecho de reembolso de viajes combinados violando el Derecho de la Unión Europea», *Hay Derecho*, 3 de abril [en línea] <<https://hayderecho.expansion.com/2020/04/03/reduciendo-los-derechos-de-los-consumidores-en-tiempo-de-covid-19-limitaciones-al-derecho-al-reembolso-de-viajes-combinados-violando-el-derecho-de-la-union-europea/>>.
- BADENES GASSET, Ramón (1946): *El riesgo imprevisible*, Barcelona: Bosch.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2010): *Derecho de contratos*, Cizur Menor: Aranzadi, Thomson Reuters.
- (2020a): «Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor» [en línea] <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Permitame_que_le_cuenta_la_verdad_sobre_COVID-19_y_fuerza_mayor.pdf>.
 - (2020b): «Al fin la madre de todas las batallas del COVID-19: rebus sic stantibus. Con ocasión de una reciente propuesta institucional», *Cesco*, 26 de mayo.
- CARRASCO PERERA, Ángel y Inés FONTES MIGALLÓN (2019): *Construyendo contratos. Estrategias para la praxis negocial*, Cizur Menor: Aranzadi, Thomson Reuters.
- CUENA CASAS, Matilde (2020): «Pandemia por coronavirus y contratos de arrendamiento. Propuestas de solución», *El Notario del siglo XXI*, 90, marzo-abril.
- GANUZA, Juan José y Fernando GÓMEZ POMAR (2020): «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *InDret*, 2, 558-584.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (2020): «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España», *Revista de Derecho Civil*, VII, 2, especial, 15-46.
- GILI SANDAÑA, Marian (2013): «Las cláusulas de cambios adversos relevantes en las adquisiciones de empresas», *InDret*, 1.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos (2020): «Editorial. Fuerza mayor», *InDret*, 1, 1-19.
- GREGORACI, Beatriz, (2020): «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *Anuario de Derecho Civil*, II, 455-490.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac, (2020): «Viajes combinados: la ponderación de la Comisión Europea de los bienes jurídicos en juego en un contexto excepcional», *Diario La Ley*, 9685, Sección Tribuna, 30 de julio.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2020): «Resolver el contrato para después tener que negociar (art. 36 RD-ley 11/2020)», *Cesco*, 28 de mayo.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, SHEILA (2020): «¿Cuántas clases de consumidores vulnerables hay en las normas del COVID-19?», *Cesco*, 28 de mayo.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2020): «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el Derecho ordinario de contratos la solución?», *Anuario de Derecho Civil*, II, 447-454.
- PANTALEÓN, Fernando (2020): «Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales», *Almacén de Derecho*, 23 abril [en línea] <<https://almacendederecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales/>>.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco (2020): «El perverso artículo 4.2) del Real Decreto-ley 11/2020 y la estrategia del arrendador», *Cesco*, 28 de mayo.

PARRA LUCÁN, María Ángeles (2015): «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret*, 4.

RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno y Antonio I. RUÍZ ARRANZ (2020): «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y COVID-19», *Almacén de Derecho*, 16 abril [en línea] <<https://almacendederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19/>>.

Fecha recepción: 30 de julio 2020.

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.

ESTUDIOS

Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión

Jorge Correcher Mira

El ámbito de aplicación de la justicia como memoria como parte de los fines del Derecho internacional penal y la función de la Corte Penal Internacional

Héctor Olasolo

Andrés Sánchez Sarmiento

Antonio Varón Mejía

Evidence-based sentencing y evidencia científica. a la vez, algunas consideraciones sobre las «políticas basadas en la evidencia» y el Derecho Penal

Lucía Martínez Garay

DISCURSO DEL ODO Y MINORÍAS: REDEFINIENDO LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

HATE SPEECH AND MINORITIES: REDEFINING FREE SPEECH

Jorge Correcher Mira

Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal

Universitat de València

RESUMEN

El presente trabajo parte de la redefinición experimentada por la libertad de expresión y sus límites formales e informales en el contexto de hiperexposición propio de la revolución digital. Además de analizar esta realidad, el texto considera determinadas prácticas derivadas de la utilización de las redes sociales como herramienta para la acción política, como se verá respecto de la cultura de la cancelación, así como la restricción informal del derecho a la libre expresión de ideas que podría derivarse de este escenario. Asimismo, el artículo se centra en el tratamiento penal del discurso del odio y en los problemas que su penalización representa desde la perspectiva de la libre expresión, punto en el que se examina su instrumentalización como consecuencia de la pérdida de la protección de las minorías y los colectivos vulnerables como criterio interpretativo.

PALABRAS CLAVE

Discurso del odio, libertad de expresión, cultura de la cancelación, efecto desaliento, efecto silenciador, colectivo vulnerable.

ABSTRACT

The starting point of this paper consist in the redefinition of free speech, as well as its formal and informal limitations, in the context of hyperexposure consequence of the digital revolution. With this purpose, in addition to the description of this reality, some practices derived from the use of social network as a political strategy will be considered. For example, the so-called cancel culture, taking into account the informal restriction to free speech created by this scenario. Likewise, this article also analyses the hate speech legal framework, and the issues that its criminalization supposes from the free speech protection, considering its trivialisation as a consequence of ignoring minorities and vulnerable groups protection as its guiding criteria.

KEY WORDS

Hate speech, free speech, cancel culture, chilling effect, silencing effect, vulnerable group.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.016

* El presente trabajo se enmarca en los proyectos de investigación DER 2017-86336-R (IP: Lucía Martínez Garay) y RTI 2018-095424-B-I00 (IP: Ricardo Juan Sánchez).

DISCURSO DEL ODIO Y MINORÍAS: REDEFINIENDO LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Jorge Correcher Mira

Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal
Universitat de València

Sumario: 1. Notas preliminares. 1.1. Autocensura y *cancel culture*: una nueva gramática en materia de libre expresión. 1.2. La hiperexposición en redes sociales como forma de vigilancia. 2. El discurso del odio: entre la criminalización de los *delitos de opinión* y la protección de minorías. 2.1. Delimitación conceptual. 2.2. La protección de colectivos vulnerables como razón de ser. 2.3. La regulación extensiva del art. 510 CP por la LO 1/2015, de reforma del Código Penal. 2.4. La instrumentalización del discurso del odio. 2.5. Efecto silenciador *vs.* efecto desaliento 3. Consideraciones finales. Notas. Bibliografía.

1. NOTAS PRELIMINARES

Una sociedad democrática requiere la participación política a fin de garantizar la representación de la ciudadanía en la esfera pública. Para hacerla posible, la libertad de expresión juega un papel fundamental no solo porque es un medio que propicia el libre desarrollo de la personalidad, sino también porque ocupa una posición central en la canalización de las demandas ciudadanas, entre ellas, particularmente, las que provienen de los colectivos socialmente infrarrepresentados —las minorías o los grupos vulnerables—, así como de toda persona que, por razón de su adscripción a una determinada identidad, pueda padecer una situación de desigualdad sistémica o estructural. Para proteger de manera efectiva el disfrute del derecho a la libre expresión de estos grupos, la tipificación como delito de la manifestación de opiniones encuadrables en el discurso del odio constituye una limitación de la libre expresión que debe tratarse con las máximas cautelas, dado que, si bien resulta

necesaria para garantizar la participación de aquellos colectivos en la esfera pública, la eventual instrumentalización de su significado supondría tanto una desnaturalización de su sentido como una injustificada restricción de la libertad de expresión. En estas páginas se abordarán las aristas de este debate, si bien previamente se analizarán los posibles límites informales al derecho a la libre expresión de ideas derivados de fenómenos como la denominada cultura de la cancelación. Sobre esta cuestión cabe únicamente apuntar que partimos de la misma disyuntiva expuesta en el caso del discurso del odio: su utilización resulta positiva para dar voz a discursos contrarios al pensamiento dominante, pero el excesivo recurso a la misma, así como la indefensión y desprotección que puede generar, hace aconsejable su limitación.

1.1. AUTOCENSURA Y CANCEL CULTURE: UNA NUEVA GRAMÁTICA EN MATERIA DE LIBRE EXPRESIÓN

La libertad de expresión experimenta un profundo proceso de redefinición a consecuencia de los cambios en las pautas comunicativas derivados de la revolución digital, tendencia que puede constatarse claramente cuando se analiza el lenguaje surgido en este escenario social. Esta situación genera una dialéctica propia dentro del nuevo marco de referencia conformado por las redes sociales, contexto especialmente fecundo para el surgimiento de conflictos derivados de la conversación pública de masas (Gerchunoff, 2019: 51).

En este marco, adquiere un papel preponderante el concepto de *guerra cultural*, que reenvía a la existencia de disputas derivadas de opiniones enfrentadas sobre cuestiones sensibles para la vida social. Los debates que integran las numerosas controversias que impregnan la opinión pública en la actualidad tienen orígenes diversos; pueden surgir al calor de choques sobre aspectos básicos para la ordenación social, pero también pueden tener por objeto cuestiones banales que, sin embargo, terminan traducándose en una confrontación ideológica expandida de forma proporcional a las posibilidades de difusión que ofrece el medio digital.

«Como muestra, ¿quién diría que consumir frijoles podría convertirse en una manifestación política del derecho a la libre expresión de ideas? Esto es lo que ocurrió el pasado mes de julio en Estados Unidos, como consecuencia del apoyo público brindado por Robert Unanue, presidente de la empresa de envasados Goya, a una iniciativa del presidente Donald Trump, relativa a la integración de la población hispana. Después de afirmar que la población estadounidense debería sentirse «benedicida al tener a un líder como el presidente Trump», las redes sociales se inundaron de contenido donde usuarios críticos con la gestión del presidente tiraban a la basura latas de frijoles Goya – la misma Ocasio-Cortez, congresista democrática de ascendencia latina, subía a sus redes recetas alternativas a las salsas producidas por Goya— al mismo tiempo que los seguidores de Trump publicaban fotos en sus perfiles con carros llenos de latas de frijoles»¹.

En el escenario de la nueva gramática cultural afianzada en el campo de la libertad de expresión, pueden identificarse distintos fenómenos que, de una forma u otra, presentan conflictos relacionados con el tratamiento de este derecho. Así, si bien puede partirse de supuestos en los que las opiniones vertidas en las redes sociales representan una forma de participación en la esfera pública idónea para visibilizar las demandas de determinados

colectivos —tradicionalmente desplazados en los *mass media*—, también hay casos en los que estas prácticas derivan en una restricción informal de la libertad de expresión. En estos supuestos, se hablaría de una limitación de carácter horizontal de la libre expresión carente de la cobertura y el sostén de la potestad punitiva del Estado.

Es en este punto donde cabe aludir al movimiento conocido en Estados Unidos como *cancel culture*, expresión que hace referencia al fenómeno consistente en que una persona o una organización brinda su apoyo o promociona cualquier cuestión o estado de opinión que puede ser considerado ofensivo o lesivo para un grupo de personas, opinión o campaña que genera, como respuesta, una avalancha de comentarios contrarios, momento a partir del cual ese individuo (o grupo) pasa a estar *cancelado* (Susarla, 2020); se trata de una acción que no tiene únicamente un carácter performativo, sino que puede suponer la pérdida de oportunidades laborales o el descrédito público de la persona, e indirectamente un serio perjuicio económico, dado que en estas situaciones existe una clara relación con la denominada *economía de la atención*. En palabras de Nakamura, se trata de un «boicot cultural», es decir, una manifestación de réplica cuyo objetivo es contrarrestar la amplificación de la atención mediática o económica dirigida a la persona u organización que es objeto de cancelación. Especialmente significativa en el mundo artístico, la privación de la atención puede tener como consecuencia dificultar determinado estilo de vida (Nakamura, 2020)².

De nuevo, tomando como referencia a los Estados Unidos, se han producido claras llamadas a la cancelación de personajes públicos como por ejemplo Kanye West, cuando en 2018 declaró que «la esclavitud era una elección» o, más recientemente, por las dudas generadas a raíz de su campaña a la presidencia a los Estados Unidos, interpretada como una maniobra para restar votos afroamericanos a los demócratas en estados clave. También han sucedido casos de esta naturaleza en España, por ejemplo, la campaña de cancelación contra Rober Bodegas, cómico de Pantomima Full, por un monólogo donde ironizaba sobre cuestiones relativas a la etnia gitana, o la campaña que condujo al Ayuntamiento de Bilbao a cancelar el concierto del cantante C. Tangana en el Aste Nagusia por las denuncias en redes debido al supuesto carácter machista de sus letras, veto al que el artista respondió organizando dos conciertos consecutivos en una sala de la ciudad.

Asimismo, es preciso señalar que, si bien esta es la dinámica en la que incide en este trabajo, la cultura de la cancelación no se circunscribe a la expresión de opiniones, es decir, no está solo fundada en el señalamiento a determinadas personas o grupos por sus palabras u opiniones, sino que también pueden responder a actos de distinta naturaleza, incluso de carácter delictivo; por ejemplo, la investigación a la que fue sometido el productor de cine estadounidense Harvey Weinstein a consecuencia de su cancelación con motivo de las denuncias que dieron inicio al movimiento #MeToo. De este modo, bien en relación con la expresión de opiniones, bien respecto a una conducta concreta, la cultura de la cancelación revela la existencia de determinado estado de violencia u opresión en el medio social y es el instrumento a través del cual este canaliza su respuesta.

La cancelación es reivindicada por sus partidarios como una herramienta dotada de un alcance democratizador, en la medida en que deviene una «[...] cultura de rendición de cuentas, descentralizada y caótica, pero cuyo surgimiento era necesario» (Nakamura, 2020).

De esta postura puede compartirse el potencial comunicativo que confieren las prácticas propias de las redes sociales al discurso de colectivos que, por su posición de disenso con el pensamiento dominante, pudiera haber sido silenciado. No obstante, las posibilidades que ofrece esta práctica no aseguran que las demandas de los grupos emisores puedan ser igualmente deslegitimadas por otros agentes. En este sentido, las tensiones que genera el derecho a la libre expresión de ideas en este escenario quedan bien reflejadas en la referencia al *ofendidito*, término utilizado por personas que, habitualmente desde una situación de poder o privilegio, esgrimen que la crítica realizada por un grupo concreto se enmarca dentro de los márgenes de una extrema corrección política, razón por la cual la respuesta a la ofensa supone, a su vez, una restricción de la libertad de expresión de quienes desean apoyar el comentario o producto cultural que genera la ofensa. Al respecto, Lijtmaer se muestra crítica con esta argumentación, y considera que «[...] el señalamiento al moralista *ofendidito* en realidad no hace otra cosa que ocultar interesadamente la criminalización de su derecho, de nuestro derecho como sociedad, a la protesta» (Lijtmaer, 2019: 11).

Lo cierto es que esta dinámica encierra una clara paradoja si se compara la restricción a la libertad de expresión desde la confrontación entre sus límites formales e informales. Así, los grupos o sectores ideológicos que suelen abusar del término *ofendidito*, por ejemplo, para referirse a los colectivos que boicotean fiestas taurinas o protestan contra la denominada *ideología de género*, se amparan en la misma libertad de expresión que no les impide aplaudir la presentación de querellas o condenas ejemplares en materia de delitos contra los sentimientos religiosos o de enaltecimiento del terrorismo.

Dicho esto, lo que resulta cuestionable de la cultura de la cancelación es la falta de seguridad que impregna los juicios mediáticos dirigidos contra las personas acusadas. Efectivamente, en cualquier linchamiento virtual puede comprobarse que el problema que representan estas dinámicas es el desprecio absoluto de las razones en que pudiera ampararse la opinión expresada por la persona cancelada, así como el peligro que encierra el «apego a la literalidad» con que se libran estas *guerras culturales* (Lojerhuld, 2020), en las que puede percibirse una ignorancia deliberada del contexto en que se producen los hechos.

De este modo, más allá de que se afirme la pertinencia, la necesidad y aun la legitimidad del aprovechamiento de los *altavoces* que las redes sociales ofrecen para la participación de determinados colectivos en el proceso de deliberación pública, la *cancel culture* resulta criticable si se convierte en un nuevo espacio de punitivismo, en este caso informal, desprovisto de garantía alguna y sin margen para que la persona acusada pueda rebatir el contenido de las acusaciones en términos de racionalidad discursiva. Paradójicamente, prácticas como la cultura de la cancelación pueden terminar provocando una limitación de la libertad de expresión que se manifiesta en la imposición de cierta autocensura a la hora de expresar opiniones, consecuencia que podría considerarse como un *efecto desaliento 2.0* (Miro y Gómez, 2020: 21). Así las cosas, la generalización de este tipo de prácticas en el marco de las redes sociales de uso masivo podría conducir a una situación como la descrita por Soto, autor que apunta que «[...] en este mundo desdoblado, la libertad de expresión resulta menos arriesgada en el plano *offline* que en el *online*» (Soto, 2017: 101).

1.2. LA HIPEREXPOSICIÓN EN REDES SOCIALES COMO FORMA DE VIGILANCIA

De lo expuesto en el punto precedente cabe inferir que las prácticas comunicativas derivadas del auge de las redes sociales han producido un cambio de paradigma en las formas en que la persona proyecta su participación en la esfera pública, marcada por una nueva gramática en materia de libertad de expresión. Sobre esta cuestión, se ha constatado la existencia de una serie de prácticas que conllevan una restricción informal en materia de libertad de expresión. Para que esto ocurra, esto es, para que acciones como la cultura de la cancelación sean efectivas, o para que efectivamente pueda producirse una autocensura real en la expresión de opiniones en redes, debe partirse de la hiperexposición en redes por parte de la persona, fenómeno transversal reconocido por Harcourt en lo que denomina *sociedad de la exposición*:

«Vivimos en un nuevo tiempo político y social que está transformando radicalmente nuestras relaciones con los demás, nuestra comunidad política, pero también a nosotros mismos: la nueva transparencia virtual está reconfigurando drásticamente las relaciones de poder en el medio social, redibujando el escenario social y los límites políticos [...] un nuevo poder basado en la exposición que constantemente rastrea y ordena nuestra identidad digital» (Harcourt, 2015: 15 ss.).

En el subepígrafe precedente hemos hecho referencia a un ejemplo de esta transformación: la vigilancia horizontal que pueden realizar las propias personas usuarias de las redes sociales y que tiene consecuencias prácticas como la cultura de la cancelación o la autocensura, dinámicas que reflejan un nuevo paradigma de limitación informal a la libertad de expresión. En este punto, es oportuno hacer referencia al concepto de *panóptico digital* desarrollado por Han (2015), que designa el amplio espacio de control social derivado de la puesta a disposición de perfiles públicos en redes sociales, pero también de los procesos masivos de cesión de datos a empresas multinacionales: «Google y las redes sociales, que se presentan como espacios de libertad, adoptan formas panópticas. Hoy, contra lo que se supone normalmente, la vigilancia no se realiza como ataque a la libertad. Más bien, cada uno se entrega voluntariamente a la mirada panóptica. A sabiendas, contribuimos al panóptico digital, en la medida en que nos desnudamos y exponemos» (Han, 2015: 94-95).

El modelo teórico del panóptico es presentado en 1791 en la obra de Jeremy Bentham y entendido como un modelo utópico de dispositivo general con numerosas aplicaciones (fábricas, hospitales, escuelas...), siendo también extensible al ámbito carcelario (Rendueles, 2011)³. En concreto, se considera el panóptico como modelo arquitectónico de vigilancia, jugando para este fin con su estructura circular, así como con los dispositivos constructivos propios del espacio (columnas, escaleras, espejos...) con la finalidad última de crear en el penado una sensación de permanente control, inclusive en los supuestos donde no exista una vigilancia efectiva (Bentham, 2000: 40). En consecuencia, la percepción de un control permanente es el principal rédito de esta propuesta, enmarcada en la propia filosofía utilitarista del autor. El concepto de panóptico es posteriormente utilizado por Michel Foucault para el desarrollo de un entendimiento en clave funcional del control social, así como del poder de castigar. En su obra *Vigilar y Castigar*, publicada en 1975, desarrolla lo que denomina vigilancia jerarquizada para mostrar el control permanente de los cuerpos y mentes de la ciudadanía, consecuencia de la hibridación del control social formal e informal en

un único poder. Esta vigilancia jerarquizada conlleva la sensación de control permanente en que se concreta el panóptico en su propuesta, considerando que el propio medio social puede actuar como el diseño de prisión propuesto por Bentham (Foucault, 2009: 175 ss.).

En este sentido, resulta pertinente incidir en el supuesto carácter voluntario de este proceso de exposición. Pese a que se caracterice como un ejercicio de libertad, la propia coerción que representa la necesidad de asumir el perfil digital como una obligación convierte a la exposición en un proceso forzoso no solo en las prácticas comunicativas actuales, sino también en la realización de trámites administrativos o en la propia vida laboral. Esta confrontación entre libertad y vigilancia es expuesta por Cigüela cuando apunta que «[...] el panóptico digital difiere, no obstante, del disciplinario: si el habitante de la institución total se sentía observado, aunque la vigilancia no fuese efectiva, al usuario de la red social le ocurre lo contrario, no se siente observado ni vigilado cuando navega libremente por la red, aunque dicha vigilancia lo envuelva de forma total y permanente» (Cigüela, 2017: 180).

Así, la hiperexposición facilita el surgimiento de una nueva cultura de la vigilancia en la que pueden diferenciarse dos vertientes. En primer lugar, prácticas como la cultura de la cancelación o la autocensura evidencian que en el contexto actual de disputa constante en las redes sociales pueden aparecer dinámicas informales de limitación de la libertad de expresión de carácter horizontal, dado que no proceden de una reacción punitiva estatal. No obstante, las nuevas formas de vigilancia no se agotarían aquí. En segundo lugar, cabría hacer referencia a los nuevos espacios de control social formal derivados del auge de las redes sociales. Sobre esta cuestión, es preciso tomar en consideración el proceso de sobrecriminalización de los *delitos de opinión* en los últimos años (Miró, 2017), especialmente con posterioridad a las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal, y la Ley Orgánica 2/2015 de reforma del Código Penal en materia de terrorismo, tal y como hemos expuesto en otro lugar:

«En este trabajo solo se incidirá en cuestiones relativas al tratamiento penal del discurso del odio *ex art.* 510 CP. No obstante, podrían considerarse insertos en esta dinámica otros comportamientos delictivos. En este sentido, destaca la reforma realizada respecto del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, recogido en el art. 578 CP. Concretamente, cabe destacar la modificación introducida en el apartado segundo del precepto, cuando se establece la imposición de la pena en su mitad superior cuando el ensalzamiento sea realizado mediante el uso de servicios disponibles a través de Internet, entendiéndose aquí comprendidas las redes sociales de consumo masivo. La agravación de la pena contenida en este supuesto respecto del tipo básico, el cual se encuentra castigado con un marco penal de 1 a 3 años, permite que, *de facto*, esta sea la modalidad genérica del delito, puesto que, en el marco comunicativo actual, este comportamiento es realizado de forma cuasi exclusiva mediante el uso de redes sociales» (Correcher, 2017: 5 ss.).

Esta tendencia a la limitación de la libertad de expresión desde instancias de control social formal que aprovecha la hiperexposición propia del marco de referencia arriba descrito permite identificar una suerte de nuevo paradigma en las investigaciones policiales, que abandonan su vertiente preventiva y adoptan en su desarrollo un perfil prospectivo. La consecuencia de esta inflexión es una «[...] sustitución del modelo de intervención penal hasta ahora imperante, ante el tránsito de un Derecho penal *reactivo* a un Derecho penal *anticipativo*» (López Ortega, 2018: 90). A este respecto, la búsqueda indiscriminada

de contenido accesible en el entorno digital que, aun remotamente, pudiera considerarse constitutivo de un *delito de opinión* supone una extensión de la intervención punitiva del Estado, especialmente en los supuestos limítrofes con la protección de la libertad de expresión⁴.

2. EL DISCURSO DEL ODIOS: ENTRE LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS DELITOS DE OPINIÓN Y LA PROTECCIÓN DE MINORÍAS

Una vez expuestos los riesgos para el derecho a la libre expresión derivados de las limitaciones informales a su ejercicio, en este apartado analizaremos las restricciones de carácter formal a la libre expresión previstas por el sistema penal. Examinaremos una de las modalidades de los *delitos de opinión o expresión*, concretamente la persecución penal del discurso del odio tipificada en el art. 510 CP.

Se ha escogido esta modalidad delictiva porque el carácter abierto del concepto y la regulación extensiva en que ha incurrido el legislador han propiciado una progresiva expansión de su ámbito de aplicación y, con ella, el surgimiento de ciertas dudas relativas a la restricción de la libertad de expresión, bien de forma directa —a través del castigo de conductas—, bien indirecta —por la influencia del efecto desaliento (*chilling effect*)— en el conjunto de la ciudadanía. Estas reservas no obstan para reconocer que la penalización de determinadas expresiones bajo la forma del discurso del odio supone un desarrollo de la legislación antidiscriminatoria, cuya finalidad es proteger a las minorías o los colectivos vulnerables. Por ello, siempre que se cumplan estas circunstancias, no cabe cuestionar idoneidad de la aplicación de este tipo delictivo. En este sentido, la penalización del discurso del odio constituye una herramienta orientada a proteger la igualdad y seguridad de los grupos que son destinatarios de mensajes extremistas, a garantizar su participación efectiva en el proceso de deliberación pública y a evitar que se proyecte sobre ellos el denominado efecto silenciador (*silencing effect*), esto es, la minusvaloración de su posición social en la esfera pública precisamente como consecuencia del discurso del odio.

2.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Para concretar el concepto, partiremos de la diferenciación propuesta por Vives entre «ética del discurso» y «discurso del odio». Así, tomando como referencia la caracterización de la primera locución realizada por Habermas, Vives señala que esta comporta «[...] que las aspiraciones de validez normativa poseen un sentido cognitivo y se pueden tratar como aspiraciones de verdad». Expuesta esta premisa, continúa argumentando que «[...] tanto en el ámbito de la teoría como en el de la práctica, las pretensiones de validez solo pueden ventilarse por medio de la confrontación de discursos racionales y, de este modo, el discurso, como forma del intercambio de razones [...] queda situado en el centro de toda filosofía, es decir, más allá de la ética, también el de la filosofía teórica, y definido como el lugar propio menos rotundo, como *hate speech*, habla del odio» (Vives, 2019: 502 ss.).

Partiendo de esta postura, cabe subrayar que el carácter antidiscriminatorio está enraizado en la propia construcción conceptual de la protección contra el discurso del odio. En este sentido, Lorenzo considera abiertamente las expresiones del mismo como «[...] actos de discriminación que encuentran su razón de ser en estereotipos y prejuicios fuertemente enraizados en la comunidad respecto a determinados grupos» (Lorenzo, 2019: 461). De igual modo, resulta fundamental integrar en la definición el hecho de que los grupos protegidos en relación con el discurso del odio se encuentran en una posición de vulnerabilidad dentro del medio social. Esta cuestión es expuesta por Alcácer junto con la referencia al carácter discriminatorio; el autor define el discurso del odio como «[...] todo mensaje público de rechazo o menosprecio dirigido contra grupos sociales caracterizados por su situación actual o potencial de marginación social, o por haber sido tradicionalmente objeto de discriminación» (Alcácer, 2019: 20).

En la delimitación conceptual del discurso del odio y en la conformación de su significado destaca igualmente la importancia de la normativa internacional (Gascón, 2015: 36 ss.). Sin pretensión de realizar una enumeración exhaustiva de los distintos textos internacionales⁵, resulta necesario hacer referencia a lo dispuesto por la Recomendación de Política General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015, que define el concepto en estos términos⁶:

«[...] el uso de una o más formas de expresión específicas —por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones— basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual».

En materia de estándares internacionales, debe igualmente tomarse en consideración el tratamiento dispensado al discurso del odio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha realizado una doble operación cuando se le han presentado casos en los que ha tenido que valorar la posible limitación del derecho a la libre expresión de ideas reconocido en el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷ (CEDH) al enjuiciar supuestos que podrían caracterizarse como manifestaciones del discurso del odio.

En primer lugar, en los casos de opiniones ponderadas en relación con lo dispuesto por el art. 10.2 CEDH⁸, el TEDH ha desarrollado el denominado *test de proporcionalidad*, consistente en la verificación de tres requisitos: la previsión legal de la medida limitadora; los fines legítimos de la injerencia y la necesidad de la medida restrictiva del derecho a la libre expresión en una sociedad democrática, criterio, este último, en el que se integraría estrictamente el juicio de proporcionalidad (Teruel, 2017: 12). De estos tres requisitos, destaca la importancia conferida a la «necesidad de la medida en una sociedad democrática», criterio que ha llevado al *case law* del Tribunal a exigir la realización de un análisis del contexto en que son proferidas las expresiones con la finalidad de determinar si, atendien-

do a las propias circunstancias del caso concreto, estaría justificada la medida (STEDH, *Féret vs. Bélgica*, 16 de julio de 2009: par. 75 ss.)⁹.

La segunda opción ha sido la aplicación del denominado *efecto guillotina* (Anderez, 2019: 513; Landa, 2018: 30; Teruel, 2017: 19; y Alcácer, 2013: 321) recogido en la cláusula de abuso de derecho del art. 17 CEDH¹⁰. En estos casos, la gran mayoría relativos a expresiones negacionistas o a discursos consistentes en un revisionismo histórico del Holocausto¹¹, el Tribunal ha excluido el criterio de la ponderación realizada mediante el *test de proporcionalidad*, considerando que el discurso apologético quedaría fuera de la libertad de expresión reconocida en el art. 10 CEDH (DTEDH *Garaudy vs. Francia*, 24 de junio de 2003). El TEDH realiza en estos supuestos una delimitación negativa del alcance de la libertad de expresión y considera de forma casi objetiva que, siguiendo con el modelo de democracia militante reconocible en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Rodríguez, 2012: 237-238), este tipo de opiniones no merecen la protección que brinda el art. 10 del CEDH, de forma que ni siquiera entra a estudiar la cuestión.

2.2. LA PROTECCIÓN DE COLECTIVOS VULNERABLES COMO RAZÓN DE SER

Como se ha visto, la protección de colectivos vulnerables es inherente a la definición del discurso del odio. Esto es así porque la propia concepción de la legislación como normativa antidiscriminatoria supone la existencia de un contexto en el que el grupo receptor del mensaje se encuentra en una situación de desigualdad estructural apreciable por el potencial lesivo que puede suponer dicho discurso. Así, el carácter antidiscriminatorio de la normativa que protege frente al discurso del odio se encuentra enraizado en el principio de igualdad en su vertiente material, dado que, si bien la protección dispensada por el tratamiento penal del discurso del odio regiría para el conjunto de la ciudadanía, las minorías situadas en una posición de vulnerabilidad merecerían de una especial consideración. La vulnerabilidad sería, por tanto, el rasgo que posibilitaría que estos grupos se vieran especialmente afectados por la incitación al odio o la violencia contenida en el mensaje. En este sentido, resulta especialmente importante examinar la posición que ocupa el grupo en el medio social, pues el contexto histórico en que se sitúe puede determinar la existencia o no del discurso del odio. Landa enfatiza la influencia del contexto y señala que «[...] la fuerza expresiva o evocadora que del acto discriminatorio —el mensaje añadido que este puede transmitir— depende directamente de la situación social e histórica del colectivo receptor del mismo» (Landa, 1999: 251).

Así las cosas, resulta pertinente determinar los rasgos básicos que deberían concurrir para afirmar que determinado grupo es un colectivo vulnerable. Sobre esta cuestión, es oportuno hacer referencia a lo dispuesto por el *case law* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en el caso *Savva Terentyev vs. Rusia*, de 28 de agosto de 2018, el Tribunal ofrece una delimitación de lo que puede entenderse como colectivo vulnerable. En este supuesto, el TEDH examina la posición del demandante, castigado en su país por la publicación de unos comentarios insultantes contra la policía en un blog, y estima que su condena vulnera el art. 10 del CEDH:

«El Tribunal considera que la policía, una fuerza pública encargada de garantizar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico, difícilmente puede ser descrita como un grupo o minoría desprotegida con un historial de opresión o desigualdad, o que se enfrente a prejuicios estructurales, a la hostilidad o la discriminación, o que sea vulnerable por cualquier otra razón, y que requiera, como consecuencia, una protección reforzada respecto de los ataques cometidos mediante insultos, injurias o bromas» (STEDH, *Savva Terentyev vs. Rusia*, de 28 de agosto de 2018: par. 76).

Como se observa, el texto de la sentencia define el colectivo vulnerable como aquel «[...] grupo o minoría desprotegida con un historial de opresión o desigualdad, o que se enfrente a prejuicios estructurales, a la hostilidad o la discriminación, o que sea vulnerable por cualquier otra razón, y que requiera, como consecuencia, una protección reforzada». Para ilustrar el concepto, el Tribunal de Estrasburgo, ofrece en la misma sentencia (par. 76) una serie de ejemplos en los que la expresión de opiniones sí fue calificada como discurso del odio, precisamente por el carácter vulnerable del grupo destinatario del mensaje. Así, hace referencia a casos en los que el discurso —de contenido xenófobo— se dirigía contra personas migrantes (SSTEDH, *Soulas y otros vs. Francia*, 10 de julio de 2008: par. 36-41; *Féret vs. Bélgica*, 16 de julio de 2009: par. 69-73, 78), a supuestos en los que se denigraba a minorías étnicas o nacionales (STEDH, *Balsytė-Lideikiene vs. Lituania*, 4 de noviembre de 2008: para. 78) o a ataques contra grupos por razón de su orientación sexual (STEDH, *Vejdeland y otros vs. Suecia*, 9 de febrero de 2012: par. 54).

El abanico de casos expuesto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede complementarse —en muchos supuestos, de hecho, resulta coincidente— con la Recomendación de Política General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Concretamente, en su Memorándum Explicativo, dispone lo siguiente:

«[...] “grupos vulnerables” se refiere a grupos que son objeto específico de discurso de odio, y que varían dependiendo de las circunstancias nacionales pero que, probablemente, incluyen a solicitantes de asilo y refugiados, otros inmigrantes y migrantes, comunidades judías y negras, musulmanes, romaníes/gitanos, al igual que otras minorías étnicas y lingüísticas y personas LGBT; incluirá específicamente a niños y jóvenes pertenecientes a esos grupos» (par. 7 ag.).

En definitiva, siguiendo a Presno, la vulnerabilidad implica necesariamente una situación de «inferioridad, exclusión o estigmatización», si bien la consideración de un grupo como vulnerable no implica necesariamente la caracterización de todos sus miembros como tales, pues es necesario atender a la forma e incidencia de las causas de vulnerabilidad sobre el sujeto concreto del grupo (Presno, 2020: 55).

2.3. LA REGULACIÓN EXTENSIVA DEL ART. 510 CP POR LA LO 1/2015, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

En este apartado se analizará la plasmación normativa de los llamados delitos de odio en el art. 510.1 CP, que tipifica el delito de incitación al odio, hostilidad, violencia o discri-

minación. Este artículo se ha visto sustancialmente reformulado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal. Sin entrar en la descripción exhaustiva de su redacción¹², simplemente se hará referencia a una serie de deficiencias que, si bien son deudoras de la versión previa del tipo penal —aprobada por la LO 10/1995¹³—, se incrementaron por el carácter extensivo que imprimió la reforma de 2015 al precepto aquí comentado. En este punto, cabe hacer referencia a la adaptación que llevó a cabo el legislador penal de la STC 235/2007, de 7 de noviembre —sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la expresión «nieguen» contenida en el primer inciso del derogado art. 607.2 CP sobre negación del genocidio¹⁴— y a la Decisión Marco 2008/913/JAI como criterios interpretativos, si bien, como acertadamente ha apuntado Portilla, la implementación del contenido de la decisión marco es excesivamente amplia (Portilla, 2017: *passim*).

El tipo básico del apartado 1 del art. 510 CP prevé tres modalidades delictivas distintas cuya comisión está castigada con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses. La conducta prevista en la letra a)¹⁵ hace referencia a la incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra el sujeto pasivo común del delito. Esta figura típica puede ser considerada como el referente del art. 510 CP, dada la relación de equivalencia que presenta respecto al resto de conductas contempladas en el precepto. Asimismo, cabe destacar la sustitución del verbo típico «provocar», por «incitar», cuestión apuntada de *lege ferenda* por la doctrina para evitar la confusión conceptual con el acto preparatorio punible previsto en el art. 18.1 CP (Gómez, 2012: 115). No obstante, resulta discutible la introducción de la alusión a la «incitación indirecta» a cualquiera de las situaciones de riesgo para el sujeto pasivo previstas por el art. 510.1 CP. En este sentido, dicha previsión constituye una dudosa extensión de las conductas punibles y presenta el riesgo de situar dentro del ámbito de aplicación del 510.1 a conductas vinculadas a la participación en el delito intentado (Portilla, 2017: 94). De igual modo, resulta poco compatible con la seguridad jurídica la referencia introducida por la LO 1/2015 a la «hostilidad» contra el sujeto pasivo común. Si la violencia o la discriminación son más fácilmente apreciables como consecuencias posibles del discurso del odio contra el colectivo protegido, más complicado resulta establecer el significado normativo de la «hostilidad», como también ocurre con el «odio» (Teruel, 2015: 32).

También resulta problemática la redacción del apartado b)¹⁶, dado que recoge un variado abanico de comportamientos que suscitan ciertas dudas relativas al adelantamiento de las barreras punitivas, en la medida en que las conductas podrían asemejarse a actos preparatorios de actos preparatorios, sin que pudiera todavía apreciarse ningún riesgo real que justifique la penalización del comportamiento a partir del estándar establecido por la STC 235/2007 (Roig, 2015: 1265). Así, los verbos utilizados en el art. 510.1 b), a saber, «producir», «elaborar», «poseer con finalidad de distribuir», «facilitar a otras personas el acceso», «distribuir», «difundir» o «vender» cualquier tipo de material que por su contenido fuera idóneo para realizar la conducta de incitación directa o indirecta prevista en el apartado a) suponen una insostenible extensión de la participación en el tipo básico, hasta el punto de que resulta posible apreciar una *incriminación en cadena*¹⁷. En este sentido, la posibilidad de castigar con idéntica pena que la prevista en el primer apartado (Landa,

2018: 73; Roig, 2015: 1257; y Rodríguez, 2017: 163) a las personas que realicen conductas de distribución de estos materiales ante el posible riesgo de que su contenido sea «idóneo» para llevar a cabo una incitación al odio, presenta problemas tanto de alcance dogmático —por la extensión del régimen de participación— como de protección de la libertad de expresión —en la medida en que hace recaer una parte central del núcleo típico en el contenido del objeto de difusión—. Como sostiene Portilla, este apartado resulta criticable no solo «[...] por la inseguridad de sus fundamentos, su imprecisa delimitación y la utilización de demasiados conceptos indeterminados que sancionan participaciones no delictivas, sino por representar uno de los mayores ataques a la libertad de expresión que se conocen» (Portilla, 2017: 99).

Finalmente, en relación con las conductas previstas en la letra c)¹⁸, la inclusión de esta modalidad delictiva trae causa de la antes citada STC 235/2007, pues viene a recoger una modificación del derogado delito de negación del genocidio del art. 607.2 CP, adaptándolo al estándar de constitucionalidad establecido en la sentencia. Así, podría hablarse de un nuevo *delito de negacionismo* (Teruel, 2015: 34) cuyo aspecto clave para evaluar su respeto a la libertad de expresión es el favorecimiento de un clima de violencia, odio, discriminación u hostilidad contra los miembros del grupo. En relación con este precepto, simplemente hay que remarcar que, a diferencia de lo dispuesto en el apartado a), no habla de la consumación de la incitación, como hace el art. 510.1 CP, sino simplemente del «favorecimiento» para que se produzca esa incitación, sea directa o indirecta, extremo que hace aconsejable la interpretación restrictiva de este término (Roig, 2015: 1258).

Para cerrar este análisis, se hará una referencia a las conductas agravadas de los artículos 510.3¹⁹ y 510.4²⁰ CP. En primer lugar, el inciso tercero prevé la imposición de la mitad superior de la pena cuando la incitación sea realizada mediante el uso de medios de comunicación social o cualquiera de las aplicaciones disponibles en internet. Sobre esta cuestión, considerando la importancia de las redes sociales en las prácticas comunicativas de gran parte de la población, se corre el riesgo de convertir esta agravación en regla general, dado que la red es el medio más usual de realización de estos comportamientos (Cuerda, 2019: 756). En relación con el art. 510.4 CP, prevé una agravación todavía mayor —pena superior en grado— cuando el mensaje pueda ser contrario a la «paz pública», o crear un «sentimiento de inseguridad» o «temor entre los integrantes del grupo». En este sentido, es fácil ver el alcance simbólico de este inciso, cuya concreción es difícil pese a los esfuerzos doctrinales orientados a interpretarlo restrictivamente (Landa, 2018: 87-88).

2.4. LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DISCURSO DEL ODDIO

De lo expuesto puede inferirse que, desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad, el carácter extensivo conferido al art. 510 CP por la LO 1/2015 supone la criminalización innecesaria de un *delito de expresión*, problema agravado por la deficiente técnica legislativa de la reforma, en la que destaca el recurso a cláusulas generales de contenido vago y contrarias, por tanto, a la garantía de certeza en las normas penales, el adelantamiento de las barreras delictivas que supone la referencia a la incitación indirecta y la posibilidad de

castigar conductas situadas dentro de la participación en la participación. Igualmente, las modalidades agravadas de los apartados tercero y cuarto del precepto evidencian el rigor punitivo asumido por la LO 1/2015 en materia de *delitos de opinión*.

Dicho esto, en este apartado se analizará la progresiva pérdida de importancia de la referencia al carácter vulnerable del colectivo como criterio interpretativo y la consiguiente instrumentalización del discurso del odio que ello supone, dado que era justamente la referencia a la vulnerabilidad lo que legitimaba la restricción del derecho a la libre expresión de ideas representada por el art. 510 CP. De hecho, esta idea se encontraba circunscrita al propio tratamiento que el precepto daba al bien jurídico protegido: en las distintas interpretaciones del objeto de protección de las normas que penalizan el discurso del odio, la vulnerabilidad de los grupos y la protección de las minorías desfavorecidas se intuían como notas inherentes al bien jurídico²¹. Así, en la interpretación ofrecida por Landa, el autor hace hincapié en la protección de la integridad de estos grupos e identifica el objeto de protección con la «[...] tutela de las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables» (Landa, 1999: 341 ss.). En este sentido, la propuesta se concreta en la protección de la vulnerabilidad asociada a la promoción estatal del principio de igualdad en aquellas situaciones donde esta se ve amenazada por los efectos del discurso del odio:

«[...] la toma en consideración del grupo o colectivo especialmente vulnerable supone [...] la asunción del nuevo papel del Estado social que dirige sus mecanismos de protección penal [...] hacia aquellas realidades que comprometen de forma significativa la igualdad efectiva. Con otras palabras, se refleja la función de promoción de las condiciones que aseguren la participación igualitaria dispensando una tutela especial allí donde la igualdad efectiva o sustancial se ve amenazada de manera especial» (Landa, 1999: 349).

De igual modo, Laurenzo reconoce una dualidad en el objeto de protección, donde se aprecia la colisión entre la acción discriminatoria y el modelo de convivencia propio del Estado social. La autora considera que «[...] las conductas de discriminación, en tanto suponen precisamente la creación o profundización de desigualdades entre los miembros del cuerpo social por razón de ciertos caracteres diferenciales [...] entran en conflicto directo con el modelo de convivencia establecido por la Constitución» (Laurenzo, 1996: 240).

Así las cosas, puede observarse que, al tipificar como delito el discurso del odio, existe una relación directa entre el bien jurídico protegido y la tutela de las minorías y los colectivos vulnerables, dado que estos son los grupos que con mayor probabilidad pueden verse afectados por los efectos discriminatorios de este tipo de mensajes. Sin embargo, la interpretación del concepto «discurso del odio» llevada a cabo por los órganos judiciales parece haber abandonado esta posición, como muestra, por ejemplo, la Fiscalía General del Estado (FGE) en su Circular 7/2019 sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP:

«El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco

lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos» (Circular 7/2019: Ap. 2.4)

A pesar de que en su interpretación de los sujetos pasivos protegidos contra el discurso del odio afirma la posición de preeminencia de los colectivos desfavorecidos como grupos merecedores de protección, la circular estima que este no debe ser un requisito del tipo, y considera que la mera pertenencia a un grupo definido por los motivos discriminatorios del art. 510 CP es suficiente para la aplicación del tipo. Para ilustrar este criterio, la Circular cita a los grupos de ideología nazi como uno de los posibles colectivos protegidos por el precepto. Esta desafortunada interpretación de la FGE no es más que una muestra de la desnaturalización sufrida por la legislación protectora frente al discurso del odio, proceso que no se limita únicamente a la redacción del art. 510 CP, sino que se extiende a las referencias al discurso del odio en el ámbito de la criminalización de otros *delitos de opinión*. Esta dinámica se reconoce cuando se percibe el tratamiento penal del discurso del odio a partir de criterios desconectados de la protección de colectivos vulnerables y se opta por una «versión puramente subjetivista» (Laurenzo, 2018: 248), más próxima a la persecución del pensamiento político disidente (Portilla, 2017: *passim*) o a la protección de los «sentimientos morales mayoritarios» (Fuentes, 2017: 149).

Respecto a esta tendencia, resulta especialmente significativo el uso extensivo del concepto de discurso del odio por parte de la jurisprudencia española, es decir, su utilización en modalidades delictivas distintas a las previstas en el art. 510 CP e insertas en lo que puede denominarse *delitos de opinión*. En relación con esta dinámica, podría examinarse la interpretación jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del art. 578 CP²². En este sentido, resulta pertinente hacer referencia al caso *Strawberry*, protagonizado por César Strawberry, cantante del grupo Def Con Dos. Strawberry fue condenado por publicar unos tuits entre los meses de noviembre de 2013 y enero de 2014 que contenían mensajes satíricos sobre víctimas del terrorismo²³. Si bien Strawberry fue inicialmente absuelto por la Audiencia Nacional (SAN 20/2016, de 18 de julio), que en su sentencia enmarcó las manifestaciones del acusado en el contexto artístico-cultural y la crítica política y estimó que, por ello, su conducta no podía subsumirse en el tipo de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, la resolución de la AN fue recurrida en casación por la Fiscalía y, posteriormente, el Tribunal Supremo (STS 4/2017, de 18 de enero) resolvió casar y anular la SAN 20/2016. El TS consideró que el juicio histórico y la valoración ligada al contexto realizada por la Audiencia Nacional no era motivo suficiente para determinar que la conducta del cantante no era constitutiva del delito del art. 578 CP. Entre las razones para justificar esta decisión, aquí interesan especialmente las consideraciones relativas a la asimilación entre el enaltecimiento del terrorismo y el discurso del odio:

«[...] la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de la equívoca locución —discurso del odio— con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa. Las dificultades se multiplican

cuando de lo que se trata es de determinar, como en tantas otras ocasiones, el alcance de lo intolerable» (FJ 5).

Puede observarse que la STS 4/2017 representa una clara muestra de la instrumentalización del discurso del odio a la que se ha hecho referencia en este apartado. De entrada, ignora la conceptualización del discurso del odio, estrechamente ligada a la protección de grupos o colectivos vulnerables, y asimila la conducta apologética tipificada en el art. 578 CP con un concepto normativo de distinta naturaleza (Correcher, 2020: 6). No obstante, a efectos de cerrar el relato del caso *Strawberry*, debemos hacer referencia a la reciente STC 35/2020, de 25 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional considera que la condena de STS 4/2017 constituye una vulneración del derecho a la libre expresión de ideas y hace referencia a la necesaria ponderación que deben realizar los tribunales cuando se enjuician comportamientos encuadrados en la categoría de los *delitos de opinión*:

«[...] la posición central que tiene el derecho a la libertad de expresión como regla material de identificación del sistema democrático determina que no solo el resultado del acto comunicativo respecto de los que se puedan sentirse dañados por él, sino también los aspectos institucionales que el acto comunicativo envuelve en relación con la formación de la opinión pública libre y la libre circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático, deben ponderarse necesariamente para trazar el ámbito que debe reservarse al deber de tolerancia ante el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, los límites de la intervención penal en la materia. La resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental» (FJ 5).

La STC 35/2020 resulta especialmente importante para la protección de la libertad de expresión, pues supone un giro de la doctrina constitucional sentada por la STC 177/2015, de 22 de julio, relativa al caso de la quema de las fotos de Juan Carlos I en Girona por colectivos independentistas, actos por los que sus autores fueron condenados el delito de calumnias o injurias a la Corona tipificado en el art. 490.3 CP²⁴. En este caso, la STC 177/2015 utiliza nuevamente la referencia al discurso del odio para desestimar el recurso de amparo interpuesto por los condenados:

«Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado *discurso del odio* son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes [...] Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza» (FJ 4).

Como puede apreciarse, la alusión en este caso concreto al discurso del odio supone una clara desnaturalización de su contenido, ligado, como ya se ha dicho, a la protección de las minorías o los grupos desfavorecidos, dado que difícilmente se podría entender incluido dentro de estas categorías a un jefe de Estado²⁵. La STC 177/2015 choca frontalmente con el desarrollo del discurso del odio realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Anderez, 2019: 528), divergencia plasmada en la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, de 13 de marzo de 2018, que anuló la condena por el art. 490.3 CP y declaró que España había vulnerado el art. 10 CEDH. En relación con la exclusión de esta conducta del elusivo concepto discurso del odio, la STEDH dispone lo siguiente:

«La inclusión en el discurso del odio de un acto que, como el que se reprocha en este caso a los demandantes, es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la exclusión que se deriva del ámbito de protección garantizado por la libertad de expresión conllevarían una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH – lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática» (*Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, 2018: par. 41).

2.5. EFECTO SILENCIADOR VS. EFECTO DESALIENTO

El análisis jurídico del discurso del odio orbita alrededor de la dicotomía entre la protección efectiva de las minorías, orientada a que su situación de vulnerabilidad no se vea agravada por el potencial lesivo del mensaje, y la restricción mínima de la libertad de expresión, criterio que debe informar la criminalización de los *delitos de opinión*. De esta confrontación de argumentos surge otra más específica: la que se concreta en la afección indirecta que para el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas puede generar una doble dinámica: por un lado, el daño infligido al grupo receptor del mensaje, que se traduce en la inhibición del mismo a la hora de participar de forma efectiva en la esfera pública; por otro, la criminalización de la expresión de opiniones y su identificación con el discurso del odio, especialmente cuando se produce una instrumentalización del concepto como en los casos arriba expuestos. Así, esta confrontación se plasma en el estudio del efecto silenciador (*silencing effect*) y el efecto desaliento (*chilling effect*) respecto del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas.

Por lo que respecta al efecto silenciador, su razón de ser estriba en la posición de vulnerabilidad de determinados colectivos o minorías, y en las repercusiones que para su participación en la esfera pública puede tener el hecho de que sean destinatarios de opiniones constitutivas de discurso del odio. Sobre esta cuestión, Fiss subraya que «[...] las expresiones de odio tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo así su plena participación en muchas actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Aun cuando estas víctimas se expresen, sus palabras carecen de autoridad; es como si nada dijeran» (Fiss, 1999: 28). Así, además del peligro que puede suponer para su integridad la incitación al odio o la violencia concretada en el discurso, el efecto silenciador sería otra de las razones que justificarían la restricción de la libre

expresión mediante la penalización de estas conductas, que menoscaban la dignidad del colectivo y provocan, por ello, la merma de su autoestima y la afectación del perfil público del grupo. Como sostiene Rey «[...] el daño se produce mediante actos que estigmatizan a todos los miembros de un grupo, fracturando la cohesión social, y atenta, por último, contra el mismo principio democrático porque devalúa la participación de los grupos, convirtiéndolos en minorías aisladas y sin voz en el proceso político» (Rey, 2015: 67). En consecuencia, el daño producido por el discurso del odio desde la perspectiva del efecto silenciador guarda una estrecha relación con la propia autopercepción de los miembros del grupo, así como con sus expectativas de disfrute de los derechos fundamentales. Esta situación lleva a Lorenzo a enfatizar «[...] el efecto intimidatorio que producen los actos de racismo y xenofobia sobre el colectivo en su conjunto y sobre cada uno de sus integrantes, lo que disminuye sus expectativas de seguridad y la posibilidad de ejercicio pleno de sus derechos fundamentales» (Lorenzo, 2018: 251). En suma, la propia identidad de la persona, en cuanto miembro de un determinado grupo o colectivo, experimentará un proceso de minusvaloración por el hecho de ser destinatario de discursos del odio, con los consiguientes efectos nocivos que ello puede tener para el desarrollo de su libre personalidad. En este sentido, resulta pertinente la observación de Añón cuando señala que «[...] una identidad infravalorada o no reconocida causa un daño al individuo, en tanto que su identidad se forja en un contexto, en una relación dialéctica con una lengua y una cultura y eso forma parte de las fuentes de su yo» (Añón, 2001: 227-228).

De acuerdo con lo expuesto, el efecto silenciador sería una manifestación del objeto de protección en la penalización del discurso del odio. En este caso, la criminalización estaría vinculada a la protección de la igualdad efectiva de los colectivos vulnerables, sujetos pasivos del este tipo de comportamientos. Así, si se pretende proteger la igualdad de las minorías —la vertiente material de la igualdad, en este caso—, será necesario el despliegue de la normativa antidiscriminatoria con el fin de evitar la profusión de este tipo de mensajes en el medio social, siempre y cuando la penalización del discurso del odio se apegue a los parámetros establecidos por el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, atendido que la restricción de la libertad en los *delitos de opinión* afecta directamente al derecho fundamental de libertad de expresión.

La contrapartida del efecto silenciador es el llamado efecto desaliento, que hace referencia al desincentivo del ejercicio de los derechos fundamentales que podría ocasionar una criminalización excesiva de conductas cuya realización constituye, precisamente, un ejercicio de los mismos, tal y como sucede en el caso los *delitos de opinión* en relación con la libertad de expresión. Así, el efecto desaliento representaría, de entrada, una vulneración del principio de igualdad material (el mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integran sea reales y efectivas) del art. 9.2 de la Constitución española (Colomer, 2019: 102) en aquellos supuestos en los que se produjera una sobrecriminalización de conductas contraria al ejercicio de los derechos y libertades públicas. En este sentido, el incremento del rigor punitivo respecto a conductas limítrofes con los

derechos fundamental no tendría otro efecto que la (inconstitucional) disuasión de su ejercicio (Lascurain, 2017: 127).

Obviamente, como sucede en cualquier conflicto entre derechos, la penalización del discurso del odio requiere un proceso de ponderación tendente a establecer los límites de la libertad de expresión en el que deben tomarse en consideración, por una parte, la afección que la expresión de opiniones produce en el colectivo vulnerable y, por otra, la quiebra de la igualdad efectiva eventualmente generada por el mensaje nocivo. En este punto, es importante hacer hincapié en los parámetros de proporcionalidad que justifican la restricción de la libre expresión: esta conexión con el principio de proporcionalidad es lo que Cuerda denomina «función dogmática del efecto desaliento» (Cuerda, 2007: *passim*). La vinculación del efecto desaliento con el principio de proporcionalidad fue puesta de manifiesto por la STC 136/1999, de 20 de julio, que se pronunció sobre la condena de la Mesa Nacional de Herri Batasuna por el delito de colaboración con banda armada y analizó el caso a partir de una integración del efecto desaliento en la propia estructura argumental del principio de proporcionalidad (Cuerda, 2007: 18):

«[...] el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos. Precisamente por ello, una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada» (STC 136/1999, FJ 20).

Atendiendo a estas consideraciones, cabe plantear el papel que debe asignarse al efecto desaliento en la criminalización de los *delitos de opinión* —y, más específicamente, en los casos de discurso del odio—. Partiendo de la delimitación conceptual realizada en este trabajo, así como de su conexión con la protección de colectivos vulnerables para garantizar el principio de igualdad material, el juicio de proporcionalidad expuesto por la STC 136/1999 dispondría que solo cuando el discurso pudiera afectar de forma efectiva al grupo, y siempre que se constate la concurrencia de los requisitos expuestos, podría ser asumible desde el prisma de la proporcionalidad la restricción de libertad que supone el castigo del discurso del odio. No obstante, como puso de manifiesto la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España* (par. 41), este carácter restrictivo ha sido desatendido por los órganos judiciales españoles en casos de instrumentalización del discurso del odio.

Así las cosas, presentada la confrontación entre el efecto silenciador y el efecto desaliento en el tratamiento penal del discurso del odio, cabría considerar su posible complementariedad a partir de una interpretación restrictiva del castigo del discurso del odio. De acuerdo con la argumentación expuesta, si se limita la penalización de la expresión de este tipo de opiniones a los supuestos que efectivamente puedan generar una afectación de los colectivos vulnerables, se evitará el efecto silenciador, pero al mismo tiempo se garantizará

que la limitación de la libertad de expresión sea la mínima necesaria para reducir al máximo las consecuencias nocivas del efecto desaliento respecto al ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas.

3. CONSIDERACIONES FINALES

La discusión sobre la libertad de expresión, sus límites y su adaptación a la nueva gramática cultural de la conversación pública de masas representa una constante en el contexto de hiperexposición propio de las redes sociales. En este ámbito, es interesante analizar las restricciones informales a la libertad de expresión derivadas de prácticas como la cultura de la cancelación, fenómeno que se ha revelado efectivo como altavoz para poner de manifiesto la existencia de violencias u opresiones difícilmente perseguibles mediante instancias formales, pero que genera, a su vez, una desprotección palmaria de la persona u organización que son objeto de cancelación debido al riesgo que supone la amplificación de cualquier acusación infundada propagada en las redes sociales de uso masivo. Por eso, aunque resulte sugerente como herramienta para la defensa de las demandas de distintos colectivos, su utilización recurrente podría suponer la creación de un nuevo punitivismo de carácter horizontal.

De igual modo, la protección de la participación en la esfera pública de minorías o colectivos vulnerables puede exigir la restricción de la libre expresión en aquellos supuestos en los que la posición de estos grupos en el medio social resulte minusvalorada por la expresión de opiniones encuadrables en el discurso del odio. Sobre esta cuestión, se ha expuesto la necesidad de atender a esta vulnerabilidad como criterio interpretativo para justificar la limitación del derecho a la libre expresión a través de la penalización del discurso del odio. Pese a su importancia, no parece que esta sea la tendencia imperante en el ordenamiento jurídico español, como muestra la instrumentalización del discurso del odio mediante la extensión de la redacción típica del art. 510 CP y la desnaturalización del concepto cuando se aplica a otros supuestos de *delitos de opinión*. En este punto cabe apreciar el riesgo de que esta sobrecriminalización fomente el pernicioso efecto desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales, pero también el hecho —no menos riesgoso— de que la pérdida de importancia de la vulnerabilidad de determinados colectivos como criterio rector de la aplicación de la legislación que penaliza el discurso del odio extienda el efecto silenciador. En síntesis, este trabajo hemos abogado por una aplicación restrictiva del discurso del odio —únicamente legítima en los casos de protección de minorías y grupos vulnerables— para minimizar los riesgos representados por el efecto desaliento, pero también para no permitir que el discurso del odio despliegue su efecto silenciador sobre los grupos a los que debería proteger.

NOTAS

1. Farah Stockman, Kate Kelly y Jennifer Medina, «Goya y Trump. Cómo comprar frijoles se convirtió en una declaración política», *The New York Times*, 19 de julio de 2020. Disponible en: <<https://www.nytimes.com/es/2020/07/19/espanol/goya-boicot-trump.html>>. [Consulta; 5/09/2020.]

2. Lisa Nakamura es directora del Instituto de Estudios Digitales de la University of Michigan, especializada en el estudio de la intersección entre nuevos medios digitales y cuestiones de raza y género. Opinión manifestada en la pieza de Jonah Engel Bronwich para *The New York Times* «Everyone is cancelled», 28 de junio de 2018. Disponible en: <<https://www.nytimes.com/2018/06/28/style/is-it-canceled.html>>. [Consulta: 5/09/2020.]

3 Resulta ilustrativa la referencia de Rendueles al hecho de que la elección que hiciera Bentham de las cárceles como espacios para ejemplificar el panóptico se debió a que consideraba que en ellas parecía más difícil su aplicación, de modo que, si resultara exitosa, quedaría demostrada su adecuación a otros fines más ambiciosos (Rendueles, 2011: 16).

4. Como ejemplo claro de esta tendencia, puede citarse la denominada Operación Araña, nombre asignado a la investigación de delitos de enaltecimiento del terrorismo a instancias de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

5. En materia de discurso del odio, cabría destacar la importancia de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965. Su artículo 4 estableció una serie de deberes positivos para que los Estados firmantes tipificaran los comportamientos consistentes en la difusión de ideas basadas en el odio racial susceptibles de ser considerados delictivos. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>. [Consulta: 6/09/2020.]. Asimismo, como precedente de la Recomendación nº 15, cabe hacer referencia a la definición contenida en la Recomendación (97) 20 del Consejo de Europa sobre el discurso del odio de 30 de octubre de 1997.

6. Recomendación de Política General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015 (trad. Ministerio de Justicia, Asuntos Exteriores y Cooperación) y Memorándum Explicativo (trad. AIM Asociación de Intérpretes de Madrid), Estrasburgo, 21 de marzo de 2016, p. 17. Disponible en: <<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>>. [Consulta: 6/09/2020.]

7. Art. 10.1 CEDH: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa».

8. Art. 10.2 CEDH «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

9. En este sentido, pueden destacarse otras resoluciones recientes que han recurrido al *test de proporcionalidad*: STEDH *Baldassi y otros vs. Francia*, de 11 de junio de 2020; STEDH *Savva Terentyev vs. Rusia*, de 4 de febrero de 2019. Asimismo, cabe citar tres casos en los que se ha condenado a España por la

vulneración del art. 10 CEDH: SSTEDH *Stern Taulats y otros vs. España*, de 13 de marzo de 2018; *Oregi Mondragón vs. España*, de 15 de marzo de 2011 y *Castells vs. España*, de 23 de abril de 1992.

10. Art. 17 CEDH: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

11. Hay pocos casos de aplicación del art. 17 CEDH desconectados de esta casuística. En este sentido, *vid.* STEDH *Ivanov vs. Rusia*, 20 de febrero de 2007, en relación con el discurso antisemita, y STEDH *Norwood vs. Reino Unido*, 16 de noviembre de 2004, en un caso de promoción de la Islamofobia.

12. Sobre esta cuestión, además de la consulta de los comentarios a la reforma y los pertinentes manuales de la Parte Especial donde se expone el contenido del precepto, *vid.* por todos, Alastuey (2016); De Vicente Martínez (2018); Gascón (2016); Gómez (2019); Landa (2018); Portilla (2017); Rodríguez (2017); y Teruel (2015).

13. Para el análisis del art. 510 CP en la redacción dada por la LO 10/1995, *vid.*, por todos, Landa (1999 y 2001); Bernal (2001); Borja (1999); Gómez (2012); y Laurenzo (1996).

14. En relación con el análisis de esta resolución, *vid.*, entre otros, Íñigo (2011); Lascuraín (2010); y Ramos (2009).

15. Art. 510.1 a): «Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

16. Art. 510.1 b): «Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

17. Si bien este precepto parte de lo dispuesto por el art. 1.1 b) de la DM 2008, excede en mucho la disposición comunitaria, pues esta solo hace referencia a la «difusión o reparto de escritos». La extensión de los verbos típicos fue llevada a cabo por la legislación española.

18. Art. 510.1 c) CP: «Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

19. Art. 510.3 CP: «Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio

de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas».

20. Art. 510.4 CP: «Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado».

21. En relación con el bien jurídico protegido por el art. 510 CP, *vid.*, por todos, Gómez (2019); Landa (1999; 2018); Lorenzo (1996); Portilla (2017); y Garro (2018).

22. Sobre la delimitación entre discurso del odio y/o discurso terrorista, *vid.* Cancio Meliá y Díaz López (2019).

23. Entre otros: «El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO»; «A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora»; «Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina».

«Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado»; «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco».

24. Art. 490.3 CP: «El que calumniare o injuriare al Rey o Reina a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son». Sobre los delitos contra la Corona, *vid.*, por todos, Llabrés (2015).

25. En este sentido, puede traerse a colación el voto particular a la STC 177/2015 formulado por la magistrada Adela Asua Batarrita: «Calificar la quema del retrato real como una expresión del discurso de odio, como se hace en la actual sentencia, no puede considerarse sino un ejercicio errático en la búsqueda de una cobertura jurídica que se antoja imposible, tratando de justificar de cualquier manera la desestimación del presente recurso de amparo. Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico —aquí y ahora— con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública».

BIBLIOGRAFÍA

ALASTUEY DOBÓN, Carmen (2016): «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-14, 1-38.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2019): «Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática», *Crítica Penal y Poder*, 18, 19-27.

– (2013): «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 309-341.

ANDEREZ BELATEGI, Mikel (2019): «La protección institucional a través del discurso de odio: Problemática general con especial referencia al caso Savva Terentyev c. Rusia», en A. Alonso Rimo (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 511-538.

AÑÓN ROIG, María José (2001): «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», en J. De Lucas (dir.) *La multiculturalidad*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 217-270.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (1998): *La discriminación en el derecho penal*, Granada: Comares.

- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (1999): *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada: Comares.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y Alberto DÍAZ LÓPEZ (2019): *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiños y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- CIGÜELA SOLA, Javier (2017): *Exclosos i transparentats. Del panòptic a la pantalla digital*, Valencia: Alfons el Magnànim, Diputació de València.
- COLOMER BEA, David (2019): «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, 1-20.
- CORRECHER MIRA, Jorge (2020): «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo», *Diario La Ley*, 9600, Sección Doctrina, 24 de marzo de 2020, 1-12.
- (2019): «¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad», en A. Alonso Rimo (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Thomson Reuters-Aranzadi: Pamplona, 481-509.
- CUERDA ARNAU, Marisa (2007): «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, 8, pp. 1-43.
- (2019): «Delitos contra la Constitución», en J.L. González Cussac (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 739 ss.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2018): *El discurso del odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FISS, Owen (1996): «El efecto silenciador de la libertad de expresión», *Isonomía*, 4, 17-27.
- (1999): *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona: Gedisa.
- FOUCAULT, Michel (2009): *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid: Siglo XXI.
- FUENTES OSORIO, José Luis (2017): «Concepto de odio y sus consecuencias penales», en F. Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 131-154.
- GARRO CARRERA, Enara (2018): «Los discursos del odio en el ordenamiento jurídico alemán: el laberinto dogmático del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en J.-M. Landa Gorostiza y E. Garro Carrera (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Valencia: Tirant lo Blanch, 27-78.
- GASCÓN CUENCA, Andrés (2015): «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 32, 1-21.
- (2016): *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- GERCHUNOFF, Santiago (2019): *Ironía On. Una defensa de la conversación pública de masas*, Madrid: Anagrama.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2012): «Discurso del odio y principio del hecho», en S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*. Tirant lo Blanch: Valencia, 89-120.
- (2019): *Delitos de discriminación y discurso de odio punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Porto: Juruá.
- HAN, Byung-Chul (2013): *La sociedad de la transparencia*, Barcelona: Herder.
- Harcourt, Bernard (2015): *Exposed. Desire and disobedience in the digital age*, Cambridge: Harvard University Press.
- ÍNIGO CORROZA, María Elena (2010): «Caso Librería Europa», en P. Sánchez-Ostiz Gutiérrez (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid: La Ley, 613-631.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena (1999): *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*, Bilbao: Universidad del País Vasco.

- (2001): *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la normativa antidiscriminatoria del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Granada: Comares.
- (2018): *Los delitos de odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2010): «La libertad de expresión tenía un precio (sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 1-9.
- (2017): «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 36, 119-134.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (1996): «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, 19, 219-288.
- (2018): «Un ejemplo de Derecho penal expansivo: los delitos de odio en la realidad judicial española», *Revista de Derecho Penal*, 26, 243-256.
- (2019): «La manipulación de los delitos de odio», en Portilla Contreras/Velásquez Velásquez (coord.) *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Madrid: Dykinson, 453-468.
- LIJTMAYER, Lucía (2019): *Ofendidos. Sobre la criminalización de la protesta*, Barcelona: Anagrama.
- LOJERHULD, Joe (2020): «Texto (jurídico) y contexto (cultural)» [en línea] <<https://www.tourlamana.com/4-analisis/texto-juridico-y-contexto-cultural/>>.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José (2018): «Prevenir y evitar: consideraciones en torno a un modelo de intervención penal anticipativa», en C. Juanatey Dorado y N. Sánchez-Moraleda Vilches (dirs.), *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2017): «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en F. Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 21-65.
- MIRÓ LLINARES, Fernando y Ana GÓMEZ BELLVÍS (2020): «Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain: Evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship», *Spanish Journal of Legislative Studies*, 1, 1-42.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2017): «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en F. Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 87-105.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2020): «Estado de alarma por Coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (número monográfico, «Coronavirus»), 86-87, 54-65.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (2009): «La declaración de inconstitucionalidad del delito de negacionismo (art. 607.2 del Código penal)», *Revista penal*, 23, 120-137.
- RENDUELES, César (2011): «Jeremy Bentham: Sociofobia y utopía», en J. Bentham, *Panóptico*, Madrid: Circulo de Bellas Artes.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2015): *Libertad de expresión y discursos del odio*, Madrid: Defensor del Pueblo.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel (2017): «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio», en F. Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 155-176.
- ROIG TORRES, Margarita (2015): «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en J.L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1249 ss.
- SOTO IVARS, Juan (2017): *Arden las redes. La poscensura y el nuevo mundo virtual*, Madrid: Debate.
- SUSARLA, Anjana (2020): «Hate cancel culture? Blame algorithms», *The Conversation* [en línea] <<https://theconversation.com/hate-cancel-culture-blame-algorithms-129402>>.
- TERUEL LOZANO, Germán (2015): «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal», *InDret*, 4, 1-51.

- (2017): «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *ReDCE*, 27, 1-26.
- VIVES ANTÓN, Tomás (2019): *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 13 de septiembre de 2020.

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA JUSTICIA COMO MEMORIA
COMO PARTE DE LOS FINES DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL
Y LA FUNCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL*

*THE SCOPE OF APPLICATION OF THE NOTION OF JUSTICE AS MEMORY
AS PART OF THE GOALS OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND
THE ROLE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*

Héctor Olasolo

Catedrático de Derecho internacional. Universidad del Rosario (Colombia)

Andrés Sánchez Sarmiento

Investigador. Universidad del Rosario (Colombia)

Antonio Varón Mejía

Profesor de Derecho internacional público. Universidad del Rosario (Colombia)

RESUMEN

El concepto de justicia como memoria sitúa el sufrimiento y sinsentido de las vidas de las víctimas en el objeto central de la justicia con el fin de reavivar su esperanza mediante la reevaluación del pasado. Para ello, requiere de las instituciones y la sociedad en su conjunto: i) el reconocimiento de las víctimas como parte de la sociedad y la admisión pública del daño que se les ha causado; ii) la reparación de este daño en la medida de lo posible y la conservación de la memoria de aquello que es materialmente irreparable; y iii) la adopción de las medidas necesarias para favorecer la reconciliación entre víctimas y victimarios mediante el perdón de los primeros y el reconocimiento del daño causado y el arrepentimiento de los segundos. Con base en lo anterior, el presente trabajo busca responder, desde una aproximación teórico-práctica, a la pregunta relativa al ámbito de aplicación del concepto de justicia como memoria como parte de los fines del Derecho internacional penal y la función de la Corte Penal Internacional.

PALABRAS CLAVE

Justicia, memoria, víctimas, Derecho internacional penal, Corte Penal Internacional.

ABSTRACT

The notion of justice as memory places the suffering and meaninglessness of victims' lives as the central object of justice to rekindle their hope through the re-evaluation of the past. To achieve this, it requires from institutions and society at large: i) the recognition of victims as part of society and public acknowledgement of the harm that it has been caused to them; ii) the reparation of victim's harm to the extent possible, and the preservation of the memory of what is materially irreparable; and iii) the adoption of the necessary measures to promote reconciliation between victims and perpetrators through the former's forgiveness and the latter's recognition of the harm and repentance. Based on the foregoing, this work seeks to answer, from a theoretical and practical perspective, the question regarding the scope of application of the notion of justice as memory as part of the goals of International Criminal Law and the role of the International Criminal Court.

KEY WORDS

Justice, memory, victims, International Criminal Law, International Criminal Court.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.017

* El presente trabajo hace parte del proyecto de investigación titulado «La función de la Corte Penal Internacional desde las teorías de la justicia en el derecho internacional», desarrollado desde la línea de investigación «Crítica al Derecho Internacional desde Fundamentos Filosóficos» y financiado por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

EL ÁMBITO DE
APLICACIÓN DE LA
JUSTICIA COMO
MEMORIA COMO
PARTE DE LOS FINES
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
PENAL Y LA FUNCIÓN
DE LA CORTE PENAL
INTERNACIONAL

Héctor Olasolo

Catedrático de Derecho internacional
Universidad de Rosario (Colombia)

Andrés Sánchez Sarmiento

Investigador
Universidad de Rosario (Colombia)

Antonio Varón Mejía

Profesor de Derecho internacional público
Universidad de Rosario (Colombia)

*Sin memoria, la injusticia se olvida,
por lo que pierde la capacidad de ser
afrontada y superada*

Sumario: 1. Introducción. 2. La justicia como memoria y sus presupuestos básicos. 3. Aproximaciones teóricas y jurisprudenciales vinculadas a la perspectiva de la justicia como memoria. 3.1. Las elaboraciones teóricas de Sobrino, Lévinas y Bartolomé Ruiz. 3.2. La construcción jurisprudencial de las dimensiones individual, social y reparatoria del derecho a la verdad por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. 4. ¿Puede la perspectiva de la justicia como memoria tener algún ámbito de aplicación en el DIP? 5. ¿Puede la perspectiva de la justicia como memoria tener algún ámbito de aplicación en el desarrollo de la función de la CPI? 5.1. La reconstrucción de una narrativa histórica de los hechos. 5.2. Poner fin a la impunidad de los máximos responsables de los crímenes de la competencia de la CPI. 5.3. La justicia para las víctimas a través de su participación en las actuaciones ante la CPI y su reparación. 5.4. La reconciliación social. 6. Conclusiones. Notas. Bibliografía. Jurisprudencia.

1. INTRODUCCIÓN

Una lectura atenta de los fundamentos de hecho de las decisiones dictadas por los tribunales internacionales penales y las jurisdicciones nacionales en casos de crímenes internacionales muestra cómo la historia de la humanidad nos deja innumerables relatos de terrible sufrimiento y opresión. Así lo entendieron los autores que desarrollaron el concepto de justicia como memoria, cuyas raíces se remontan a un grupo de filósofos de finales del siglo XIX y principios del siglo XX (principalmente, Cohen, Buber y Rosenzweig), que, con base en su origen judío, pudieron anticipar la marginalidad, la exclusión y el exilio que sufrirían décadas después los pensadores que les sucedieron en la denominada Escuela de Frankfurt (Benjamin, Adorno, Horkheimer y Marcuse, entre otros).

Como señala Olasolo (2019), de todos ellos Benjamin (2005) es el que nos ha legado, a través de su alegoría del ángel caído de la historia, el concepto más elaborado de la justicia como memoria, entendida como una mirada al pasado que trata de atribuir sentido a lo que hasta entonces es considerado como despojo y olvido. Para Benjamin (2005: 23 ss.), el sufrimiento y el sinsentido de las vidas de las víctimas se convierte en el objeto central de la justicia, que se dirige a reavivar, desde la reevaluación del pasado, la esperanza frente al olvido de quienes han sido condenados por la historia oficial de los vencedores. Con ello se trata de promover que las víctimas puedan recuperarse del daño sufrido, superando así, pero no olvidando (Adorno 2006; y Levi, 2005), la propia condición de víctima en la que les ha colocado la historia (Berón Ospina, 2019).

Estrechamente vinculadas a la perspectiva de la justicia como memoria surgen las elaboraciones teóricas de Sobrino (2016), Lévinas y Bartolomé Ruiz (2011) en relación con la necesidad de: *i*) rescatar la verdad de quienes han sido sistemática y reiteradamente silenciados (*el pueblo crucificado*); *ii*) reconocer al *otro* que ha sido permanentemente privado de reconocimiento; y *iii*) atribuir a la dignidad de la vida humana la condición de criterio central de discernimiento entre las diversas lecturas de la historia (solo la memoria que defienda la dignidad humana tiene la legitimidad ética de ser justa). Asimismo, el derecho a la verdad, que, si bien surgió en relación con las víctimas de desaparición forzada de la década de 1970, ha visto extendido su

ámbito de aplicación a las víctimas de las demás violaciones graves de derechos humanos (constituyéndose en la actualidad en uno de los derechos más relevantes tanto a la hora de reparar dichas violaciones como en los procesos de transición), se encuentra íntimamente vinculado con la perspectiva de la justicia como memoria y sus presupuestos básicos (Ibáñez, 2014).

Frente al concepto de justicia como memoria, Nietzsche (2015) subraya que la justicia debe dirigirse principalmente a satisfacer la necesidad de toda sociedad de mantener la paz social, incluso si esto significa dejar insatisfechas las demandas de las personas y las comunidades victimizadas por la violencia. Para ello, es necesario —como se ha hecho en países como El Salvador y España— priorizar la superación del recuerdo de un pasado que genera más dolor y resentimiento. Según Nietzsche (2015), la historia muestra que la especie humana ha ejercido la violencia desde sus etapas más tempranas y que esta se ha reproducido indefectiblemente. En este ciclo de constante violencia, el olvido actúa como su auténtico catalizador, al banalizarla primero, y normalizarla después (solo el olvido del dolor provocado por la crueldad posibilita su reproducción como si de una actividad más se tratara). De ahí que, como subraya Bartolomé Ruiz (2011: 40-42), el olvido y la violencia se necesiten mutuamente.

Ante la tensión entre las posiciones de Nietzsche (2015), quien, frente a las demandas de justicia de las víctimas, afirma la necesidad de imponerles implícita o explícitamente su renuncia para poder superar el recuerdo de un pasado que genera más dolor y resentimiento y mantener así la paz social, y Benjamin (2005), quien resalta la importancia de satisfacer dichas demandas para revisar lo que la memoria del vencedor oculta y justifica en detrimento de las víctimas, Mate (2009 y 2011) recoge e interpreta los planteamientos de este último y, a partir de ellos, elabora los tres presupuestos básicos que caracterizan su propuesta de justicia como memoria: *i*) el reconocimiento social como respuesta al daño político; *ii*) la reparación del daño personal sufrido por las víctimas en la medida de lo posible, y la conservación en la memoria de lo materialmente irreparable; y *iii*) la consecución de la reconciliación. Como Berón Ospina (2019) y Olasolo (2019) señalan, las iniciativas de memoria histórica que desde comienzos del siglo XXI se han desarrollado en Colombia en el marco de diversos procesos de desmovilización de grupos armados al margen de la ley (Ley de Justicia y Paz (2005), Ley de víctimas (2011), Marco Jurídico para la Paz (2012) y Acuerdo de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) (2016)) tratan de responder en cierta medida a estos presupuestos básicos en condiciones de permanente conflicto y desconfianza por las consecuencias que pueden llegar a tener.

La perspectiva de la justicia como memoria, con su triple dimensión de reconocimiento, reparación material e inmaterial y reconciliación, podría *a priori* verse en gran medida satisfecha mediante la aplicación del Derecho internacional penal (DIP) si sus mecanismos de aplicación (investigación, enjuiciamiento y sanción de los máximos responsables de crímenes internacionales a través de procedimientos penales desarrollados por jurisdicciones nacionales o tribunales internacionales) tuvieran la idoneidad para poder realizar cuatro de los fines a cuya consecución debería dirigirse el DIP según una

buena parte de la doctrina: *i*) el establecimiento de una narrativa histórica de las situaciones de violencia sistemática o generalizada ocurridas (Cassese, 1998; Drumbl, 2007; y Osiel, 1997); *ii*) la prevención general negativa plasmada en la máxima «poner fin a la impunidad» (en particular, de los máximos responsables) (Akhavan, 2001; Harhoff; y Tadros 2011); *iii*) el compromiso de hacer justicia a las víctimas a través de su participación en los procedimientos y su reparación (Cryer *et al.*, 32014; Dwertmann, 2010; y Harhoff, 2008); y *iv*) la promoción de la reconciliación social (Burke-White, 2005; Harmon, 2009; y Ohlin, 2009).

Sin embargo, este escenario apriorístico parece alejarse significativamente de la realidad, lo que, como Olasolo (2016) subraya, ha llevado a otra parte importante de la doctrina a rechazar que el DIP ofrezca un cierto ámbito de realización de la justicia como memoria debido a la inidoneidad de los mecanismos de aplicación del DIP (con independencia de que estos se desarrollen ante jurisdicciones nacionales o en tribunales internacionales penales) para alcanzar cualquiera de estos cuatro fines.

Esta tensión es inherente también a la función de la Corte Penal Internacional (CPI), como puede observarse en sus actuaciones en el marco de su exámenes preliminares, investigaciones y casos, y en particular en el desarrollo de los casos contra Thomas Lubanga¹, Bosco Ntaganda², Mathew Ngudjolo³, Germain Katanga⁴, Jean Pierre Bemba⁵, Ahmad Al-Mahdi⁶ y Dominic Ongwen⁷, que son los únicos procesados con respecto a los cuales la CPI ha completado entre 2012 y 2020 sus primeros juicios orales, habiendo emitido, en varios de ellos, sentencias de primera instancia y apelación, y decisiones de determinación de la pena y establecimiento de las modalidades de reparación (Olasolo, Carnero Rojo, Seoane y Carcano, 2018).

Con base en lo expuesto, el presente trabajo analiza en primer lugar el concepto de justicia como memoria y sus presupuestos básicos (sección 2), así como las elaboraciones teóricas y jurisprudenciales (el derecho a la verdad) con las que se encuentra estrechamente vinculada (sección 3). A continuación, se analiza si la perspectiva de la justicia como memoria puede tener algún ámbito de aplicación en el DIP en general (sección 4), y en la función de la CPI en particular (sección 5). La sección 6 recoge las principales conclusiones alcanzadas en el presente trabajo.

2. LA JUSTICIA COMO MEMORIA Y SUS PRESUPUESTOS BÁSICOS

Benjamin (2005) elabora su propuesta de justicia como memoria sobre la constatación de que las voces de los más desfavorecidos han sido reiterada y sistemáticamente silenciadas por la narrativa de los vencedores; aquella que comúnmente entendemos como *historia*. Para Benjamin (2005: 23 ss.), los historiadores se han encargado de recopilar hechos y entenderlos como una sucesión de eventos que nos llevan al presente, de manera que lo que ocurrió en el pasado es visto simplemente como el camino para la consecución del progreso, entendido como fin último de la sociedad. Así, tanto el pasado como el presente se

aprecian en función de la obtención del anhelado progreso en el futuro. Pero, ¿qué esconde esta visión de la historia?

En sus tesis sobre la filosofía de la historia, Benjamin (2005) muestra la otra cara de la realidad: la del dolor, la opresión y la desesperanza de las víctimas de la historia y el progreso. En esta búsqueda del avance constante y continuo, la humanidad ha justificado el sacrificio de miles de millones de seres humanos que han sido enterrados y olvidados por la historia. Los vencidos han sido silenciados por la voz de los vencedores, que han escrito la historia a su antojo y han determinado qué debe entenderse por progreso. La historia, en este orden de ideas, es un cúmulo de ruinas que esconde las voces de los caídos y las injusticias que se cometieron contra ellos. El olvido se convierte, de esta manera, en un proyecto político. Es así como el poder manipula la información y esconde la verdad para ejercer control social y político, e institucionalizar su versión. Además, este proyecto político no solo propicia el exterminio material de los vencidos, sino que genera también su desaparición metafísica porque, al final, nada queda de ellos (Benjamin 2005; y Mate, 2009).

Ante esta situación, la memoria es salvación del pasado y del presente. Salvación del pasado porque, gracias a la nueva luz, podemos traer al presente aspectos desconocidos del pasado. La memoria de los vencidos da cuenta de una parte de la realidad que la historia omite: aquello que pudo haber sido y nunca fue. Escuchar las voces y los anhelos de cambio que no se materializaron es la única forma de garantizar la justicia a través del reconocimiento de la injusticia cometida contra quienes han sido olvidados por la historia. No puede afirmarse que se busca acabar con la impunidad cuando las injusticias del pasado son relegadas al olvido. Si las injusticias se olvidan, la impunidad prevalece porque no hay forma de resarcir el daño causado ni honrar a quienes lo padecieron. Sin memoria, la injusticia se olvida, por lo que pierde la capacidad de ser afrontada y superada (Benjamin, 2005; y Mate, 2009 y 2011).

La memoria también es salvación del presente porque, gracias a su presencia, el presente puede saltar sobre su propia sombra, es decir, puede librarse de la cadena causal que lo trajo al mundo, entendida como la reiteración de la versión de quienes sistemáticamente han impuesto su visión de la historia. No debe olvidarse que las injusticias del presente son consecuencia de las injusticias del pasado ni que la memoria nos permite abordar el problema de fondo visibilizando a aquel sector de la sociedad que tiende a ser victimizado y tomando acciones para evitar que siga siendo atropellado. De esta manera, las víctimas dejan de ser un efecto colateral para pasar a ser piedra angular de la política y, al hacerse visibles, nos dicen sobre qué sufrimientos, injusticias e hipotecas está construido el presente, obligándonos a hacernos cargo. Solo así puede vencerse la injusticia estructural que nos ha acompañado durante toda la historia de la humanidad, dado que, si las voces de los caídos nunca son escuchadas, nunca podremos resarcir el daño que se les ha causado ni hacerles justicia. Además, tampoco podremos impedir que esas mismas injusticias sean cometidas contra otros. Por tanto, la única manera de asegurar la consecución de una justicia verdadera y universal (entendida como justicia para todos, vivos y muertos) es a través de la memoria de los caídos que experimentaron

en carne propia el sufrimiento y la opresión (para construir una política sin violencia es imprescindible mantener viva la memoria de la violencia pasada). Así, traer la memoria a nuestro presente nos permite modificarlo de tal forma que pueda evitarse la repetición de los actos injustos. No se trata, por tanto, de restaurar el pasado, sino de construir un presente a partir de las enseñanzas que podemos encontrar en el pasado (Benjamin 2005; y Mate, 2009 y 2011).

Reyes Mate recoge e interpreta los planteamientos de Benjamin y, a partir de ellos, elabora su propuesta de justicia como memoria. Para ello cuenta con un referente histórico que Benjamin no pudo analizar, aunque de alguna manera lo auguró: los sucesos ocurridos durante el Holocausto nazi y, más específicamente, lo ocurrido en Auschwitz. Este referente histórico, que hizo plausible lo inimaginable, nos muestra hasta dónde puede llegar la crueldad del ser humano, pero más allá de eso, permite que nos demos cuenta de lo injustificable que es el sufrimiento humano (Mate, 2011: 40): «Auschwitz es injustificable en el sentido moral, desde luego, pero también en un sentido cognitivo: no hay manera de identificar causas que expliquen racionalmente lo que ocurrió. No hay relación suficiente entre causas y efectos». Por ello, la memoria de Auschwitz, además de mostrar aquello de lo que puede ser capaz el ser humano, impide toda justificación de su crueldad y previene su repetición.

Para Mate (2009 y 2011), la única forma de conseguir la justicia universal es la reconstrucción de la memoria de las víctimas de la historia a través del relato individual de aquellos que han experimentado el sufrimiento y la opresión porque solo así podemos dimensionar la gravedad de los actos inhumanos que aquejan a la humanidad y que son invisibilizados por las fuerzas políticas y económicas actuales para satisfacer y proteger sus propios intereses. Solo cuando se ha entendido el horror al que la humanidad ha sido sometida a lo largo de la historia, la memoria nos permitirá tomar acciones políticas que contribuyan a transformar la realidad en la que vivimos, adentrándonos así en un camino de verdadera búsqueda de la justicia.

Con base en lo anterior, Mate (2011: 231-232) reclama el cumplimiento de tres presupuestos básicos para hacer justicia a las víctimas: *i*) el reconocimiento social como respuesta al daño político; *ii*) la reparación del daño personal en la medida de lo posible; y *iii*) la consecución de la reconciliación. Los dos primeros se refieren al deber de las instituciones y de la sociedad de reconocer a la víctima como parte de esta, aceptar públicamente el daño que se le ha causado, reparar lo reparable y conservar la memoria de aquello que es materialmente irreparable. Por último, la reconciliación, el paso final que ha de darse para conseguir una verdadera justicia, debe ser ese proceso que permita superar el daño mediante el perdón de la víctima hacia el victimario, así como el reconocimiento del daño causado por el verdugo y su arrepentimiento.

3. APROXIMACIONES TEÓRICAS Y JURISPRUDENCIALES VINCULADAS A LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA COMO MEMORIA

3.1. LAS ELABORACIONES TEÓRICAS DE SOBRINO, LÉVINAS Y BARTOLOMÉ RUIZ

Estrechamente vinculadas al concepto de justicia como memoria y a sus presupuestos básicos, aparecen las elaboraciones teóricas de Sobrino (2016), Lévinas y Bartolomé Ruiz (2011). El primero sostiene que para construir una sociedad más solidaria y justa es necesario esclarecer la verdad de quienes son sistemática y reiteradamente silenciados (a los que se refiere con la expresión, *el pueblo crucificado*), porque «[...] vivimos en una cultura del encubrimiento, de la tergiversación y, a través de ello, vivimos eficazmente en la mentira. No solo existe la injusticia estructural, no solo la violencia institucionalizada —como se recalcaba en tiempo de Medellín—, sino que existe también el encubrimiento, la tergiversación y la mentira institucionalizada. Y se invierten muchos recursos en ello». Esto muestra cómo el vencedor y el historiador cuentan su versión de la realidad para la consecución de sus propios intereses, mientras que la mayoría de las víctimas son poco o nada tenidas en cuenta (Sobrino, 2016: 73).

Para Sobrino (2016: 11-14), esta situación se produce también en el ámbito internacional, como puede observarse en la relevancia que se atribuye a determinados hechos (por ejemplo, los atentados del 11 de septiembre de 2001) en contraposición con otros (la posterior intervención norteamericana en Afganistán) y la incidencia que esta situación tiene en la adopción de decisiones políticas a nivel mundial. Así, si los atentados del 11 de septiembre fueron un acto de barbarie, lo sucedido en Afganistán (como lo ocurrido durante distintos gobiernos totalitarios en Latinoamérica) superaron la crueldad y el sufrimiento allí experimentados. Sin embargo, la tragedia de Nueva York movió el *corazón* de la sociedad internacional (que llegó a justificar la declaración de guerra al terrorismo), mientras que las otras tragedias no motivaron a nadie a luchar contra sus causas. Esto pone en evidencia la verdadera naturaleza de la realidad en la que vivimos: el mundo desarrollado impone los valores para cuya consecución toda la sociedad internacional debe luchar, mientras que los llamados países en vía de desarrollo tienen poca o nula relevancia a la hora de establecer las prioridades de la agenda internacional.

Ante esta situación, Sobrino (2016: 91-92) considera que «[...] llegar a ser humano es, en definitiva, dar voz y palabra a la realidad, cuando esta es silenciada y oprimida, colaborar con sus balbuceos para que se conviertan en palabra clara». En consecuencia, dar paso a la narrativa de los oprimidos es permitirles tener visibilidad, lo cual, a su vez, lleva a su reivindicación y promueve cambios estructurales que combatan el sufrimiento al cual han sido tradicionalmente sometidos. Se trata, por tanto, de recordar a las víctimas para traerlas a la realidad y no condenarlas a la irrealidad definitiva. Para Sobrino (2016), al igual que para Benjamin (2005) y Mate (2009 y 2011), solo de esta manera puede conseguirse la salvación entendida como la verdadera justicia universal.

En la consecución de este objetivo, Sobrino considera que la tragedia (concepto que también aplica a los casos de comisión de crímenes internacionales) tiene un inmenso po-

tencial educativo debido a la empatía que genera. Así, siempre y cuando no pretendamos encubrir su verdad, nos introduce en la verdad de nuestro mundo y en nuestra propia verdad (nos permite reconocer el verdadero sufrimiento y nos deja ver que este no está su-peditado al desastre, sino que está siempre presente). De esta manera, a diferencia del desconocimiento del sufrimiento que genera indiferencia, la tragedia proporciona una especie de *radiografía* de la realidad que nos permite entender quiénes son los que se encuentran en constante sufrimiento en nuestra sociedad y hasta qué punto esta situación es fruto de la acción humana (como sucede con la crueldad y la barbarie que son congénitas a la comisión de crímenes internacionales y afectan principalmente a quienes no tienen recursos).

En íntima conexión con la relevancia del reconocimiento social como presupuesto básico de la justicia como memoria, Lévinas, conocido por sus estudios sobre la alteridad (quién o qué es el *otro* y cuál es el papel que juega en mi vida), afirma que el *yo* ha de concebirse y entenderse a partir del rostro del *otro* (solamente a partir de mi relación y reconocimiento del *otro* puede el *yo* llegar a ser). En consecuencia, es responsabilidad de cada uno reconocer al *otro* (aceptando que es distinto y tiene otras necesidades y otra forma de entender el mundo) y proteger su identidad y libre existencia (al permitir al *otro* ser libre, me permito a mí mismo serlo; alcanzo mi libertad a través del reconocimiento de la alteridad) (Sztajnszrajber, 2016).

Esta responsabilidad por el *otro* tiene su fundamento en que el *otro* no puede satisfacer por sí mismo sus necesidades y nosotros somos los únicos que podemos ayudarle, de la misma manera que el *yo* tiene también ciertas necesidades (diferentes y tal vez menos gravosas) que solo pueden ser satisfechas en función del *otro*. Por esta razón, existe una relación (asimétrica) que nos conecta a los otros a través de las necesidades de cada uno y que nos responsabiliza con los demás (Corres, 2012).

Lévinas se preocupa principalmente por aquellos a quienes la sociedad tradicionalmente ha segregado o marginalizado porque tienen una mayor necesidad de reconocimiento y aceptación. En este contexto, plantea una relación asimétrica dentro de la cual aquellos *yo*es que sistemáticamente han ostentado una posición más privilegiada se encarguen de reconocer a esos *otros* que permanentemente han sido privados de ese reconocimiento. La responsabilidad que surge frente a estos últimos es incluso más importante que la responsabilidad de cada quién consigo mismo (Sztajnszrajber, 2016; y Corres, 2012).

Pero, ¿qué papel juega la memoria en todo esto? Si bien Lévinas no aborda la memoria como camino hacia la justicia, reconoce la importancia de apersonarse del pasado del *otro*, hasta el punto de considerar que somos incluso responsables por él⁸. Así, para Lévinas, escuchar las voces del *otro*, especialmente cuando es una víctima, constituye un deber ético de todo *yo*. Como subraya Mejía (2017: 21), «[...] la radicalidad de la ética levinasiana se expresa en el hecho de que el rostro se me impone sin que yo pueda permanecer haciendo oídos sordos a su llamada. Con esta metáfora procura hacer audibles la palabra, la voz, el grito del *otro*, sobre todo de ese otro que tiene el rostro dolido de la víctima. Por eso, una vez que ha llegado a nuestros oídos es imposible que pueda olvidarle, que pueda dejar de ser responsable de su miseria». En consecuencia, a pesar de no hablar expresamente de memoria, Lévinas se preocupa, como elemento central del reconocimiento del *otro*, tanto por

sus padecimientos pasados como presentes, lo que exige un ejercicio de escucha que nos lleve a entender el sufrimiento ajeno para poder afrontarlo y superarlo.

Finalmente, Bartolomé Ruiz (2011: 37, 48-49) pone el acento en la necesidad de atribuir a la dignidad de la vida humana la condición de criterio central de discernimiento entre las diversas lecturas de la historia, porque solo la memoria que defiende la dignidad humana tiene la legitimidad ética de ser justa. Según este autor, si bien el Derecho se ha valido de la violencia para instituirse, generando una violencia *justa o legítima* a la luz del ordenamiento jurídico (el Derecho legitima el recurso a la violencia por el Estado con el fin de combatir la violencia discrecional), esto no es aceptable en el campo de la ética, donde toda violencia (entendida como «un acto de significación intencional de destrucción estratégica del otro») es un acto de injusticia y, por ello, la «violencia legítima» es inconcebible.

Con base en lo anterior, Bartolomé Ruiz (2011: 47-49) considera que la memoria, en cuanto característica constitutiva del ser humano, es un vehículo ideal para luchar contra la violencia. Así, si bien todas las versiones de la memoria pueden tener pretensiones de verdad por el simple hecho de ser interpretaciones del pasado, el criterio de selección entre las mismas no puede ser otro que la promoción de la dignidad de la vida humana. Al aplicar este criterio a la pretensión de legitimación de la violencia como método útil para un fin justo, nos encontramos con que el rescate anamnético del dolor de las víctimas revela que su verdadero fin es la negación de la vida. De esta manera, la memoria, construida sobre la alteridad de las víctimas se convierte en la vía más idónea para combatir la violencia y la injusticia, ya que permite rescatar el sufrimiento pasado, traerlo al presente para combatirlo, y así sanar las heridas olvidadas y prevenir los daños en la actualidad y en el futuro.

3.2. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS DIMENSIONES INDIVIDUAL, SOCIAL Y REPARATORIA DEL DERECHO A LA VERDAD POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la verdad, que constituye uno de los aspectos centrales de los procesos de transición y de las modalidades de reparación de las violaciones graves de derechos humanos, está estrechamente relacionado con la concepción de la justicia como memoria (Ibáñez, 2014; y Olasolo, 2019).

En el ámbito internacional, el desarrollo más completo del derecho a la verdad se encuentra en la interpretación jurisprudencial de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Así, desde su primer caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha afirmado que es un deber de los Estados investigar la comisión de graves violaciones de derechos humanos. Además, en los casos de desaparición forzada, la Corte IDH ha subrayado también la obligación de los Estados de informar a los familiares de las víctimas sobre su paradero o, en caso de fallecimiento, sobre el lugar en que se encuentran sus restos (Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez*, 1988).

Posteriormente, la Corte IDH ha señalado que el derecho a la verdad tiene también una dimensión colectiva, en la medida en que la sociedad tiene el derecho a conocer las cir-

cunstances en que se han llevado a cabo las violaciones graves de derechos humanos (caso *Barrios Altos*, 2001) para tenerlas en cuenta al forjar su legado como nación, prevenir los procesos de revisionismo histórico y evitar su repetición (Bachmann y Szablewska, 2015).

La Corte IDH ha hecho también énfasis en que el derecho a la verdad constituye una medida de reparación adecuada si se investigan los hechos del caso con el fin de identificar, juzgar y castigar a los responsables, siempre y cuando los resultados de la investigación se hagan públicos para que la sociedad conozca la verdad (Corte IDH, caso *Tibi*, 2004). Con ello, la Corte IDH ha reconocido que, además de sus dimensiones individual y colectiva, el derecho a la verdad constituye también una forma de reparación (caso *Moiwana*, 2005).

De esta manera, la Corte IDH ha acogido expresamente los distintos componentes del derecho a la verdad que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado en los casos *Parada Cea y otros* (1999), *Ignacio Ellacuría y otros* (1999) y *Monseñor Oscar Romero* (2000), respecto a los cuales la CIDH hace especial énfasis en que el conocimiento de las circunstancias de la violación constituye una medida de satisfacción y una garantía de no repetición. Esta última constituye, a su vez, un objetivo primordial de todo proceso de transición (Galain Palermo, 2016).

4. ¿PUEDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA COMO MEMORIA TENER ALGÚN ÁMBITO DE APLICACIÓN EN EL DIP?

A la luz de lo expuesto, surge la pregunta sobre si, considerando los fines a los que se dirige el DIP, la perspectiva de la justicia como memoria puede tener algún espacio de aplicación en el DIP.

Para responder a esta pregunta, conviene subrayar que, según una buena parte de la doctrina, entre los fines a los que se dirige el DIP se encuentran los siguientes: *i)* el establecimiento de una narrativa histórica de la violencia sistemática o generalizada ocurrida; *ii)* la prevención general negativa, plasmada en la máxima «poner fin a la impunidad» (en particular, de los máximos responsables de crímenes internacionales); *iii)* el compromiso de hacer justicia a las víctimas mediante su participación en los procedimientos y su reparación; y *iv)* la promoción de la reconciliación social.

Así, en primer lugar, el establecimiento de una narrativa histórica de lo acontecido que resista el paso del tiempo es señalado por algunos autores como uno de los fines del DIP porque, por un lado, ofrece a los Estados medidas adecuadas para el fortalecimiento de la justicia y la implementación de medidas de no repetición y, por otro, promueve una justicia internacional que se prolongue en el tiempo tanto para las víctimas que ya fueron como para aquellas que se pretende salvaguardar en el futuro (Cassese, 1998; Drumbl, 2007; y Osiel, 1997).

Para estos autores, los mecanismos de aplicación del DIP y, en particular, los procesos penales son herramientas idóneas para la reconstrucción histórica debido a que las pruebas presentadas son sometidas al escrutinio de órganos jurisdiccionales internacionales en el

marco de un proceso contradictorio con todas las garantías en el que se aplican normas estrictas sobre admisión de prueba en las actuaciones judiciales, los derechos de la defensa, el principio de presunción de inocencia y el estándar probatorio «más allá de toda duda razonable» (Boon, Hafner, Huston y Rübese, 1999; O'Connor, 1999; y Scharf, 1999). Como señala Osiel (1997), si fuera necesario, se podrían incluso reestructurar los juicios orales para facilitar la creación de una narrativa histórica de lo sucedido que sea útil para la sociedad en el postconflicto.

Además, como Cryer *et al.* (2014: 32) subrayan, los elementos contextuales de los crímenes internacionales requieren que las partes presenten en los procesos penales elementos de prueba sobre los patrones de violencia o la situación de conflicto armado en que se produjeron los delitos imputados, exigencia que ha jugado una función muy relevante a la hora de combatir el negacionismo⁹. Para Drumbl (2007), la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso *Krstic* (02/08/2001) (en la que se creó un registro histórico de lo sucedido para contrarrestar los intentos de negar la masacre de Srebrenica), y la calificación como genocidio de la violencia en Ruanda por la jurisprudencia del TPIR son dos buenos ejemplos en que se constata este impacto.

En segundo lugar, algunos autores, entre ellos Tadros (2011), han subrayado que otro de los fines del DIP (prevención general negativa) es evitar que los dirigentes de instituciones estatales y organizaciones con capacidad para cometer crímenes internacionales infrinjan las normas internacionales penales debido al alto coste que su comisión ha tenido para otros dirigentes condenados.

En este sentido, la jurisprudencia del TPIY ha aceptado expresamente que la prevención general negativa constituye uno de los fines del DIP¹⁰. Asimismo, el párrafo quinto del preámbulo del Estatuto de la CPI afirma que los Estados partes están «[...] decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes» (Akhavan, 2001). Del mismo modo, la Sala de Primera Instancia II de la CPI ha afirmado en el caso *Katanga* la importancia de disuadir a quienes pueden potencialmente pensar en cometer crímenes internacionales¹¹. En consecuencia, como observa Harhoff (2008), si fuera posible fortalecer una cultura de responsabilidad de los máximos responsables, y si las jurisdicciones nacionales cumplieran sus obligaciones de investigación, enjuiciamiento y sanción de los crímenes internacionales como los redactores del ECPI esperaban, entonces sería posible superar las críticas sobre la ineficacia de la función preventiva del DIP.

En tercer lugar, hacer justicia a las víctimas constituye, para una parte de la doctrina, uno de los fines a los que se dirige el DIP. Así, Cryer *et al.* (2014) señalan que los procesos internacionales penales pueden generar en las víctimas el sentimiento de que se ha hecho justicia al ver a sus agresores sentados en el banquillo de los acusados y condenados a penas proporcionales a la gravedad del daño que sufrieron (la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso *Nikolic* (2/12/2003) pone énfasis en que «el castigo debe por tanto reflejar las peticiones de justicia de las personas que —directa o indirectamente— han sido víctimas de los delitos»). Además, la comparecencia en calidad de testigo en los procesos penales desarrollados contra sus agresores también puede ayudar a generar en las víctimas la

sensación de que se les ha hecho justicia o, al menos, contribuir a que se cierren las heridas abiertas a raíz de la violencia sufrida (Cryer *et al.*³, 2014).

En este sentido, Harhoff (2008) subraya que la medida en que los procesos penales ayudan a restaurar la dignidad de las víctimas depende, entre otros factores, del alcance de su participación en los mismos. Sin embargo, recuerda que el TPIY y el TPIR no han sido siempre ejemplares en el tratamiento que han dispensado a víctimas y testigos.

A diferencia de los estatutos del TPIY y el TPIR, el ECPI contiene varias disposiciones que prevén la participación de las víctimas en las actuaciones penales ante la CPI y en el procedimiento de reparación. Asimismo, el artículo 75.1 del ECPI faculta a la CPI a ordenar el embargo de los bienes del condenado (medida que puede llevarse a cabo de manera cautelar conforme al artículo 57.3 e) del ECPI) con el fin de obtener los recursos necesarios para restituir, compensar y rehabilitar a las víctimas. En consecuencia, como apunta Dwertmann (2010), hacer justicia a las víctimas a través de una reparación justa constituye, sin duda, uno de fines a los que se dirigen las actuaciones de la CPI.

En cuarto lugar, la promoción de la reconciliación social en el postconflicto a través de la provisión de cierto sentido de justicia en los procesos por crímenes internacionales es, para autores como Cassese (1998) y Burke-White (2005), otro de los fines específicos del DIP, en la medida en que contribuye a establecer las condiciones previas para una paz estable y duradera. A este respecto, Harmon (2009) y Ohlin (2009) subrayan que existe una consolidada creencia de que la impunidad tiende a inspirar la comisión de crímenes internacionales en el medio y largo plazo, obstaculizando, por tanto, los procesos de paz¹².

La aplicación, siquiera parcial, de la perspectiva de la justicia como memoria a través de la satisfacción de los mencionados fines del DIP es, sin embargo, cuestionada por un amplio sector de la doctrina desde una doble perspectiva. Por una parte, numerosos autores señalan que no está claro hasta qué punto la satisfacción de estos fines permitiría realizar los tres presupuestos básicos de la justicia como memoria (reconocimiento social, reparación material e inmaterial y reconciliación); por otra parte, niegan que el DIP se dirija a la consecución de estos fines.

Para abordar la primera objeción, es importante recordar que, como hemos visto en las secciones anteriores, los tres presupuestos básicos de la justicia como memoria giran en torno a las siguientes exigencias para las instituciones y la sociedad en su conjunto: *i*) que reconozcan a las víctimas como parte de la sociedad y admitan públicamente el daño que se les ha causado; *ii*) que les reparen lo reparable y conserven la memoria de aquello que es materialmente irreparable; y *iii*) que adopten las medidas necesarias para favorecer la reconciliación entre víctimas y victimarios mediante el perdón de los primeros y el reconocimiento del daño causado y arrepentimiento de los segundos.

Asimismo, para responder a este primer reparo es necesario situarse en el hipotético escenario en el que los mecanismos de aplicación del DIP (investigación, enjuiciamiento y sanción de los máximos responsables de crímenes internacionales a través de procedimientos penales desarrollados por jurisdicciones nacionales o tribunales internacionales) permitieran la plena satisfacción de los mencionados fines del DIP porque fueran idóneos para: *i*)

el establecimiento de una narrativa histórica completa de los hechos acontecidos; *ii*) el reconocimiento de la responsabilidad internacional penal de quienes recurrieron de manera sistemática o generalizada a la violencia mediante la instrumentalización de las estructuras del Estado y de las organizaciones que dirigieron; *iii*) el reconocimiento del daño sufrido por las víctimas a través de su participación en las actuaciones y de su reparación mediante la restitución, la compensación y la rehabilitación; y *iv*) la promoción de la reconciliación social entre víctimas y victimarios como paso previo hacia una paz duradera y estable.

En este escenario hipotético, no cabría sino afirmar que la perspectiva de la justicia como memoria, con su triple dimensión de reconocimiento, reparación material e inmaterial y reconciliación se vería en gran medida satisfecha a través de los mecanismos de aplicación del DIP. Sin embargo, como pone de manifiesto la doctrina que plantea el segundo cuestionamiento, este escenario hipotético parece alejarse significativamente de la realidad.

Con respecto a la segunda objeción, numerosos autores niegan que el DIP se dirija a la consecución de los cuatro fines arriba mencionados. Así, en primer lugar rechazan que uno de los fines del DIP deba ser la creación de una narrativa histórica porque, en su opinión, los procesos penales no están diseñados para determinar la memoria histórica, sino para dar cuenta de la responsabilidad penal del acusado. Así Minow (1998), Álvarez (1998) y Teitel (2000) sostienen que los procesos penales no son idóneos para esclarecer todos los hechos victimizantes, sino solo aquellos que es necesario probar para lograr una condena, por lo que es difícil abordar la historia de un cierto periodo de tiempo sin salirse de los límites impuestos por los procesos penales, cuyo objetivo último es determinar las responsabilidades individuales por los crímenes internacionales cometidos¹³. Además, los ámbitos material, temporal y territorial de la jurisdicción de los tribunales internacionales penales suponen, en todo caso, que el relato histórico que presenten en sus sentencias no pueda ser nunca completo, incluso si se admiten elementos de prueba relativos a hechos acaecidos fuera del marco temporal o territorial sobre el que ejercen su jurisdicción¹⁴.

Para algunos autores no solo no es posible una reconstrucción fiel de todos los hechos constitutivos de crímenes internacionales y de la memoria de todas y cada una de las víctimas, sino que tampoco es aconsejable. En este sentido, Koskeniemi (2002) considera extraño que un órgano jurisdiccional actúe como árbitro entre las diferentes versiones históricas de los conflictos de larga duración en la que se cometen muchos de los crímenes internacionales, puesto que dichos conflictos no son fácilmente interpretables mediante los mecanismos de aplicación del DIP. De hecho, puede llegar incluso a ser contraproducente que los procesos penales se conviertan en una especie de debate político sobre la validez de las diferentes narrativas históricas que son presentadas¹⁵, como parece haber sucedido en el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, si nos atenemos a lo manifestado por el juez Röling en su voto particular a la sentencia, en el que afirmó que, en ocasiones, se había distorsionado la historia por razones políticas¹⁶.

La prevención general negativa como fin del DIP tampoco está exenta de críticas. Así, en relación con el TPIY, se afirma que su creación no pudo poner fin a los crímenes internacionales cometidos en la antigua Yugoslavia entre 1993 y 1995¹⁷. Además, con carácter más general, una parte importante de la doctrina afirma lo siguiente: *i*) los seres humanos

no actúan realmente como calculadoras racionales, evaluando cuidadosamente los costes y beneficios de la comisión crímenes internacionales (Wippman, 1999: 174); *ii*) la función preventiva de la norma penal tiene menor impacto en el marco de la macrocriminalidad debido a las particularidades del contexto histórico en el que se cometen los crímenes internacionales y a las características propias de quienes, perteneciendo a ciertas organizaciones, los planean, ordenan y cometen¹⁸; *iii*) la prevención general negativa es ineficaz frente a quienes actúan desde un ámbito institucional, puesto que son protegidos por «una fachada orgánica» que inevitablemente provoca el fracaso de las medidas de prevención y rehabilitación (de esta manera, la eficacia de la prevención general negativa en estos casos no depende tanto de la aplicación del DIP, sino de la necesaria reforma institucional que debe acontecer) (Roth-Arriaza, 1995; y Malamud-Goti, 1990); y *iv*) el DIP no tiene, en la práctica, efecto preventivo alguno (Farer, 2000; Golash, 2010; Mullins y Rothe, 2010; Fisher, 2013; y Stahn, 2012); según Ambos (2013) y Francis y Francis (2010), para que tuviera dicho efecto sería necesario que los órganos jurisdiccionales que lo aplican fueran rápidos y efectivos en traer a los máximos responsables ante la justicia¹⁹.

Autores como O'Connor (1999) ponen también en cuestión que hacer justicia a las víctimas pueda constituir un fin del DIP, teniendo en cuenta que el énfasis de los tribunales internacionales penales en los máximos responsables hace improbable que muchas de las víctimas tengan la oportunidad de ver el enjuiciamiento y condena de sus agresores²⁰. Asimismo, como recuerda Stover (2004), los relatos de las víctimas sobre lo que les ha supuesto la experiencia de testificar no son uniformes, de manera que, si para algunas ha sido algo positivo que les ha servido de ayuda, para otras la experiencia ha sido ciertamente negativa. Además, la reparación a las víctimas a través de su restitución, compensación y rehabilitación es una característica propia del ECPI que no concurre en los demás tribunales internacionales penales.

Finalmente, la promoción de la reconciliación social es rechazada también como un fin del DIP por autores como Hayner (2001), que afirma que no existe ninguna prueba empírica que demuestre plenamente la intuición esbozada por quienes la defienden. Además, ciertos países como España, Irlanda del Norte y Mozambique parecen haber superado la violencia del pasado sin procesos penales, aunque no faltan quienes, como Wilson (2001), afirman que en estas sociedades no se ha producido una auténtica reconciliación. Asimismo, Drumbl (2007) afirma que la práctica del TPIY no ha sido coherente a la hora de considerar a la reconciliación social como un fin del DIP. Finalmente, D'Amato (1994) y Ward (2004) nos recuerdan que numerosos autores han expresado serias dudas sobre la idoneidad de la aplicación del DIP para promover la paz y la reconciliación, y que algunos han llegado incluso a sugerir que los procesos penales no hacen sino promover que las partes continúen con el conflicto hasta que una de las dos sea derrotada.

A la luz de lo anterior, puede concluirse que, si bien los tres presupuestos básicos de la justicia como memoria (reconocimiento, reparación material e inmaterial y reconciliación) podrían verse en gran medida satisfechos si fuera posible conseguir el establecimiento de una narrativa histórica, la eliminación de la impunidad de los máximos responsables, el reconocimiento y reparación a las víctimas y la promoción de la reconciliación social, lo

cierto es que no solo estamos lejos de llegar a un consenso sobre su consideración como fines del DIP, sino que, además, se cuestiona seriamente que los mecanismos de aplicación del DIP sean instrumentos idóneos para poder alcanzar en cierta medida su consecución.

5. ¿PUEDE LA PERSPECTIVA DE LA JUSTICIA COMO MEMORIA TENER ALGÚN ÁMBITO DE APLICACIÓN EN EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN DE LA CPI?

La controversia sobre si es posible satisfacer la perspectiva de la justicia como memoria a través de los mecanismos de aplicación del DIP se extiende también al desarrollo de la función de la CPI. La principal diferencia estriba en que dos de los cuatro fines del DIP abordados en la sección anterior (prevención general negativa y participación y reparación de las víctimas) aparecen expresamente recogidos como elementos centrales de la función de la CPI en su instrumento fundacional, el ECPI, mientras que los otros dos (reconstrucción de una narrativa histórica y reconciliación) no tienen este tratamiento.

5.1. LA RECONSTRUCCIÓN DE UNA NARRATIVA HISTÓRICA DE LOS HECHOS

En su decimoprimer sesión celebrada en noviembre de 2012, la Asamblea de los Estados Parte de la CPI subrayó que la participación de las víctimas en las distintas etapas del proceso ha de permitirles, entre otras cosas, contribuir al desarrollo de la función de la CPI relativa a la reconstrucción de la narrativa histórica de la situación bajo análisis y al esclarecimiento de la verdad (CPI, AEP, 2012). En consecuencia, si bien todavía la jurisprudencia de la CPI no ha abordado de manera exhaustiva las cuestiones atinentes a la participación de las víctimas en la reconstrucción histórica de los hechos y a su derecho al esclarecimiento de la verdad, esto no significa que en el futuro no vayan a ser abordadas de manera más comprensiva, puesto que los derechos de las víctimas tienen que ser desarrollados de manera paulatina por la jurisprudencia de la CPI (2012).

Además, autores como Vera (2018) presentan varios argumentos adicionales para afirmar que, a pesar del silencio del ECPI y de la jurisprudencia de la CPI, la reconstrucción de una narrativa histórica debe ser considerada como un aspecto importante de la función de la CPI. Así, conforme a los artículos 54.1 a) y 66.3 del ECPI, la Fiscalía debe buscar de manera imparcial y comprensiva la veracidad de los hechos objeto de análisis mediante la investigación de todas las circunstancias que puedan inculpar, exonerar o atenuar la responsabilidad de los sospechosos. Asimismo, las Salas de Primera Instancia deben en todo caso analizar antes de dictar sentencia condenatoria o absolutoria si se han probado, o no, «más allá de toda duda razonable», los crímenes imputados a los acusados y su responsabilidad. Para Vera (2018), la aplicación conjunta de estas dos disposiciones implica que los órganos de la CPI deben tratar de buscar la verdad sobre los hechos ocurridos, de manera que aquello que se considere probado durante el juicio oral será lo más cercano a la

verdad de los acontecimientos, lo que supone, en última instancia, un auténtico ejercicio de reconstrucción histórica.

Si bien los argumentos que acabamos de presentar han de ser tomados en consideración, lo cierto es que no pueden obviar el hecho de que ni el ECPI ni la jurisprudencia de la CPI hayan entendido hasta el momento que la reconstrucción de una narrativa histórica constituye un elemento integral de la función de la CPI. Además, existen varios elementos adicionales que es necesario atender a la hora de abordar esta cuestión.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que el cumplimiento práctico del mencionado deber de la Fiscalía conforme al artículo 54.1 a) del ECPI no está exento de controversias: su alcance y el adecuado cumplimiento de las obligaciones de revelación de prueba a la defensa derivadas del mismo²¹ son dos de los motivos más recurrentes de controversia en el desarrollo de las actuaciones procesales ante la CPI²².

En segundo lugar, la aplicación del principio de presunción de inocencia y del estándar «más allá de toda duda razonable» no es algo específico de la CPI, sino que es común a otras jurisdicciones internacionales penales, así como a numerosos sistemas procesales penales nacionales. Además, las garantías que para la defensa se derivan del mismo, hacen que en estos sistemas el epicentro del juicio oral sea el debate probatorio contradictorio sobre los hechos materiales que constituyen los crímenes y las formas de responsabilidad específicamente imputadas a los acusados, lo que relega a un segundo plano el resto de las cuestiones fácticas que son objeto de estos procesos, incluyendo los elementos contextuales de los delitos imputados.

En tercer lugar, es importante tener en cuenta que, a excepción de los casos *Bemba*²³ y *Ntaganda*²⁴, en la mayoría de los casos cuyo juicio oral ha finalizado para 2020, los actos de violencia imputados por la Fiscalía, confirmados por la Salas de Cuestiones Preliminares y objeto del juicio oral, son solo una pequeña fracción de los crímenes de la competencia de la CPI²⁵ presuntamente cometidos por los grupos armados dirigidos por los acusados (Lubanga²⁶, Ngudjolo²⁷, Katanga²⁸, Al-Mahdi²⁹ y Ongwen³⁰).

Finalmente, los siete casos mencionados pertenecen a líderes de grupos armados organizados que, o bien se enfrentaron a las fuerzas gubernamentales del país en el que operaban (Al-Mahdi³¹ y Ongwen³²), o bien entraron en conflicto con otros grupos armados organizados (Lubanga³³, Ntaganda³⁴, Ngudjolo³⁵, Katanga³⁶ y Bemba³⁷). En consecuencia, y sin perjuicio de lo que se expondrá en las secciones siguientes, esto constituye por sí solo un indicio muy relevante de las grandes dificultades que parece experimentar la CPI para investigar y enjuiciar eficazmente a quienes actúan desde las instituciones del Estado mientras se mantienen en el poder.

5.2. PONER FIN A LA IMPUNIDAD DE LOS MÁXIMOS RESPONSABLES DE LOS CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CPI

El preámbulo del ECPI establece expresamente que la CPI fue establecida como resultado, por un lado, de la constatación por los Estados firmantes de que «[...] en este siglo,

millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad», y, por otro, de su firme convicción de que «[...] esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad» y, por lo tanto, en cuanto «[...] crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», «[...] no deben quedar sin castigo», de manera que es necesario «[...] poner fin a la impunidad de los autores [...] y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes».

Con base en lo que acaba de exponerse, los Estados firmantes decidieron «[...] a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras», tomar dos tipos de decisiones: *i)* «[...] adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que [los responsables] sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia»; y *ii)* «[...] establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», de manera que, siendo «[...] complementaria de las jurisdicciones penales nacionales», garantice «[...] que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera».

A la luz de lo anterior, es evidente que, como señala Olasolo (2016), uno de los elementos centrales de la función de la CPI es la prevención de nuevos crímenes internacionales a través de la adopción de las medidas necesarias para poner fin a su impunidad mediante: *i)* el reconocimiento de la responsabilidad internacional penal de quienes los hayan cometido; y *ii)* la imposición de una sanción penal proporcional a su conducta.

En este mismo sentido, la Sala de Primera Instancia II de la CPI, en su decisión de determinación de la pena en el caso *Katanga* (23/05/2014), ha señalado expresamente que la disuasión (entendida como desmotivación de aquellos que podrían cometer crímenes similares) es uno de los fines de la pena³⁸, criterio que ha sido posteriormente reiterado en las decisiones de determinación de la pena en los casos *Bemba* (21/06/2016: 10-11), *Al Mahdi* (27/09/2016: 66-67) y *Ntaganda* (07/11/2019: 9-10).

Teniendo en cuenta, además, que la CPI ha afirmado reiteradamente que sus actividades han de centrarse en los «máximos responsables» de los crímenes internacionales de su competencia (CPI, Kenia, 31/03/2010; Costa de Marfil, 3/10/2011; Fiscalía, 2003; 2007; 2010; 2013a; 2016a; 2016b), no puede sino concluirse que la prevención general negativa recogida en el preámbulo del ECPI trata, en particular, de evitar que los dirigentes de instituciones estatales y organizaciones con capacidad para llevar a cabo campañas de violencia sistemática o generalizada incurran en crímenes de la competencia de la CPI, como consecuencia del alto coste pagado por otros dirigentes condenados por la CPI (Tadros, 2011; Akhavan, 2001; y Harhoff, 2008).

Sin embargo, las actuaciones de la CPI desde la entrada en vigor del ECPI el 1 de julio de 2002 parecen dar en buena medida la razón a quienes afirman que el ECPI no ofrece a la CPI los instrumentos necesarios para llevar a cabo de manera eficaz su función de prevención general negativa a la luz de su profunda dependencia de la financiación y coopera-

ción de los Estados parte y, en particular, de aquellos Estados cuyas situaciones y casos son objeto de investigación y enjuiciamiento por la CPI (Ambos, 2013; Farer, 2000; Francis y Francis, 2010; Golash, 2010; Mullins y Rothe, 2010; Fisher, 2013; y Stahn, 2012).

De esta manera, como ya hemos visto, en sus casi 20 años de funcionamiento, la CPI apenas ha sido capaz de finalizar un puñado de juicios orales contra dirigentes de grupos armados no estatales de ámbito local o regional (Union des Patriotes Congolais y Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (Thomas Luganga y Bosco Ntaganda), Front des Nationalistes et Intégrationnistes (Mathieu Ngudjolo), Force de Résistance Patriotique d'Ituri (Germain Katanga), Ansar Eddine (Ahmad Al-Mahdi) y Lord's Resistance Army (Dominic Ongwen)) por crímenes de la competencia de la CPI, que en la mayoría de los casos solo representan una pequeña fracción de los crímenes internacionales cometidos por dichos grupos. Solo puede afirmarse que el grupo armado presidido por Jean Pierre Bemba, el Mouvement pour la Libération du Congo (MLC) es de ámbito nacional en la RDC, habiendo ostentado además su presidente el cargo de vicepresidente de la RDC (BBC, 2018).

Por otra parte, de los 20 casos restantes, 12 no han podido avanzar debido a que los imputados no han sido detenidos y entregados a la CPI. Entre ellos se encuentran los casos contra importantes dirigentes estatales como Omar Al Bashir (expresidente de Sudán)³⁹, Said Al Islam Gaddafi (ex primer ministro *de facto* de Libia)⁴⁰ y Simone Gbagbo (esposa del expresidente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo)⁴¹.

Asimismo, si bien las diferentes Salas de la CPI han podido adelantar actuaciones contra otros dirigentes estatales, como Urumu Kenyatta (presidente de Kenia), William Ruto (vicepresidente de Kenia) y Laurent Gbagbo (expresidente de Costa de Marfil), lo cierto es que en ninguno de estos casos ha sido posible concluir un juicio oral. Así, en el caso contra Kenyatta (13/03/2015)⁴², la Fiscalía de la CPI acabó retirando los cargos antes del inicio del juicio oral debido, entre otras razones, a las dificultades que planteó la negativa de varios testigos a viajar a la Haya para prestar declaración. Por su parte, en los casos contra Ruto⁴³ y Gbagbo⁴⁴, las respectivas Salas de Primera Instancia de la CPI aceptaron las solicitudes de terminación del juicio oral de la defensa por inexistencia de un caso al que responder, que fueron realizadas al finalizar la presentación de los elementos de prueba por la Fiscalía⁴⁵ (*Ruto y Sang*, 05/04/2016; *Gbagbo*, 15/01/2019; CPI, Oficina de Información Pública, 2019b). Las partes no apelaron la decisión en el caso contra Ruto, mientras que se está a la espera de su pronunciamiento en el caso contra Gbagbo (01/02/2019), quien ha sido puesto en libertad condicional junto a su exministro de juventud, Charles Blé Goudé.

En consecuencia, el único caso contra un alto representante del Estado que ha podido ser finalizado hasta el momento es el relativo a Jean Pierre Bemba, en su doble condición de presidente de un grupo armado organizado (el MLC) y vicepresidente de la RDC en el momento de ser arrestado y entregado a la CPI por las autoridades belgas en 2008⁴⁶.

Sin embargo, ni siquiera este caso ha estado exento de dificultades, dado que el acusado y varios miembros del equipo de la defensa han sido condenados por obstrucción a la justicia como consecuencia de la preparación del testimonio de varios testigos⁴⁷. A ello hay que añadir la polémica generada por la Sala de Apelaciones, que en una controvertida de-

cisión de 3 votos contra 2 decidió revocar la sentencia condenatoria dictada por la Sala de Primera Instancia III debido a presuntos errores procesales cometidos por considerar como parte de la campaña de pillaje, violencia sexual y asesinato presuntamente desarrollada por miembros del MLC en República Centroafricana entre octubre de 2002 y marzo de 2003, actos específicos de esta misma naturaleza que no habían sido expresamente recogidos en la decisión de confirmación de cargos (*Bemba*, 08/06/2018). Como resultado de lo anterior, Bemba regresó en 2018 a la RDC para continuar con su vida profesional como reconocido político nacional (BBC, 2018)⁴⁸.

Ante esta situación, como ya adelantamos en la sección anterior, no se puede sino concluir que son notorias las dificultades experimentadas por la CPI para investigar y enjuiciar eficazmente a quienes actúan desde las instituciones del Estado mientras se mantienen en el poder, circunstancia que, como Roth-Arriaza (1995) y Malamud-Goti (1990) han señalado, pone también en entredicho la idoneidad de la CPI para generar frente a los altos dirigentes estatales una auténtica prevención general negativa. En este sentido, la ausencia de una sola decisión condenatoria contra a este tipo de dirigentes en casi veinte años de funcionamiento de la CPI impide afirmar que existe una disuasión efectiva frente a quienes instrumentalizan las estructuras estatales que dirigen para recurrir a la comisión de crímenes de la competencia de la CPI.

5.3. LA JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS A TRAVÉS DE SU PARTICIPACIÓN EN LAS ACTUACIONES ANTE LA CPI Y SU REPARACIÓN

Las disposiciones sobre la participación de las víctimas en las actuaciones ante la CPI y sobre la reparación del daño sufrido mediante su restitución, compensación y rehabilitación son dos de los aspectos más característicos del ECPI. De hecho, autores como Vega (2006), Dwertmann (2010) y Pena (2013) han afirmado que la provisión de justicia para las víctimas es un elemento central de la función de la CPI. Según ellos, el establecimiento de la CPI ha supuesto el paso de un sistema de DIP netamente retributivo (castigo al victimario) a un sistema restaurativo (búsqueda de la justicia para las víctimas) dirigido a reconocer la magnitud del daño causado a estas últimas y a conseguir su redignificación al sentirse escuchadas y tenidas en consideración⁴⁹. Para ello, ha sido necesario superar la tradicional concepción de acuerdo con la cual la condena de los responsables es suficiente para satisfacer los intereses de las víctimas y ha podido ponerse el énfasis en la importancia que para la realización de las necesidades de las víctimas tiene su participación en las actuaciones y su reparación una vez que se ha dictado la sentencia condenatoria (Vega, 2013).

Junto con la creación de la CPI, se han establecido también dos órganos independientes cuya función esencial es velar por los derechos de las víctimas a lo largo del proceso y por su reparación y asistencia: la Oficina para la Defensoría Pública de las Víctimas (OPCV)⁵⁰ y el Fondo Fiduciario para las Víctimas (TFV)⁵¹. La OPCV es la entidad encargada de facilitar la representación legal de las víctimas, bien a través de la asignación directa de un representante legal, bien mediante la financiación de los representantes particulares escogidos por las víctimas que deseen participar en el proceso (CPI, OPCV, 2010). Por su parte, el TFV

es un órgano independiente cuyo mandato tienen dos elementos principales: *i*) reparar a las víctimas de crímenes internacionales reconocidas como tales en las actuaciones judiciales ante la CPI que finalizan con sentencia condenatoria; y *ii*) brindar asistencia a las víctimas de las diferentes situaciones en las que se hayan cometido crímenes de competencia de la CPI, independientemente de que existan casos abiertos, procesos adelantados o condenas firmes con respecto a los mismos (CICC, s.f.(f); CPI, TFV, s.f.(a), Peschke, 2013).

Dada su novedad en el DIP, la cuestión de la participación de las víctimas en las actuaciones fue uno de los temas de discusión más álgidos durante las negociaciones del ECPI debido a que no todos los sistemas jurídicos nacionales atribuyen a las víctimas un rol procesal en sus procedimientos penales. En este debate se acordó que, conforme a lo dispuesto en el artículo 68.3 del ECPI, se permitiría a las víctimas intervenir en todas las etapas procesales mediante la presentación de sus «opiniones y observaciones», siempre y cuando demostrasen un interés legítimo a estos efectos y la Sala competente, además de asegurarse de que con ello no se afectarían los derechos del acusado, considerase oportuna dicha intervención en las actuaciones de que se trate. De esta manera, se garantizó que, al menos formalmente, las personas encuadrables en la definición de víctima prevista en la regla 85 de las RPP tendrían la posibilidad de participar en todas las etapas procesales a través de las que se desarrolla el mandato de la CPI (Vega, 2006).

La reparación y/o asistencia a las víctimas también forma parte del componente de justicia que el ECPI les reconoce (CPI, AEP, 2012). Así, el derecho a solicitar reparación está consagrado en el artículo 75 del ECPI y es independiente del derecho de participación, de manera que las víctimas pueden decidir no participar a lo largo del proceso y, sin embargo, pueden solicitar a la Sala de Primera Instancia una reparación cuando el proceso haya finalizado mediante sentencia condenatoria por los crímenes que han padecido.

Como señalan Balta, Bax y Letschert (2019), para que se ejecuten las reparaciones reconocidas en favor de las víctimas que, conforme al art. 75 del ECPI, pueden tomar la forma de restitución, compensación y rehabilitación y tener una naturaleza individual, colectiva o mixta, es necesario que la Sala de Primera Instancia actúe en coordinación con el TFV, que deberá diseñar un plan para llevar a cabo la reparación⁵². Una vez que la Sala haya aprobado el plan del TFV, este último procederá a ponerlo en marcha para reparar directamente a las víctimas. A tal fin, el TFV cuenta con los recursos obtenidos mediante el embargo judicial de los activos del condenado (que puede ser decretado cautelarmente tras la emisión de una orden de arresto o comparecencia según lo dispuesto en el artículo 57.3 e) del ECPI y lo reglamentado en la regla 99 de las RPP). Además, si el propio TFV lo considera oportuno, puede utilizar los aportes voluntarios de gobiernos o terceros, los recursos asignados por la Asamblea de Estados Partes específicamente para reparaciones y los recursos obtenidos mediante multas o confiscaciones previamente transferidos por la CPI al TFV, en cumplimiento con lo establecido en la regla 98 de las RPP y los capítulos II, III, IV y V de las Regulaciones del Fondo Fiduciario para las Víctimas (CPI, AEP, 2005).

Finalmente, es importante tener en cuenta que, conforme a la regla 98 de las RPP, solo existen reparaciones directas para las víctimas de los crímenes objeto de una sentencia condenatoria. En consecuencia, el resto de las víctimas de crímenes de la competencia de

la CPI, incluyendo los casos en los que el acusado es absuelto (como el caso Bemba), solo pueden beneficiarse de los proyectos de asistencia a víctimas que patrocina el TFV en ejercicio de su mandato asistencial, cuya financiación proviene exclusivamente de contribuciones voluntarias de los Estados parte o de terceros. Como subraya Peschke (2013), estos programas de asistencia pretenden brindar rehabilitación física, acompañamiento psicológico y apoyo material a las víctimas de crímenes internacionales. Se trata de medidas generales para las poblaciones afectadas que tratan de contribuir a la superación del conflicto y a la mejora de las condiciones de vida de las comunidades victimizadas.

Sin embargo, a pesar de lo señalado, los mecanismos previstos en el ECPI y las RPP para la participación de las víctimas en las actuaciones ante la CPI y su reparación adolecen de limitaciones muy significativas.

Así, en relación con la participación, es importante subrayar que el derecho de las víctimas a intervenir en las actuaciones ante la CPI no es ni absoluto ni equiparable a la posición procesal de la Fiscalía y la defensa, por lo que se reserva a estas últimas la condición de «partes» en las actuaciones, en contraste con la consideración de las víctimas como meros «participantes» (Human Rights Watch, 2017).

Además, su ejercicio, que ha de llevarse a cabo a través de sus representantes legales, está supeditado a la aprobación por la Sala competente de sus solicitudes escritas de participación. Conforme a la regla 89 de las RPP, para ello es necesario rellenar en primer lugar el formulario de reconocimiento de la condición de víctima diseñado por la Unidad de Participación y Reparación a Víctimas de la Secretaría de la CPI (VPRS). Solo cuando la Sala competente reconozca la condición de víctima, procederá a valorar las solicitudes de participación y a determinar el alcance de las observaciones y opiniones que las víctimas pueden presentar conforme al procedimiento establecido en las reglas 86 a 92 de las RPP. En consecuencia, el alcance y modalidades de la participación de las víctimas depende en última instancia del criterio de cada Sala, que puede tanto extenderla como limitarla significativamente (Vega, 2006), previsión que, como han señalado Olasolo y Kiss (2010), genera una notable incertidumbre jurídica en las víctimas, y afecta a su estrategia procesal, dado que no pueden conocer de antemano el alcance y las modalidades de la participación que les serán permitidas.

Esta situación se vuelve, si cabe, más complicada por la reticencia de la mayoría de las Salas de la CPI (la Sala de Cuestiones Preliminares I en los casos *Lubanga* (28/07/2006) y *Ngudjolo y Katanga* (31/03/2008) es la principal excepción) a establecer de manera sistemática y con la suficiente antelación las modalidades de participación de las víctimas en las actuaciones (CPI, Chambers Practice Manual, 2019), de manera que los representantes legales puedan diseñar su estrategia procesal a la luz del alcance de su intervención. Ante esta reticencia, los representantes legales no tienen más remedio que presentar una solicitud de participación cada vez que desean intervenir en las actuaciones, circunstancia que, además de retrasar las actuaciones, fragmenta la participación de las víctimas y restringe su capacidad de influir en el resultado final del proceso y en la narrativa resultante de los hechos considerados como probados en la sentencia (Olasolo y Kiss, 2010).

A esto hay que añadir, además, las dificultades que en materia de participación genera la distinción entre las víctimas de la situación, las víctimas del caso y las víctimas de los crímenes objeto de la condena (Vega, 2006). Las primeras son las que se ven afectadas por la comisión de crímenes internacionales en el marco de una situación bajo investigación de la CPI (Vega, 2006). Las segundas, las sufren daños como consecuencia de los hechos constitutivos de los crímenes imputados a los acusados (Vega, 2006). El último grupo es el de las víctimas de los crímenes por los que los acusados resultan finalmente condenados (Vega, 2006). Esa diferenciación hace que cada grupo de víctimas tenga un reconocimiento y unas posibilidades de intervención distintas a lo largo de las diversas fases procesales ante la CPI (Chambers Practice Manual, 2019).

Con respecto a la oportunidad de testificar en el juicio oral, si bien es cierto que la participación de las víctimas en las actuaciones puede incluir también esta modalidad, lo que les permite narrar directamente el sufrimiento que han padecido (Vega, 2006), no es menos cierto que, ante la imposibilidad de que todas las víctimas puedan actuar como testigos, corresponde a la Fiscalía determinar qué testimonios serán presentados ante la Sala correspondiente (CPI, Chambers Practice Manual, 2019) (algunas Salas de Primera Instancia han permitido excepcionalmente a los representantes legales de las víctimas proponer testigos adicionales, que han sido llamados a prestar testimonio como si se tratara de testigos llamados a instancia de la propia Sala conforme al artículo 69.3 del ECPI (Lubanga, 10/01/2008)). Como consecuencia de lo anterior, y a título ilustrativo, señalaremos que, de las 5229 víctimas que fueron reconocidas como tales por la Sala de Primera Instancia III en el caso *Bemba* (21/03/2016: 16), solo 5 tuvieron la oportunidad de testificar en el juicio oral; únicamente 2 de los 5 relatos aportados por las víctimas fueron tomados como evidencia, mientras que los otros 3 solo expresaron sus puntos de vista y sus preocupaciones, que se consideraron material probatorio (*Ibid.*: 20).

La representación legal de las víctimas plantea también dificultades importantes en relación con la articulación de su participación en las actuaciones ante la CPI. Así, la primera contingencia a la que se enfrenta la CPI en este ámbito es la falta de financiación o déficit presupuestario para el pago a los representantes legales de las víctimas. Como señala Human Rights Watch (2017), la CPI no cuenta con un apoyo financiero amplio destinado a la representación de las víctimas, lo que ha provocado la limitación del número de abogados encargados de asumir su representación. Además, debido a que la CPI no está en posición de financiar un representante legal individual para cada víctima, en las reglas 90 a 92 de las RPP ha tenido que diseñarse un sistema de representación común conforme al cual se agrupa a amplios grupos de víctimas para que sean representadas por un mismo representante legal. Esto causa un buen número de problemas a la hora de lograr escuchar y transmitir las necesidades de cientos, o incluso miles, de víctimas a través del representante legal que les ha sido designado conjuntamente por la CPI (Human Rights Watch, 2017).

Además, dado que es imposible trasladar a La Haya a todas las víctimas reconocidas dentro de un proceso ante la CPI, el representante legal deberá estar en constante movimiento entre el lugar donde residen las víctimas y la sede de la CPI, lo cual dificulta su labor. La jueza Van den Wyngaert (2012) ha manifestado expresamente su preocupación

frente a esta situación y ha subrayado que, si bien la representación legal común es imperativa para poder garantizar la representación de un número de víctimas tan elevado como el de los crímenes de la competencia de la CPI, el hecho de que sean tantos sujetos representados por un mismo abogado y el que se encuentren en Estados diferentes hace ineficiente la comunicación de sus necesidades e intereses.

Finalmente, en lo que respecta al derecho de las víctimas a la reparación, la principal limitación práctica en su aplicación consiste en que tanto las reparaciones directas individuales o colectivas establecidas en una sentencia condenatoria como los proyectos de asistencia dependen de que existan recursos suficientes para su financiación. En este sentido, como afirma Evans (2010: 108), una de las principales dificultades del TFV estriba en que el cumplimiento de su doble mandato depende su capacidad para recaudar fondos, especialmente si se tiene presente el gran número de víctimas que puede llegar a reconocer. En este mismo sentido, Moffett (2019) afirma que la financiación necesaria para llevar a cabo la implementación de los planes de reparación ha sido todo un desafío debido a que los recursos del TFV son limitados, los condenados alegan estado de indigencia y no hay cooperación internacional suficiente para su obtención.

Además, dado que se necesita una sentencia condenatoria que haga específica referencia a los crímenes sufridos, y teniendo en cuenta que la gran mayoría de los casos se refieren a una fracción de los crímenes cometidos por los grupos armados organizados dirigidos por los acusados, puede afirmarse que la gran mayoría de las víctimas de crímenes de la competencia de la CPI no recibirán nunca una reparación directa. A esto hay que unir que, conforme señalan Balta, Bax y Letschert (2019), los casos *Lubanga*⁵³, *Katanga*⁵⁴ y *Al Mahdi*⁵⁵ muestran que son necesarios varios años desde que las sentencias condenatorias se convierten en firme hasta que se aprueban y comienzan a ejecutarse los planes de reparación propuestos por el TFV.

Asimismo, los proyectos de asistencia del TFV (único recurso al que tienen acceso las víctimas de crímenes de la competencia de la CPI que no son objeto de una sentencia condenatoria) adolecen también de una financiación extremadamente limitada para su ejecución. Ello es consecuencia de la previsión establecida en la regla 98.5 de las RPP, que dispone que solo se puede utilizar para financiar estos proyectos asistenciales los recursos del TFV provenientes de contribuciones voluntarias. Además, su proceso de ejecución es tan lento como el de las reparaciones directas, como muestra el caso *Bemba*, en el que, tras revocarse la sentencia condenatoria en junio de 2018, el TFV afirmó que implementaría un proyecto de asistencia para beneficiar a las comunidades afectadas por los crímenes cometidos por el MLC en la RCA (CPI, Oficina de Información Pública, 2018e), sin que hasta la fecha (más de dos años después) se haya llevado a cabo actuación alguna en este sentido.

5.4. LA RECONCILIACIÓN SOCIAL

El preámbulo del ECPI subraya en su párrafo tercero que los crímenes internacionales de la competencia de la CPI suponen una amenaza «[...] para la paz, la seguridad y el

bienestar de la humanidad». Esta referencia concuerda con la opinión de una parte importante de la doctrina según la cual la preservación de la paz y la seguridad internacionales es el bien jurídico colectivo que se trata de proteger a través de la criminalización por la sociedad internacional de los comportamientos constitutivos de los crímenes de la competencia de la CPI (Ambos, 1999 y 2013; Luban, 2011; Werle, 2010; y Olasolo, 2017).

Sobre esta base, y siguiendo en buena medida lo señalado por autores como Cassese (1998), Burke-White (2005) y Fatou Bensouda (2008), que se ha desempeñado como Fiscal adjunta (2003-2012) y Fiscal (2012-2021) de la CPI durante casi dos décadas, la reconciliación social es un paso previo necesario para garantizar una paz estable y duradera, que debe ser entendida a la luz de la justicia. En consecuencia, sin una justicia efectiva que permita judicializar y poner fin a la impunidad de los máximos responsables de los crímenes más graves para la sociedad internacional en su conjunto, no es posible garantizar que las comunidades, pueblos y/o naciones en conflicto puedan llegar a una verdadera reconciliación, presupuesto básico para la consecución de la paz. De esta manera, para Bensouda (2008), la consecución de la reconciliación social depende de los siguientes factores: *i*) la judicialización de los máximos responsables de crímenes internacionales; *ii*) su neutralización a través de la acción de la justicia con el fin de impedir futuros delitos y conflictos; y *iii*) la restauración de la confianza de las víctimas en la justicia, en el sentido de que estas solo podrán sentir que han sido reconocidas y reivindicadas si sus victimarios son llevados ante la justicia.

Sin embargo, a pesar de lo señalado por Bensouda, no puede obviarse el hecho de que ni el ECPI ni la jurisprudencia de la CPI han afirmado hasta el momento que la reconciliación social constituye un elemento integral de la función de la CPI. Además, existen dos elementos adicionales que es necesario considerar a la hora de abordar esta cuestión.

En primer lugar, la práctica de la CPI refuerza la posición defendida por aquellos autores que afirman que no existe ninguna prueba empírica que demuestre que la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de los crímenes internacionales favorezca la reconciliación social como paso previo hacia la consecución de una paz y estable y duradera.

En este sentido, si bien es cierto que la investigación de la CPI en Uganda y su examen preliminar en Colombia ha podido favorecer inicialmente que los representantes de los grupos armados organizados enfrentados a las fuerzas gubernamentales en ambos conflictos hayan decidido sentarse en la mesa de negociación (Kersten, 2016; Lanz, 2007: 8; y Reilly, 2019: 72), no es menos cierto que la mayor parte de las actuaciones de la CPI en las últimas dos décadas no han conducido a procesos constatables de reconciliación social entre víctimas y victimarios o a procesos de paz entre los actores armados en conflicto; de hecho, en muchas ocasiones, como en el caso de Uganda, termina truncando el desarrollo de los procesos de paz (Lanz, 2007: 9-12; y Reilly, 2019: 72).

Este es el caso de los exámenes preliminares de la Fiscalía de la CPI sobre otras situaciones distintas a la situación en Colombia (incluyendo tanto los que actualmente se desarrollan sobre Guinea, Iraq/Reino Unido, Nigeria, Flotilla Humanitaria, Ucrania, Palestina, Filipinas y Venezuela como los desarrollados en el pasado con respecto a Honduras, Corea

Y Gabón)⁵⁶. Asimismo, este es también el caso en las investigaciones de la Fiscalía de la CPI sobre situaciones distintas de la situación en Uganda (con independencia de que sean resultado de autorremisiones de los Estados parte en los que se han cometido los crímenes (RDC, CAR y Mali), de remisiones del Consejo de Seguridad (Darfur (Sudán) y Libia) o de la iniciativa de la Fiscalía (Kenia, Costa de Marfil, Georgia, Burundi, Myanmar y Afganistán))⁵⁷.

La misma situación se puede también observarse en los 27 casos actualmente abiertos⁵⁸. Así, frente a los 12 casos en los que no se han podido ejecutar las órdenes de detención y entrega emitidas por la CPI, esta no ha podido avanzar en sus actuaciones debido a la insuficiente cooperación internacional para la captura de importantes líderes políticos y militares que mantienen, en buena medida, sus posiciones de poder (si bien algunos de ellos, como es el caso del expresidente de Sudán Omar al Bashir, han acabado perdiendo su cargo tras años de insistencia de la CPI) (CICC, 2017)⁵⁹.

Finalmente, en relación con los 7 casos en los que se ha concluido el juicio oral, tres de ellos difícilmente pueden dar lugar a una reconciliación social porque las actuaciones de la CPI se limitan a los dirigentes de una de las partes en conflicto (Mouvement pour la Libération du Congo (Bemba), Ansar Eddine (Al-Mahdi) y Lord's Resistance Army (Ongwen)). Además, la revocación por la Sala de Apelaciones de la condena en primera instancia de Jean Pierre Bemba (que, además de ser fruto de una interpretación muy controvertida de la normativa procesal de la CPI, resulta incomprensible para las víctimas), ha hecho que este caso no solo no haya promovido la reconciliación social, sino que, debido al descrédito que ha generado para la propia CPI (Hibbert, 2020), ha colocado a esta última en una situación todavía más difícil para promover en el futuro cualquier dinámica de reconciliación social.

En consecuencia, solo quedaría por analizar si la CPI ha impulsado de manera constatable la creación o el desarrollo de procesos de reconciliación social entre víctimas y victimarios, o de procesos de paz entre los actores armados en conflicto, en la única situación en la que la CPI ha emitido hasta el momento sentencias condenatorias contra dirigentes de varias de las partes enfrentadas en el conflicto que tuvo lugar entre julio de 2003 y finales de 2003. Nos referimos, como no podía ser de otra manera, al combate que tuvo lugar en el distrito de Ituri (RDC) en la que se enfrentaron, entre otros, los grupos armados organizados dirigidos por Thomas Lubanga⁶⁰ y Bosco Ntaganda⁶¹ por un lado, y los comandados por Germain Katanga⁶² y Mathiew Ngudjolo Chui⁶³ por otro.

Ni siquiera en el marco de esta situación se ha podido constatar un efecto reconciliatorio significativo entre las comunidades afectadas como consecuencia de las actuaciones de la CPI (Murithi y Ngari, 2011). Sin duda, no ha favorecido el posible impacto reconciliatorio de las actuaciones de la CPI el hecho de que no hayan podido ejecutarse los programas de reparación aprobados en los casos *Lubanga*⁶⁴ y *Katanga*⁶⁵ después de casi dos décadas desde la comisión de los crímenes, casi quince años después de que la CPI iniciara de las actuaciones de la CPI y más de cinco años desde que las sentencias condenatorias hayan adquirido firmeza.

En segundo lugar, no son pocos los autores que, siguiendo la posición de D'Amato (1994) y Ward (2004), y a la luz del impacto de las actividades de la CPI en el desarrollo de los procesos de paz en Uganda y Colombia, han cuestionado seriamente que la investigación, enjuiciamiento y sanción por la CPI de los máximos responsables de crímenes internacionales sea un instrumento idóneo para promover la reconciliación y la paz (Malu, 2015 y 2019; Keller, 2017; Souaré, 2009: 384; y Radosavljevic, 2008)⁶⁶. Incluso no han faltado autores que van más allá y afirman que los procesos penales desarrollados por la CPI, o promovidos por esta última en el ámbito nacional, no hacen sino incentivar a que las partes continúen con el conflicto y la violencia hasta que una de las dos resulte vencida (Krcmaric, 2018).

Si, como veíamos al inicio de esta sección, un primer grupo de autores pone el acento en el modo en que las actuaciones de la CPI pueden contribuir a que los dirigentes de los actores armados en conflicto se sienten a negociar una salida al mismo, un segundo grupo hace hincapié en las dificultades que las propias actuaciones de la CPI suponen para la conclusión y ejecución de cualquier acuerdo de paz que pretenda poner fin al conflicto.

6. CONCLUSIONES

La perspectiva de la justicia como memoria sitúa el sufrimiento y sinsentido de las vidas de las víctimas en el objeto central de la justicia con el fin de reavivar, mediante la reevaluación del pasado, la esperanza frente al olvido de quienes han sido condenados por la historia oficial de los vencedores (Adorno, 2006; Benjamin, 2005; Levi, 2005; Berón Ospina, 2019). Sobre esta base, Mate (2009) construye sus tres presupuestos básicos, que requieren de las instituciones y la sociedad en su conjunto: *i*) el reconocimiento de las víctimas como parte de la sociedad y la admisión pública del daño que se les ha causado; *ii*) la reparación de este daño en la medida de lo posible, y la conservación de la memoria de aquello que es materialmente irreparable; y *iii*) la adopción de las medidas necesarias para favorecer la reconciliación entre víctimas y victimarios mediante el perdón de los primeros y el reconocimiento del daño causado y arrepentimiento de los segundos.

En estrecha relación con los postulados de la justicia como memoria, Sobrino (2016), Lévinas y Bartolomé Ruiz (2011) subrayan la necesidad de: *i*) rescatar la verdad de quienes han sido sistemática y reiteradamente silenciados (*el pueblo crucificado*); *ii*) reconocer al *otro* que ha sido permanentemente privado de reconocimiento; y *iii*) atribuir a la dignidad de la vida humana la condición de criterio central de discernimiento entre las diversas lecturas de la historia. Asimismo, la jurisprudencia del Sistema de Protección Interamericano de Derechos Humanos desarrolla las dimensiones individuales, colectiva y de reparación del derecho a la verdad de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos, que constituye un elemento central de los procesos de transición (Ibáñez, 2014).

En este contexto, surge la pregunta sobre si, considerando los fines del DIP, la perspectiva de la justicia como memoria puede tener algún ámbito de aplicación en su seno. La respuesta a esta cuestión varía, en nuestra opinión, dependiendo de si se contesta a la misma desde una óptica teórico-apriorística o práctica. Desde la primera perspectiva, no puede sino afirmarse que los tres presupuestos básicos de la justicia como memoria (reconocimiento, reparación material e inmaterial y reconciliación) se verían en gran medida satisfechos si los mecanismos de aplicación del DIP permitieran realizar cuatro de los fines a los que, según una buena parte de la doctrina, este se orienta: *i)* el establecimiento de una narrativa histórica completa de los hechos acontecidos; *ii)* la prevención general negativa vinculada al reconocimiento de la responsabilidad internacional penal de quienes han recurrido a la comisión de crímenes internacionales mediante la instrumentalización de las estructuras del Estado y de las organizaciones que dirigieron; *iii)* el reconocimiento del daño sufrido por las víctimas a través de su participación en los procedimientos y su reparación; y *iv)* la promoción de la reconciliación social entre víctimas y victimarios como paso previo hacia una paz duradera y estable. Sin embargo, cuando abordamos la cuestión desde una aproximación práctica, puede observarse que, además de estar lejos de llegar a un consenso sobre la consideración de estos cuatro elementos como fines del DIP, existen serios cuestionamientos sobre la idoneidad de los mecanismos de aplicación del DIP para poder alcanzar en cierta medida su consecución.

Consideramos que esta misma controversia entre las aproximaciones teórico-apriorística y práctica se presenta en la cuestión relativa a si es posible satisfacer la perspectiva de la justicia como memoria a través del desarrollo de la función de la CPI. Así, a pesar de que puede afirmarse que la prevención general negativa y la participación y reparación de las víctimas aparecen expresamente recogidas como elementos centrales de la función de la CPI en su instrumento fundacional (el ECPI), las actuaciones de la CPI en las últimas dos décadas parecen dar en buena medida la razón a quienes afirman que el ECPI no ofrece a la CPI los instrumentos necesarios para llevar a cabo de manera eficaz su función de prevención general negativa (en particular, en relación con los altos representantes del Estado), dada su profunda dependencia de la financiación y cooperación de los Estados parte y, en particular, de aquellos Estados cuyas situaciones y casos son objeto de investigación y enjuiciamiento por la CPI.

Del mismo modo, si bien es cierto que las disposiciones sobre participación de las víctimas en las actuaciones ante la CPI y sobre la reparación del daño sufrido mediante su restitución, compensación y rehabilitación son dos de los aspectos más característicos del ECPI, no lo es menos que los mecanismos previstos en el ECPI y las RPP en materia de participación y reparación de las víctimas adolecen de limitaciones tan significativas que: *i)* apenas permiten a estas últimas tener un mínimo impacto en el resultado final de las actuaciones y en la narrativa resultante de los hechos considerados como probados en la sentencia; y *ii)* se requieren largos años de espera después de que una sentencia condenatoria adquiera firmeza para que se puedan aprobar y poner en marcha los planes de reparaciones propuestos por el TFV, cuya ejecución se ve, además, notablemente afectada por la ausencia de recursos para su financiación (la situación no es mejor, como hemos visto, en relación con la ejecución de los proyectos de asistencia del TFV).

Finalmente, con respecto a la reconstrucción de una narrativa histórica de los hechos y a la promoción de la reconciliación social, no solo no se mencionan como elementos de la función de la CPI en el ECPI y en su jurisprudencia, sino que, como hemos visto, existen importantes argumentos prácticos que cuestionan seriamente la idoneidad de la CPI para su consecución.

A la luz de lo expuesto, no podemos sino concluir que, al margen de construcciones teórico-apriorísticas, el ámbito de aplicación práctica de la perspectiva de la justicia como memoria a través del desarrollo de la función de la CPI es, en el mejor de los casos, muy limitado. En consecuencia, y debido a la naturaleza estructural de las principales razones que se encuentran en la raíz de esta situación (incluyendo las notables limitaciones presupuestarias en materia de representación legal de las víctimas y de reparaciones y la alta dependencia de la cooperación de los Estados parte involucrados en las situaciones y casos objeto de sus actuaciones), es necesario recurrir (ya sea de manera complementaria o incluso alternativa) a otro tipo de mecanismos extrajudiciales si lo que se pretende es incrementar de manera significativa el grado de satisfacción de los presupuestos básicos de la justicia como memoria.

NOTAS

1. Thomas Lubanga Dylo fue el presidente de la Unión Patriótica Congoleña (UPC) desde su fundación en el año 2000, y de su brazo armado, las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo. Asimismo, desde agosto de 2002 hasta marzo de 2003 fue el gobernador de hecho de la provincia de Ituri en la RDC. El 14 de marzo de 2012 fue condenado como coautor de los crímenes de guerra de alistamiento, reclutamiento y utilización directa en las hostilidades de niños menores de 15 años en el conflicto que tuvo lugar en Ituri en los años 2002 y 2003. Cuatro meses después, el 10 de julio de 2012, se le impuso una pena de 14 años de prisión. El 19 de diciembre de 2014, la Sala de Apelaciones confirmó su condena y la pena impuesta. Actualmente el caso se encuentra en su fase de reparación; la Sala de Apelaciones confirmó, el 18 de julio de 2019, la sentencia relativa al monto de las reparaciones atribuido a Lubanga, proferida por la Sala de Primera Instancia el 15 de diciembre de 2017. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (2017c); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(i)); International Justice Monitor (s.f.).

2. Bosco Ntaganda fue el comandante adjunto de operaciones entre 2002 y 2003 de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC), brazo armado de la Unión de Patriotas Congolesa (dirigida por Thomas Lubanga), que participó en el conflicto armado en Ituri entre el 6 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003. En 2005 se convirtió en el comandante en jefe de la Milicia Congreso Nacional para la Defensa de las Personas, activa en el conflicto armado desarrollado a partir de 2005 en las provincias de Kivu del Norte y Kivu del Sur en RDC. Se dictaron dos órdenes de arresto con respecto a los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en cada uno de dichos conflictos (la primera, de 22 de agosto de 2006, y la segunda, de 13 de julio de 2012). Tras ser arrestado y enjuiciado, el 7 de noviembre de 2019, Ntaganda fue condenado en primera instancia a 30 años de prisión por los crímenes de lesa humanidad de asesinato y tentativa de asesinato, esclavitud sexual, persecución, traslado forzoso y deportación, y los crímenes de guerra de asesinato y tentativa de asesinato, dirigir intencionalmente ataques contra la población civil, violación, esclavitud sexual, ordenar el desplazamiento de la población civil, reclutar o alistar a niños menores de 15 años en un grupo armado y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, dirigir intencionalmente ataques contra bienes protegidos y destruir la propiedad del enemigo. Los crímenes objeto de la condena se refieren, todos ellos, al tiempo en que actuó como jefe adjunto

de operaciones de las FPLC en el conflicto armado en Ituri. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (2020a); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(k)). La sentencia está pendiente de apelación en este momento. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(k)).

3. Mathieu Ngudjolo Chui dirigió varias milicias congoleesas, incluyendo el Frente Nacionalista e Integralista (FNI) antes de convertirse en coronel de las fuerzas armadas de la RDC. Fue acusado por los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos por el FNI y las Fuerzas de Resistencia Patriótica de Ituri (FRPI) durante el ataque al pueblo de Bogoro en Ituri (RDC) el 23 de febrero de 2003. Tras el juicio oral, fue absuelto por la Sala de Primera Instancia II el 18 de diciembre de 2012. La Sala de Apelaciones confirmó la absolución el 27 de febrero de 2015. *Vid.* CICC (s.f.(c)); CPI, Oficina de Información Pública (2015); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(j)).

4. Germain Katanga fue un dirigente militar de las Fuerzas de Resistencia Patriótica de Ituri (FRPI). La Sala de Cuestiones Preliminares II lo condenó a 12 años de prisión el 7 de marzo de 2014 como cómplice de los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos durante el ataque que las unidades del FRPI y del Frente Nacionalista e Integralista (FNI) lanzaron contra el pueblo de Bogoro en Ituri (RDC) el 23 de febrero de 2003. La Fiscalía y la defensa retiraron sus respectivas apelaciones el 25 de junio de 2014. El 24 de marzo de 2017, la Sala de Primera Instancia II emitió la orden de reparación a las víctimas. El 8 de marzo de 2018, la decisión sobre las reparaciones fue confirmada casi completamente por la Sala de Apelaciones. Actualmente, el proceso continúa en su fase de reparación. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (2017b); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(g)).

5. Jean-Pierre Bemba Gombo fue el presidente del Movimiento por la Liberación de Congo (MLC) y vicepresidente de la RDC en el momento en que envió unidades del MLC a la RCA para ayudar militarmente al entonces presidente Patassé contra al intento del golpe de estado que estaban llevando a cabo las fuerzas leales a François Bozize (excomandante en jefe de las fuerzas armadas de la RCA). El 21 de marzo de 2016 fue condenado por su responsabilidad como superior jerárquico por los crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación y los crímenes de guerra de asesinato, violación y pillaje cometidos por sus fuerzas del MLC en la RCA entre octubre de 2002 y marzo de 2003. Cuatro meses después, el 21 de junio de 2016, se le impuso la pena de 18 años de prisión. No obstante, el 8 de junio de 2018, la Sala de Apelación revocó la sentencia de primera instancia y profirió fallo absolutorio, por lo que Bemba fue puesto en libertad y el proceso terminó. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(c)). Asimismo, también en relación con este caso, la Sala de Primera Instancia VII emitió el 19 de octubre de 2016 sentencia condenatoria contra Jean-Pierre Bemba y algunos miembros de su equipo de abogados (Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido) por el delito contra administración de justicia consistente en la corrupción de testigos en el juicio contra Jean-Pierre Bemba, previsto en el artículo 70 c) ECPI. El 22 de marzo de 2017 se determinaron la pena de los condenados por los delitos cometidos (prisión de entre 6 meses y 3 años y multas de entre treinta y trescientos mil euros). El 8 de marzo de 2018, la Sala de Apelaciones revocó la pena impuesta en primera instancia en contra de Bemba, Kilolo y Magenda, y solicitó a la Sala de Primera Instancia que revisara la condena debido a que presentaba errores en la valoración de la gravedad de los crímenes cometidos por los acusados. El 17 de septiembre del mismo año, la Sala de Primera Instancia emitió un nuevo fallo condenatorio, rebajándoles la pena a entre once meses y un año de prisión. Este fallo fue confirmado por la Sala de Apelaciones el 27 de noviembre de 2019. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (2018f); CPI, Oficina de Información Pública (2017a); CPI, Oficina de Información Pública (2019c); CPI, Oficina de Información Pública (2019d).

6. Ahmad al Faqui Al Mahdi fue el jefe del *bisbah* hasta septiembre de 2012 y estuvo asociado a la Corte Islámica de Timbuktu. En junio y julio de ese mismo año, participó, como presunto miembro del grupo Ansar Eddine, movimiento asociado a Al Qaeda en el Magreb, en el ataque a varias mezquitas en Timbuktu (en el norte de Malí) que hacía parte del patrimonio histórico de la humanidad de la Unesco. El

21 de agosto de 2016, Al Mahdi se declaró culpable de los cargos como coautor del crimen de guerra de atacar intencionalmente edificios históricos y religiosos, por lo que fue condenado a 9 años de prisión. El 17 de agosto de 2017, la Sala de Primera Instancia VIII dictó la orden de reparación a las víctimas. Esta fue confirmada (casi en su totalidad) definitivamente por la Sala de Apelaciones el 8 de marzo de 2018. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (2018*a*); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.*b*)).

7. Dominic Ongwen, quien originariamente fue un niño forzosamente alistado en el Ejército de Liberación del Señor, era el jefe de la Brigada Sinia (una de sus cuatro brigadas) y el segundo al mando del grupo armado tras su comandante en jefe, Joseph Kony. El juicio oral por 70 cargos de crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos en el norte de Uganda después del 1 de julio de 2002, comenzó el 16 de enero de 2017. Los alegatos finales frente a la Sala de Primera Instancia fueron escuchados entre el 10 y el 12 de marzo de 2020, y esta Sala está próxima a proferir fallo. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (2020*b*); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.*l*)).

8. Esta responsabilidad es ineludible porque nace incluso antes que el *yo* al ser producto de un pasado inmemorial, que es anterior al tiempo tal y como lo concibe el ser humano. En este sentido, Lévinas subraya que «[...] el pasado de los demás, que jamás ha sido mi presente, «tiene que ver conmigo», no es para mí una re-presentación. El pasado de los demás y, en cierto modo, la historia de la humanidad en la que nunca he participado, en la que nunca he estado presente es mi pasado» (Mejía, 2017: 23-24).

9. La sentencia de primera instancia del TPIY en el caso *Krstic* y la caracterización del genocidio en Ruanda por el TPIR, serían dos buenos ejemplos de esta idoneidad (Drumbl, 2007).

10. Así, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic* se ha referido a la misma señalando que «[...] es una consideración que legítimamente puede ser tenida en cuenta al determinar la pena». Sin embargo, al mismo tiempo ha advertido que no se le debe conceder una «excesiva importancia». *Vid.* TPIY, *Tadic*, 26/01/2000, párr. 48. Por su parte, en el caso *Nikolic*, la propia Sala de Primera Instancia trató de responder a algunas de las críticas realizadas a la prevención subrayando que «[...] en tiempos de conflicto armado, todas las personas tienen que ser más conscientes de sus obligaciones en relación con los otros combatientes y las personas protegidas, especialmente los civiles. Por lo tanto, es de esperar que el Tribunal y los otros tribunales internacionales estén generando con su actuación una cultura de respeto al Estado de Derecho y no simplemente de temor al incumplimiento de la ley, de manera que con ello se prevenga la comisión de otros delitos. Cabe sin embargo preguntarse si quienes comparecen ante este Tribunal en calidad de acusados son un simple instrumento para lograr el fin de fortalecer el estado de derecho. La respuesta es no. En efecto, la Sala de Apelaciones ha sostenido que no debe darse a la prevención una prominencia indebida en la determinación de la pena». *Vid.* TPIY, *Nikolic*, 2/12/2003, párr. 89-90.

11. *Vid.* CPI, *Katanga*, 23/05/2014: 38.

12. Ciertamente, el Consejo de Seguridad ha dado ciertamente un espaldarazo a la conexión entre justicia y paz al crear el TPIY y el TPIR con la finalidad de favorecer la reconciliación y el retorno a la paz en la antigua Yugoslavia y Ruanda. *Vid.* Res. 827 (1993) del CSNU.; Res. 955 (1994) del CSNU. Asimismo, también han reforzado esta interconexión *i*) la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso *Nikolic* ha reforzado esta interconexión entre justicia y paz. *Vid.* TPIY, *Nikolic*, 18/12/2003, párr. 60; y *ii*) el caso contra Biljana Plavsic, copresidenta de la autoproclamada República Serbia de Bosnia en 1992, quien se entregó al TPIY y se declaró culpable de crímenes de lesa humanidad, expresando su arrepentimiento y afirmando que al hacerlo deseaba ofrecer algo de consuelo a las víctimas inocentes (musulmanes, croatas y serbios) de la guerra en Bosnia y Herzegovina. Al condenarla a solo once años de prisión, la Sala de Primera Instancia subrayó que «[...] el reconocimiento y la plena divulgación de delitos graves es muy importante para establecer la verdad sobre los mismos. Esto, junto con la aceptación de la responsabilidad por los errores cometidos, promoverá la reconciliación». *Vid.* TPIY, *Plavsic*, 27/02/2003, párr. 80.

13. Como señalan Olasolo (2016) y Cryer *et al.* (2014), no está tan claro el valor que, a este respecto, pueda atribuirse a la práctica de los tribunales internacionales penales porque, si bien algunas salas de primera instancia han afirmado su contribución al proceso de recuperación de la verdad (*vid.* TPIY, *Jokic*, 18/03/2004, párr. 77), otras han rechazado que pueda presentarse una historia completa en un juicio oral (*vid.* TPIY, *Nikolic*, 18/12/2003., párr. 122). Además, en el caso *Karadzic*, se rechazó expresamente la pretensión de crear un registro con una narrativa histórica de lo acontecido. *Vid.* TPIY, *Karadzic*, 08/07/2009, párr. 46.

14. *Vid.* TPIR, *Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*, 03/12/03, párr. 100-104.

15. Para Simpson (2004), esta situación es inevitable en el caso de los tribunales internacionales penales porque un proceso debido con todas las garantías requiere en todo caso que se otorgue a los presuntos responsables de crímenes internacionales la oportunidad de presentar propaganda política e intentar deslegitimar la acusación. La alternativa, consistente en silenciar a la defensa, no es aceptable, y el equilibrio entre los diferentes intereses en juego es realmente difícil (Koskeniemi, 2002).

16. *Vid.* Röling (2008: 600. 7); Bloxham (2001); y Minears (1971).

17. Sin embargo, Scharf y Williams (2002) rechazan esta consideración y subrayan que, en los años inmediatamente posteriores a su creación en 1993, el TPIY era una institución incipiente con muy pocas personas en detención, y de la que se pensaba era posible evadirse mediante un acuerdo de paz. En consecuencia, afirman estos autores, no parece que la experiencia del TPIY pueda ser extrapolable en general al DIP.

18. *Vid.* TPIY, *Kunarac et al.*, 12/06/2002, párr. 840, 843.

19. Farer (2000) subraya que la falta de aplicación del DIP y el escaso número de responsables de crímenes internacionales que los tribunales internacionales penales han procesado ha limitado significativamente la eficacia de la prevención general negativa porque quienes incurrían en estos delitos, en particular los máximos responsables, no creen que vayan a ser perseguidos penalmente. Para Golash (2010) es difícil que las medidas de prevención general puedan tener eficacia frente a los autores materiales y los mandos medios en contextos de macrocriminalidad institucional porque, al ser normalmente personas sin poder alguno, no están realmente en situación de poder elegir. Según este autor, la situación no sería mucho mejor en el caso de los máximos responsables, puesto que estos actúan confiados en que no serán castigados debido a que la probabilidad de que ello les suceda es realmente muy pequeña. Ambos (2013: 70) rechaza, sin embargo, estas posiciones afirmando que no se puede descartar que procesos penales como el que ha involucrado al general Augusto Pinochet no hayan generado una cierta autolimitación en el ejercicio de la violencia por la dirigencia política y militar en América Latina. De hecho, han sido numerosos los jefes de Estado y de gobierno que han sido objeto de investigación, enjuiciamiento y/o sanción penal durante los últimos veinte años por crímenes internacionales. Ahora bien, el propio Ambos (2013: 70) considera que, en el ámbito del DIP, quizá habría que entender la prevención general de una manera más amplia para dar cabida a medidas no estrictamente penales como la publicación del nombre de los autores, con la consiguiente pérdida de su reputación, o la destitución de los cargos públicos que ocupan.

20. Sin embargo, reconoce esta autora, las jurisdicciones nacionales pueden jugar un papel muy importante en este ámbito. *Vid.* O'Connell (2005: 295).

21. Sobre el contenido y cumplimiento práctico de estas obligaciones, *vid.* CPI, Chambers Practice Manual (2019).

22. *Vid.* a modo de ejemplo la reciente serie de decisiones a este respecto en el marco de las actuaciones preparatorias para la confirmación de los cargos en el caso *Yekatom y Ngaïssona*: (i) CPI, *Yekatom*, 23/01/2019; (ii) CPI, *Yekatom*, 04/04/2019; (iii) CPI, *Yekatom y Ngaïssona*, 10/04/2019. Pocos meses

más tarde, la Defensa de Yekatom soltaba que se declarase que la Fiscalía había violado sus obligaciones de revelación de prueba (CPI, *Yekatom*, 29/08/2019).

23. Solo los en los casos *Bemba* y *Ntaganda* se imputaron por la Fiscalía, se confirmaron por la Sala de Cuestiones Preliminares y fueron objeto del juicio oral una gama más amplia de los crímenes de la competencia de la CPI presuntamente cometidos por los grupos armados organizados dirigidos por los acusados. Sobre el caso *Bemba*, *vid. supra* n. 5.

24. *Vid. supra* n. 2.

25. Según el artículo 5 del ECPI, estos incluyen el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión.

26. El caso contra Thomas Lubanga se limitó al reclutamiento, alistamiento y utilización activa en las hostilidades de niños menores de 15 años por las fuerzas de las FPLC, brazo armado de la UPC, que presidía desde su fundación. *Vid. supra* n. 1.

27. El caso contra Mathieu Ngudjolo y Germain Katanga se limitó al ataque a Bogoro el 23 de febrero de 2003 por fuerzas del FNI y de las FRPI, donde los acusados ocupaban posiciones de liderazgo. *Vid. supra* n. 3 y n. 4.

28. *Ibid.*

29. El caso contra Ahmad Al-Mahdi se limitó a la destrucción de 10 mausoleos y una mezquita en el área de Timbuktu, durante el tiempo en que fue jefe de la policía política del Gobierno de facto establecido por los grupos armados organizados, que se enfrentaban en un conflicto armado no internacional a las fuerzas del gobierno de Mali. *Vid. supra* n. 6.

30. El caso contra Dominic Ongwen se limitó a los actos de violencia cometidos en cuatro incidentes específicos, a saber, los ataques contra los campamentos de personas desplazadas internamente de Pajule, Odek, Lukodi y Abok. Ongwen presuntamente ordenó l, como comandante de la Brigada de Sinia del LRA. *Vid. supra* n. 7.

31. Al Mahdi integró el grupo religioso fundamentalista Ansar Dine, fundado en marzo de 2012 durante las hostilidades entre los grupos rebeldes de Tuareg y las fuerzas gubernamentales de Mali a comienzos de dicho año. Durante el periodo de tiempo en el que las fuerzas rebeldes ocuparon y controlaron gran parte del norte de Mali, este grupo trató de imponer el islam como sistema de creencias único y absoluto. Contó con el apoyo de otros grupos rebeldes y de Al Qaeda en el Maghreb Islámico. *Vid. supra* n. 6. *Vid.*, también, CPI, CPI, Oficina de Información Pública (2018a); y Sandner (2014).

32. Dominic Ongwen fue uno de los líderes militares del LRA, grupo armado (aún activo) que emprendió un ataque insurgente contra las Fuerzas Armadas oficiales del Gobierno de Uganda entre julio de 2002 y finales de 2005. Este grupo armado se enfrentó al UPDG (fuerzas militares nacionales en Uganda) y el LDU (unidad de defensa local), atacó deliberadamente a la población civil y reclutó y alistó a un número importante de menores para que integrara sus filas. *Vid. supra* n. 7.

33. Thomas Lubanga fue el comandante en jefe de las FPLC, el brazo armado del UPC, que también presidía desde su fundación. Este grupo armado organizado, compuesto predominantemente por rebeldes del grupo étnico Hema durante el periodo de tiempo dentro del cual se cometieron los crímenes imputados en este caso, se enfrentó a otros grupos militares no gubernamentales, integrados por diferentes etnias congoleesas, pero apoyados y patrocinados por los gobiernos de Uganda, Ruanda y RDC, con el objetivo de controlar el territorio del distrito de Ituri (RDC). *Vid. supra* n. 1. *Vid.* también CPI, Oficina de Información Pública (2017c); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(i)); Human Rights Watch, (2003a); Human Rights Watch (2003b); y Human Rights Watch (2003c).

34. Bosco Ntaganda fue el comandante adjunto de operaciones del FPLC, el brazo armado del UPC durante el conflicto en Ituri. *Vid. supra* n. 2. *Vid.*, también, CPI, Oficina de Información Pública (2020a); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(k)); Human Rights Watch, (2003a); Human Rights Watch (2003b); y Human Rights Watch (2003c).

35. Mathieu Ngudjolo fue un líder militar del FNI (otro de los actores políticos y militares involucrados en el referenciado conflicto de Ituri). *Vid. supra* n. 3. *Vid.*, también, CPI, Oficina de Información Pública (2015); Human Rights Watch (2003a); Human Rights Watch (2003b); y Human Rights Watch (2003c).

36. Germain Katanga fue uno de los líderes militares del FRPI que organizó la masacre de Bogoro. *Vid. supra* n. 4. *Vid.*, también, CPI, Oficina de Información Pública (2017b); Human Rights Watch (2003a); Human Rights Watch (2003b); y Human Rights Watch (2003c).

37. Jean Pierre Bemba fue presidente y comandante en jefe del grupo armado de oposición, MLC (desde donde, a mediados de 2003, y a raíz del reparto de poder previsto en los acuerdos de paz firmados con el gobierno de la RDC, llegaría a alcanzar la vicepresidencia de la RDC; cuatro años después se exilió en Portugal en 2007 y posteriormente fue entregado por Bélgica a la CPI en 2008). En octubre de 2002, Bemba ordenó que unidades armadas del MLC acudieran desde la RDC en apoyo del entonces presidente de la RCA, Anege-Félix Patasse, para enfrentarse entre octubre de 2002 y marzo de 2003 a las fuerzas rebeldes lideradas por su exjefe de Estado Mayor, el general Bozize, que se habían sublevado contra él (y que lo acabarían derrocando tras el regreso a la RDC de las fuerzas del MLC en marzo de 2003). *Vid. supra* n. 5. *Vid.*, también, CICC (s.f.(a)); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(d)); y CPI, Oficina de Información Pública (2019a).

38. *Vid.*, también, CPI, *Katanga*, 23/05/2014, párr. 38.

39. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, presidente de Sudán al momento en el que se emitió su orden de arresto. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(a)).

40. Saif Al-Islam Gaddafi, primer ministro *de facto* en Libia al momento en el que se profirió su orden de arresto. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(f)).

41. Simone Gbagbo, fue la primera dama de Costa de Marfil. Fue condenada por un tribunal nacional por comprometer la seguridad nacional. No obstante, la CPI consideró que los crímenes por los que fue condenada no correspondían a aquellos objeto de su jurisdicción, por lo que su orden de arresto sigue en firme y estima que Costa de Marfil aún tiene la obligación de enjuiciarla por los mismos. *Vid.* CICC (s.f.(d)); y CPI, Oficina de Información Pública (2018d).

42. En 2007, el candidato presidencial del Partido para la Unidad Nacional (PNU) de Kenia, Mwai Kibaki, fue elegido presidente de dicho Estado. El Movimiento Democrático Naranja (ODM), su principal opositor político, decidió no reconocer la victoria de su competencia, lo cual desencadenó una campaña de violencia sistemática entre los partidarios de ambos partidos que dejó miles de muertes y más de un millón de personas desplazadas. Uhuru Kenyatta, que ha sido presidente de Kenia desde 2012 y una figura política de la máxima relevancia en el país, fungía como uno de los miembros más relevantes del PNU durante el periodo de tiempo en el que se desencadenaron los hechos estudiados por la CPI. Se le acusó de haber financiado, planeado, y coordinando actos de violencia contra los seguidores del ODM en cumplimiento de un plan que orquestó junto con otros líderes políticos de su partido. Los cargos fueron desestimados, principalmente, debido a que muchas víctimas que iban a testificar durante el proceso fueron asesinadas, desaparecidas o amenazadas; otras decidieron no testificar o modificaron su testimonio. Por esto, la Fiscalía no logró reunir el suficiente material probatorio para dar cuenta de la responsabilidad penal del acusado. *Vid.* CICC (s.f.(e)); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(h)).

43. El caso Ruto y Sang se circunscribe a los hechos descritos sobre el caso *Kenyatta*. Ruto, quien desde 2012 ha sido vicepresidente de Kenia, era un líder político relevante del ODM que fue acusado de haber tenido una participación esencial en un plan para atacar a seguidores del PNU en el Valle de Rif. *Vid.* CICC (s.f.(g)); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(n)).

44. Laurent Gbagbo fue el presidente de Costa de Marfil entre 2000 y 2011. En 2010, las elecciones presidenciales realizadas en dicho país dieron la victoria a su principal opositor político, Allasane Ouattara, hecho que el acusado decidió no reconocer a pesar de que el Consejo Constitucional confirmó la victoria. Esto generó una oleada de violencia de carácter político y étnico en Abiyán (capital económica de Costa de Marfil) y sus alrededores, resultando en la muerte de miles de asesinados, heridos, desaparecidos y abusados sexualmente, así como más de 100.000 desplazados. La intervención de Francia fue crucial para detener las hostilidades armadas. Gbagbo y Charles Blé Goudé fueron acusados de desplegar ataques contra seguidores de Ouattara en diferentes escenarios, a saber, durante una marcha de seguidores de su opositor político, una manifestación de mujeres y a lo largo de un territorio con una población importante de la ciudad. Fueron acusados de solicitar, inducir y ordenar la comisión de diferentes crímenes de lesa humanidad, entre ellos, asesinato, violación y otros actos inhumanos. Sus casos fueron adjuntados en marzo de 2015. *Vid.* CICC (s.f.(b)); CPI, Oficina de Información Pública (2019e); CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(e)).

45. Para aceptar este tipo de solicitudes es necesario que la Sala de Primera Instancia considere que, aun cuando se consideren creíbles todos los elementos de prueba presentados por la Fiscalía, ningún juez razonable podría llegar a concluir la responsabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Es por ello que, ante la debilidad del caso presentado por la Fiscalía, se considera que no existe un caso al que la defensa tenga que responder y se da por concluido el juicio oral.

46. *Vid. supra*, n. 5 y n. 38.

47. *Vid. supra* n. 5.

48. A su regreso a la RDC, Bemba pretendió aspirar al cargo de presidente de la República, pero su candidatura fue desestimada por un tribunal nacional (BBC, 2018).

49. Si bien no en el marco de la CPI, autores como Van Ness y Strong (2002), Raye y Wamer (2007) y Maxwell (2007), entre otros, han descrito también las experiencias presenciadas en los encuentros entre víctimas y victimarios como espacios donde las relaciones sociales salen fortalecidas, escenarios de transformación personal y comunitaria, de aprendizaje y logro de entendimientos comunes sin entrar a definir de manera concreta las razones por las que esto sucede.

50. *Vid.* los artículos 43 y 68 del ECPI, las Reglas 87 y 88 de las RPP y las regulaciones 8 y 81 de las Regulaciones de la Corte (2004).

51. *Vid.* artículo 79 del ECPI y la regla 98 de las RPP.

52. Estos principios fueron recogidos en dos providencias dictadas en el caso *Lubanga*: en la decisión para establecer los principios a aplicar en las reparaciones de la Sala de Primera Instancia y en la decisión de apelación contra dicha decisión, de la Sala de Apelaciones (*Lubanga*, 07/08/2012 y 03/03/2015).

53. La Sala de Apelaciones dejó en firme el fallo condenatorio contra Thomas Lubanga el 1 de diciembre de 2014 (tras haber sido condenado por la Sala de Primera Instancia el 14 de marzo de 2012). La Sala de Primera Instancia dictó una decisión relativa a los principios a seguir para establecer las reparaciones en este caso el 10 de julio de 2012 y, para el 3 de marzo de 2015, la Sala de Apelaciones se pronunció sobre esta decisión; consideró que la Sala de Primera Instancia debía encargarse de calcular el monto total por el cual era responsable el condenado y solicitó un monitoreo permanente de la materialización de la reparación. La Sala de Primera Instancia, en una decisión proferida el 15 de diciembre de 2017, consideró

que Lubanga era responsable por el monto de 10.000.000 USD por los crímenes por los que fue condenado. Esta decisión fue confirmada por la Sala de Apelaciones el 18 de julio 2019. El proceso, a la fecha, sigue en fase de reparación/compensación, y la implementación del plan aun no se ha materializado. *Vid.* Brodney y Regué (2019); y CPI, TFV (s.f.(b)).

54. Germain Katanga fue condenado por primera vez por la Sala de Primera Instancia el 14 de marzo de 2014. La defensa desistió de la apelación, por lo que el fallo de primera instancia no fue controvertido en juicio. En todo caso, hasta el 24 de marzo de 2017 la Sala de Primera Instancia no emitió la Orden de Reparación, que fue apelada por la defensa. La Sala de Apelaciones revisó la decisión en cuestión y, el 8 de marzo de 2018 confirmó en su mayoría lo establecido en ella. El proceso, a la fecha, sigue en fase de reparación/compensación, y la implementación del plan aún no se ha materializado. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (2018c); y CPI, TFV (s.f.(b)).

55. El fallo condenatorio en contra de Al Mahdi fue dictado por la Sala de Primera Instancia el 27 de septiembre de 2016. El 17 de agosto de 2017, la Sala de Primera Instancia dictó la Orden de Reparaciones correspondiente al caso examinado. Esta decisión fue controvertida por la representación legal de las víctimas, por lo que la Sala de Apelaciones pasó a estudiarla. El 8 de marzo de 2018 dicha Sala confirmó, en gran medida, lo dispuesto por la Sala de Primera Instancia, y atribuyó al condenado la responsabilidad sobre un monto aproximado de 2.7 millones de euros. Tras esta decisión, TFV presentó un borrador de plan de implementación de las reparaciones el 20 de abril de dicho año, no obstante, el 12 de julio la Sala de Primera Instancia solicitó un nuevo borrador. El proceso, a la fecha, sigue en fase de reparación/compensación, y la implementación del plan aún no se ha materializado. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (2018b); y CPI, TFV (s.f.(b)).

56. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(m)). Para una breve descripción en español de las situaciones bajo examen preliminar o investigación y de los casos en sus distintas fases procesales, *vid.* Olasolo, Carnero Rojo, Seoane y Carcano (2018).

57. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(o)).

58. *Vid.* CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(d)).

59. Según, la CICC (2017), ha existido una política reiterada de no cooperación con la Corte para que no se cumplan las órdenes de arresto emitidas contra Omar al Bashir por parte de Sudán, Uganda y Yibuti, Sudáfrica y Jordania,

60. *Vid. supra* n. 1.

61. *Vid. supra* n. 2.

62. *Vid. supra* n. 4.

63. *Vid. supra* n. 3.

64. Para más información, *vid. supra* n. 1 y CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(i)).

65. Para más información, *vid. supra* n. 4 y CPI, Oficina de Información Pública (s.f.(g)).

66. Para Malu (2015 y 2019) y Keller (2017), a pesar de las actuaciones que se han venido adelantando por parte de la CPI en Uganda, no ha habido grandes avances en materia de justicia transicional y el postconflicto, y tampoco hay garantías importantes para las víctimas, lo cual es indispensable si se busca materializar la reconciliación. Por su parte, Souaré (2009: 384) afirma que, para el caso de Uganda, si se pretende buscar y conseguir un proceso exitoso de paz y reconciliación, debería optarse por medios distintos a la persecución penal propia de la CPI, y propone que esta institución suspenda sus actuaciones contra los miembros del LRA, de tal forma que estos tengan mayores incentivos para negociar. Finalmen-

te, Radosavljevic (2008) considera que las contribuciones de la jurisprudencia y la actividad de la CPI en los procesos de paz y reconciliación no son significativas y que estos dos objetivos no forman parte del mandato de esta institución.

BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, Theodor (2006): *Minima moralia*, Madrid: Akal.
- AKHAVAN, Payam (2001): «Beyond impunity: can international criminal justice prevent future atrocities?», *American Journal of International Law*, 95(1), 7-31.
- ÁLVAREZ, José E. (1999): «Crimes of Hate/Crimes of State: Lessons from Rwanda», *Yale Journal of Law*, 24(2), 365-483.
- AMBOS, Kai (2013): *Treatise on International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- CASSESE, Antonio (1998): «Reflections on International Criminal Justice», *The Modern Law Review*, 61(1), 1-10.
- BACHMANN, Sascha-Dominik y Natalia SZABLEWSKA (eds.) (2015): *Current issues in transitional justice: towards a more holistic approach*, Nueva York: Springer.
- BALTA, Alina, Manon BAX y Rianne LETSCHERT (2019): «Trial and (potential) error: conflicting visions on reparations within the ICC system», *International Criminal Justice Review*, 29(3), 221-248.
- BARTOLOMÉ RUIZ, Castor M. M. (2011): «Naturalización de la violencia y memoria de las víctimas. Aproximaciones y controversias entre W. Benjamin y Nietzsche», en C. M. M. Bartolomé Ruiz y M. F. Quinche Ramírez (comps.), *Justicia, estados de excepción y memoria. Por una justicia anamnética de las víctimas*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 31-52.
- BBC (2018): «Jean-Pierre Bemba 'cannot run for DRC president'» [en línea] <<https://www.bbc.com/news/world-africa-45305644>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- BENJAMIN, Walter (2005): *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*, Traducción y edición de Bolívar Echeverría. Ciudad de México: Ed. Contrahistorias.
- BENSOUDA, Fatou (2008): «Justice, Reconciliation and the Role of the ICC». Discurso presentado en Bruselas (Bélgica) [en línea] <<https://www.idea.int/sites/default/files/speeches/Justice-Reconciliation-and-the-Role-of-the-International-Criminal-Court-ICC-PDF.pdf>>. [Consulta: 09/07/2020.]
- BERÓN OSPINA, Alberto Antonio (2019): «La Memoria como una propuesta de justicia», en E. A. López, A. Niño Castro y L. Tovar González (eds.), *Claves de la Justicia desde América Latina, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, volumen 6*, Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores, 333-341.
- BLOXHAM, Donald (2001): *Genocide on trial: war crimes trials and the formation of holocaust history and memory*, Nueva York: Oxford University Press.
- BOON, Kristen, Gerhard HAFNER, Jonathan HUSTON y Anne RÜBESAME (1999): «A Response to the American view as presented by Ruth Wedgwood», *European Journal of International Law*, 10, 108-123.
- BRAUNSCHWEIGER, Amy (2017): «Interview: Victims Need a Greater Say at ICC» [en línea] <<https://www.hrw.org/news/2017/08/29/interview-victims-need-greater-say-icc>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- BRODNEY, Marissa y Meritxell REGUÉ (2019): «Five procedural takeaways from the ICC's 18 July 2019 Lubanga second reparations judgment» [en línea] <<https://www.ejiltalk.org/five-procedural-takeaways-from-the-iccs-18-july-2019-lubanga-second-reparations-judgment/>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- BURKE-WHITE, William W. (2005): «Complementarity in practice: the International Criminal Court as part of a system of multi-level global governance in the Democratic Republic of Congo», *Leiden Journal of International Law*, 18(3), 557-590.

CICC (2017): «ASP 2017: State cooperation crucial for an effective ICC» [en línea] <<http://www.coalitionfortheicc.org/news/20171107/asp-2017-state-cooperation-crucial-effective-icc>>. [Consulta: 07/07/2020.]

- (2018): «Jean-Pierre Bemba Gombo acquitted by ICC Appeals Chamber» [en línea] <<http://www.coalitionfortheicc.org/news/20180613/jeanpierre-bemba-gombo-acquitted-icc-appeals-chamber>> [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(a)): «Jean Pierre Bemba (Bemba I)» [en línea] <<http://www.coalitionfortheicc.org/es/node/619>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(b)): «Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé» [en línea] <<http://www.coalitionfortheicc.org/es/node/652>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(c)): «Mathieu Ngudjolo Chui» [en línea] <<http://www.coalitionfortheicc.org/cases/mathieu-ngudjolo-chui>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(d)): «Simone Gbagbo» [en línea] <<http://www.coalitionfortheicc.org/simone-gbagbo>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(e)): «Uhuru Kenyatta» [en línea] <<http://www.coalitionfortheicc.org/cases/uhuru-kenyatta>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(f)): «Trust Fund for Victims» [en línea] <<http://iccnow.org/?mod=trustfund>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(g)): «William Ruto and Joshua Sang» [en línea] <<http://www.coalitionfortheicc.org/cases/william-ruto-and-joshua-sang>>. [Consulta: 07/07/2020.]

CORRES AYALA, Patricia (2012): «Ética de la diferencia, según el pensamiento de Emmanuel Levinas. Ponente: Patricia Corres Ayala» [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=Tm4kRUPqLLM>>. [Consulta: 07/07/2020.]

CPI (2004): «Regulations of the Court. Doc. Núm. ICC-BD/01-05-16» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RegulationsCourtEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]

- (2019): «Chambers Practice Manuals» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/191129-chamber-manual-eng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]

CPI, Asamblea de Estados Partes (AEP) (2005): «Regulations of the Trust Fund for Victims. Resolution ICC-ASP/4/Res.3» [en línea] <<https://trustfundforvictims.org/sites/default/files/imce/ICC-ASP-ASP4-Res-03-ENG.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]

- (2012): «Courts's Revised Strategy in relation to Victims. Doc. Núm: ICC-ASP/11/38» [en línea] <https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP11/ICC-ASP-11-38-ENG.pdf>. [Consulta: 07/07/2020.]

CPI, Fiscalía (2003): «Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor» [en línea] <<https://www.legal-tools.org/en/doc/f53870/>>. [Consulta: 07/07/2020.]

- (2007): «Policy Paper on the Interests of Justice. 1 de septiembre de 2007» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPIInterestsOfJustice.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2010): «Draft Policy Paper on Preliminary Examinations» [en línea] <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9FF1EAA1-41C4-4A30-A202-174B18DA923C/282515/OTP_Draftpolicypaperonpreliminaryexaminations04101.pdf>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2013): «Policy Paper on Preliminary Examinations» [en línea] <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-policy_paper_preliminary_examinations_2013-eng.pdf>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2016a): «Draft Policy Paper on Case Selection and Prioritisation» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=Draft-Policy-Paper-on-Case-Selection-and-Prioritisation>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2016b): «Policy Paper on Case Selection and Prioritisation» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=policy-paper-on-case-selection-and-prioritisation>>. [Consulta: 07/07/2020.]

CPI, Fondo Fiduciario para las Víctimas (TFV) (s.f.(a)): Assistance mandate. [en línea] <<https://www.trustfundforvictims.org/en/about/two-mandates-tfv/assistance>>. [Consulta: 07/07/2020.]

- (s.f.(b)): Reparation orders. [en línea] <<https://www.trustfundforvictims.org/en/what-we-do/reparation-orders>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- CPI, Oficina de Defensoría Pública de Víctimas (OPCV) (2010): «Representing Victims before the International Criminal Court-A Manual for legal representatives» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/OPCV/OPCVManualEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- CPI, Oficina de Información Pública (2015): «Case Information Sheet: Mathieu Ngudjolo Chui» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/ChuiEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2017a): «Press Release: Bemba *et al.* case: Trial Chamber VII issues sentences for five convicted persons» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1287>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2017b): «Case Information Sheet: Germain Katanga» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/publications/KatangaEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2017c): «Case Information Sheet: Thomas Lubanga Dyllo» [en línea], <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/LubangaEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2018a): «Case Information Sheet: Ahmad Al Faqi Al Mahdi» [en línea], <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/Al-MahdiEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2018b): «Press Release: Al Mahdi case: Reparations Order becomes final» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1363>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2018c): «Press Release: Katanga case: Reparations Order largely confirmed» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1364>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2018d): «Case Information Sheet: Simone Gbagbo» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/SimoneGbagboEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2018e): «Press Release: Following Mr Bemba's acquittal, Trust Fund for Victims at the ICC decides to accelerate launch of assistance programme in Central African Republic» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-TFVPR>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2018f): «Case Information Sheet: Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/Bemba-et-alEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2019a): «Case Information Sheet: Jean-Pierre Bemba Gombo» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2019b): «Press Release: ICC Trial Chamber I acquits Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé from all charges» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1427>> [Consulta: 07/07/2020.]
- (2019c): «Press Release: Bemba *et al.* case: Appeals Chamber issues its judgments on verdict and sentence» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1362>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2019d): «Press Release: Bemba *et al.* case: ICC Appeals Chamber confirms re-sentencing decision» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=PR1500>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2019e): «Case Information Sheet: Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/gbagbo-goudeEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2020a): «Case Information Sheet: Bosco Ntaganda. Febrero de 2020» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/NtagandaEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2020b): «Case Information Sheet: Dominic Ongwen» [en línea], <<https://www.icc-cpi.int/CaseInformationSheets/OngwenEng.pdf>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(a)): «Al Bashir Case» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(b)): «Al Mahdi Case» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(c)): «Bemba Case» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/car/bemba>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(d)): «Cases» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/cases>>. [Consulta: 07/07/2020.]

- (s.f.(e)): «Gbagbo and Blé Goudé Case» [en línea], <<https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(f)): «Gaddafi Case» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/libya/gaddafi>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(g)): «Katanga Case» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/drc/katanga>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(h)): «Kenyatta Case» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/kenya/kenyatta>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(i)): «Lubanga Case» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(j)): «Ngudjolo Case» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/drc/ngudjolo>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(k)): «Ntaganda Case» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/drc/ntaganda>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(l)): «Ongwen Case» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/uganda/ongwen>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(m)): «Preliminary Examinations» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/pages/pe.aspx>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(n)): «Ruto and Sang Case» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/kenya/rutosang#13>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (s.f.(o)): «Situations» [en línea] <<https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx>>. [Consulta: 07/07/2020.]

CRYER, Robert, Hakan FRIMAN, Darryl ROBINSON y Elizabeth WILMSHURST (32014): *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge: Cambridge University Press.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) (1993): «Resolución 827 sobre el Tribunal (ex Yugoslavia). Doc. Núm. S/RES/827 (1993)», 25 de mayo de 1993. Citada como: Res. 827 (1993) del CSNU.

- (1994): «Resolución 955 sobre el establecimiento de un Tribunal Internacional y aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Doc. Núm. S/RES/955 (1994)», 8 de noviembre de 1993. Citada como: Res. 955 (1994) del CSNU.

D'AMATO, Anthony (1994): «Peace vs. accountability in Bosnia», *American Journal of International Law*, 88(3), 500-506.

DRUMBL, Mark A. (2007): *Atrocity, punishment and international law*, Cambridge: Cambridge University Press.

DWERTMANN, Eva (2010): *The reparation system of the International Criminal Court: its implementation, possibilities and limitations*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

EVANS, Christine (2012): *The right to reparation in international law for victims of armed conflict*, Nueva York: Cambridge University Press.

FARER, Tom J. (2000): «Restraining the barbarians: can international law help?», *Human Rights Quarterly*, 22(1), 90-117.

Federación Internacional por los Derechos del Hombre (FIDH) (2007): «Los derechos de las víctimas ante la CPI: Capítulo 7: reparación y el Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas» [en línea] <https://www.fidh.org/IMG/pdf/10-manuel_victimes_CH-VII_ESP7.pdf>. [Consulta: 07/07/2020.]

FISHER, Kirsten J. (2013): *Moral accountability and international criminal law: holding agents of atrocity accountable to the world*, Londres: Routledge.

FRANCIS, Leslie P. y John G. FRANCIS (2010): «International criminal courts, the rule of law and prevention of harm: building justice in times of injustice», en L. May y Z. Hoskins (eds.), *International criminal law and philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, 58-72.

GALAIN PALERMO, Pablo (2016): «A modo de conclusión», en P. Galain Palermo (ed.), *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 399-415.

GOLASH, Deirdre (2010): «The justification of punishment in the international context», en L. May y Z. Hoskins (eds.), *International criminal law and philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press.

- HARHOFF, Frederik (2008): «Sense and Sensibility in Sentencing-Taking Stock of International Criminal Punishment», en C. Greenwood y T. McCormack (eds.), *Law at war: the law as it was and the law as it should be*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 121-140.
- HARMON, Mark (2009): «Plea bargaining: the uninvited guest at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia», en M. C. Bassiouni, J. Doria y H. P. Gasser (eds.), *The legal regime of the International Criminal Court: essays in honour of Igor Blishchenko*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 161-182.
- HAYNER, Priscilla. B. (2001): *Unspeakable truths: confronting State terror and atrocity*, Nueva York, Londres: Routledge.
- HIBBERT, Sarah (2020): «The Bemba acquittal: a blow to the ICC's legitimacy in a time of crisis», *Temple International & Comparative Law Journal*, 34(1), 95-127.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2003a): «Ituri: Bloodiest Corner of Congo-Who is Who-Armed Political Groups in Ituri» [en línea] <<https://www.hrw.org/legacy/campaigns/congo/ituri/armedgroups.htm>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2003b): «Ituri: Bloodiest Corner of Congo. Background: Congo: War Is International, Not Local» [en línea] <<https://www.hrw.org/legacy/campaigns/congo/ituri/ituri.htm>>. [Consulta: 07/07/2020.]
 - (2003c): «Ituri: local context-Armed political groups» [en línea] <<https://www.hrw.org/legacy/campaigns/congo/ituri/armedgroups.htm>>. [Consulta: 07/07/2020.]
 - (2017): «Who Will Stand for Us? Victims' Legal Representation at the ICC in the Ongwen Case and Beyond» [en línea] <<https://www.hrw.org/report/2017/08/29/who-will-stand-us/victims-legal-representation-icc-ongwen-case-and-beyond>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- INTERNATIONAL JUSTICE MONITOR (s.f.): «Thomas Lubanga» [en línea], <<https://www.ijmonitor.org/thomas-lubanga-background/>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- KELLER, Linda M. (2017): «The continuing peace with justice debate: recent events in Uganda and the International Criminal Court», *University of the Pacific Law Review*, 48(2), 265-289.
- KERSTEN, Mark (2016): «The great escape? The role of the International Criminal Court in the Colombian peace process» [en línea] <<https://justiceinconflict.org/2016/10/13/the-great-escape-the-role-of-the-international-criminal-court-in-the-colombian-peace-process/>> [Consulta: 07/07/2020.]
- KOSKENNIEMI, Martti (2002): «Between impunity and show trials», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 6, 1-35.
- KRCMARIC, Daniel (2018): «Should I stay or should I go? Leaders, exile, and the dilemmas of international justice», *American Journal of Political Science*, 62(2), 486-498.
- LANZ, David (2007): «The ICC's intervention in Northern Uganda: beyond the simplicity of peace vs. justice», *The Fletcher School of Law and Diplomacy*, 1-30.
- LEVI, Primo (2005): *Los hundidos y los salvados*, Barcelona: El Aleph.
- MALAMUD-GOTI, Jaime (1990): «Transitional governments in the breach: why punish State criminals?», *Human Rights Quarterly*, 12(1), 1-16.
- MALU, Linus N. (2015): «The International Criminal Court and conflict transformation in Uganda» [en línea] <<https://www.accord.org.za/ajcr-issues/the-international-criminal-court-and-conflict-transformation-in-uganda/>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- (2019): «The International Criminal Court and the peace process in Uganda», en *The International Criminal Court and peace processes. Palgrave studies in compromise after conflict*, Palgrave Macmillan, 93-121.
- MATE, Manuel Reyes (2009): *Medianoche en la historia*, Madrid: Editorial Trotta.
- (2011): *Tratado de la injusticia*, Barcelona: Anthropos Editorial.
- MAXWELL, Gabrielle (2007): «The defining features of a restorative justice approach to conflict», en G. Maxwell y J. Liu (eds.), *Restorative justice and practices in New Zealand: towards a restorative society*, Wellington: Institute of Policy Studies.
- MEJÍA QUINTANA, Juliana (2017): *Violencia, reconocimiento del otro e identidad*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

- MINEARS, Richard H. (1971): *Victors' justice*, Princeton: Princeton University Press.
- MINOW, Martha (1998): *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*, Boston: Beacon Press.
- MURITHI, Tim y Allan NGARI (2011). «The ICC and community-level reconciliation: in-country perspectives» [en línea] «http://www.iccnw.org/documents/IJR_ICC_Regional_Consultation_Report_Final_2011.pdf». [Consulta: 07/07/2020.]
- NIETZSCHE, Friedrich (2015): *Consideraciones intempestivas*, Barcelona: Alianza.
- O'CONNELL, Jamie (2005): «Gambling with the psyche: does prosecuting human rights violators console their victims?», *Harvard International Law Journal*, 46(2), 295-343.
- O'CONNOR, Gerard E. (1999): «The pursuit of justice and accountability: why the United States should support the establishment of an International Criminal Court», *Hofstra Law Review*, 27(4), 927-977.
- OHLIN, Jens D. (2009): «Peace, security and prosecutorial discretion», en C. Stahn y G. Sluiter (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Londres: Martinus Nijhoff, 185-208.
- OLASOLO, Héctor (2016): «Los fines del derecho internacional penal», *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, , 29, 93-146.
- (2017): *Derecho internacional penal, justicia transicional y crímenes transnacionales*, Valencia: Tirant lo Blanch e Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional.
 - (2019): «Justicia como memoria y derecho a la verdad frente a la política de silencio y olvido en El Salvador: Apuntes sobre la percepción de la figura de Óscar Arnulfo Romero y la experiencia de los diálogos intergeneracionales en las parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador», *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 7, 10-30.
- OLASOLO, Héctor, Enrique CARNERO ROJO, Dalila B. SEOANE, y Lucía CARCANO (2018): «Balance de las actuaciones de la Corte Penal Internacional en su decimoquinto aniversario a la luz de su naturaleza y fines», *Teoría & derecho: revista de pensamiento jurídico*, 23, 186-208.
- OLASOLO, Héctor y Pablo GALAIN PALERMO (2018): *Los desafíos del derecho internacional penal: especial atención a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- OSIEL, Mark (1997): *Mass atrocity, collective memory and the law*, Nuevo Brunswick, Nueva Jersey y Londres: Transaction Publishers.
- PENA, Mariana (2013): «Is the ICC making the most of victim participation?», *International Journal of Transitional Justice*, 7(3), 518-535.
- PESCHKE, Katharina (2013): «The role and mandates of the ICC Trust Fund for Victims», en S. C. Bonacker T. (ed.), *Victims of international crimes: an interdisciplinary discourse*, La Haya: T.M.C. Asser Press, 317-327.
- RADOSAVLJEVIC, Dragana (2008): «Restorative justice under the ICC penalty regime», *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 7(2), 235-255.
- RAYE, Barbara E. y Anne WARNER ROBERTS (2007): «Restorative processes», en G. Johnstone y D. W. van Ness (eds.), *Handbook of restorative justice*, Devon: Willan Publishing.
- REILLY, Julia (2019): «The prosecution paradox: how the International Criminal Court affects civil war peace negotiations», *University of Nebraska-Lincoln, Political Science Department-Theses, Dissertations, and Student Scholarship*.
- RÖLING, Bert V. A. (2008): «The Nuremberg and Tokyo trials in retrospect», en G. Mettraux (ed.), *Perspectives on the nuremberg trial*, Oxford: Oxford University Press.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi (1995): *Impunity and human rights in international law and practice*, Oxford: Oxford University Press.
- ROTHER, Dawn L. (2010): «Beyond the juristic orientation of international criminal justice: the relevance of criminological insight to international criminal law and its control», *International Criminal Law Review*, 10(1), 97-110.

- SANDNER, Phillip (2014): «Ansar Dine: radical Islamists in northern Mali» [en línea] <<https://www.dw.com/en/ansar-dine-radical-islamists-in-northern-mali/a-18139091>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- SCHARF, Michael P. (1999): «The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court», *Cornell International Law Journal*, 32(3), 507-527.
- SCHARF, Michael P. y Paul R. WILLIAMS (2002): *Peace with justice? War crimes and accountability in the former Yugoslavia*, Lanham: Rowman and Littlefield.
- SIMPSON, Gerry (2004): «Politics, sovereignty, remembrance», en D. Mcgoldrick, P. Rowe y E. Donnelly (eds.), *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*, Oxford: Oxford University Press.
- SOBRINO, Jon (2006): *Terremoto, terrorismo, barbarie y utopía*, San Salvador: UCA Editores.
- SOUARÉ, Issaka K. (2009): «The International Criminal Court and african conflicts: the case of Uganda», *Review of African Political Economy*, 36(121), 369-388.
- STAHN, Carsten (2012): «Between faith and facts: by what standards should we assess international criminal justice?», *Leiden Journal of International Law*, 25(2), 251-282.
- STOVER, Eric (2004): «Witnesses and the promise of justice at The Hague», en E. Strover y H. M. Weinstein (eds.), *My neighbor, my enemy: justice and community in the aftermath of mass atrocity*, Cambridge: Cambridge University Press, 104-120.
- SZTAJNSZRAJBER, Darío (2016): «Mentira la verdad IV: Emmanuel Lévinas, Totalidad e infinito. Canal Encuentro» [en línea] <<http://www.encuentro.ar/programas/serie/8023/8766?start=>>. [Consulta: 07/07/2020.]
- TADROS, Victor (2011): *The ends of harm. The moral foundations of criminal law*, Oxford: Oxford University Press.
- TEITEL, Ruti G. (2000): *Transitional justice*. Oxford: Oxford University Press.
- VAN NESS, Daniel W. y Karen H. STRONG (2002): *Restoring justice*, Cincinnati: Anderson Publishing.
- VAN DEN WYNGAERT, Christine (2011): «Victims before International Criminal Courts: some views and concerns of an ICC trial judge», *Case Western Reserve Journal of International Law*, 44(1), 475-496.
- VEGA, Paulina (2006): «El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones», *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 5, 3, 18-41.
- VERA SÁNCHEZ, Juan S. (2018): «¿Por qué es importante que la Corte Penal Internacional condene más allá de toda duda razonable?», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11, 101-127.
- WARD, Ian (2004): *Justice, humanity and the new world order*. Aldershot: Ashgate Publishing Company.
- WILSON, Richard A. (2001): *The politics of truth and reconciliation in South Africa: legitimizing the post-apartheid State*, Cambridge: Cambridge University Press.
- WIPPMAN, David (1999): «Atrocities, Deterrence and the Limits of International Justice», *Fordham International Law Journal*, 23(2), 473-488.

JURISPRUDENCIA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- CIDH. (27/01/1999). Caso *Parada Cea y otros vs. El Salvador*, Informe núm. 1/99. Citado como: CIDH, caso *Parada Cea y otros*, 1999.
- (22/12/1999). Caso *Ignacio Ellacuría y otros vs. El Salvador*, Informe núm. 136/99. Citado como: CIDH, caso *Ignacio Ellacuría y otros*, 1999.
 - (13/04/2000). Caso *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdamez vs. El Salvador*, Informe Núm. 37/00. Citado como CIDH, caso *Monseñor Oscar Romero*, 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH. (29/julio/1998). Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo. Citada como: Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez*, 1988.

- (07/09/2004). Caso *Tibi vs. Ecuador*, Objeciones preliminares, meritorio, reparaciones y costas. Cit. como: Corte IDH, caso *Tibi*, 2004.
- (15/06/2005). Caso *Moiwana vs. Suriname*, Objeciones preliminares, fondo, reparación y costas. Cit. como: Corte IDH, caso *Moiwana*, 2005.

Corte Penal Internacional

República Centroafricana I

CPI. [Sala de Apelaciones] (08/06/2018): *The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's «Judgment pursuant to Article 74 of the Statute», Doc. núm. ICC-01/05-01/08 A. 8 de junio de 2018. Cit. como: CPI, *Bemba*, 08/06/2018.

- [Sala de Primera Instancia III] (21/06/2016): *The Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Doc. núm. ICC-01/05-01/08. 21 de junio de 2016. Cit. como: CPI, *Bemba*, 21/06/2016.

República Centroafricana II

CPI [Sala de Cuestiones Preliminares II] (23/01/2019): *The Prosecutor vs. Alfred Yekatom*. Public Redacted Version of «Decision on Disclosure and Related Matters». Doc. núm. ICC-01/14-01/18-64-Red. 23 de enero de 2019. Cit. como: CPI, *Yekatom*, 23/01/2019.

- [Sala de Cuestiones Preliminares II] (04/04/2019): *The Prosecutor vs. Alfred Yekatom*. Second Decision on Disclosure and Related Matters. Doc. núm. ICC-01/14-01/18-163. 4 de abril de 2019. Cit. como: CPI, *Yekatom*, 04/04/2019.
- [Sala de Cuestiones Preliminares II] (10/04/2019): *The Prosecutor vs. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaißona*. Decision on the «Prosecution's Request to Vary the Decision on Disclosure and Related Mat77ters». Doc. núm. ICC-01/14-01/18-169. 10 de abril de 2019. Cit. como: CPI, *Yekatom y Ngaißona*, 10/04/2019.
- [Defensa] (29/08/2019): *The Prosecutor vs. Alfred Yekatom*. Public Redacted Version of Motion for Finding of Disclosure Violation and for Remedial Measures. Doc. núm: ICC-01/14-01/18-301-Red. 29 de agosto de 2019. Cit. como: CPI, *Yekatom*, 29/08/2019.

República de Costa de Marfil

CPI. [Sala de Apelaciones] (01/02/2019): *The Prosecutor vs. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*. Judgement on the Prosecutor's appeal against the oral decision of Trial Chamber I pursuant to article 81(3)(c)(i) of the Statute. Doc. núm. ICC-02/11-01/15 OA14. 1º de febrero de 2019. Cit. como CPI, *Gbagbo y Blé Goudé*, 01/02/2019.

- [Sala de Cuestiones Preliminares II] (03/10/2011): Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. Doc. núm. ICC-02/11. 3 de octubre de 2011. Cit. como: CPI, *Costa de Marfil*, 03/10/2011.

República Democrática del Congo

CPI. [Sala de Apelaciones] (1/12/2014): *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyllo*. Judgment on the appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyllo against the «Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute». Doc. núm. ICC-01/04-01/06 A 4 A 6. 1º de diciembre de 2014. Cit. como: CPI, *Lubanga*, 1/12/2014.

- [Sala de Apelaciones] (03/03/2015): *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment on the appeals against the «Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations» of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2. Doc. núm. ICC-01/04-01/06 A A 2 A 3. 3 de marzo de 2015. Cit. como: CPI, *Lubanga*, 03/03/2015.
- [Sala de Primera Instancia I] (18/01/2008): *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision on victims' participation, Doc. núm. ICC-01/04-01/06. 18 de enero de 2008. Cit. como: CPI, *Lubanga*, 18/01/2008.
- [Sala de Primera Instancia I] (14/03/2012): *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. Doc. núm. ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012. Cit. como: CPI, *Lubanga*, 14/03/2012.
- [Sala de Primera Instancia I] (07/08/2012): *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations. Doc. núm. ICC-01/04-01/06. 7 de agosto de 2012. Cit. como: CPI, *Lubanga*, 07/08/2012.
- [Sala de Primera Instancia II] (23/05/2014): *The Prosecutor vs. Germain Katanga*, Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute. Doc. núm. ICC-01/04-01/07. 23 de mayo de 2014. Cit. como: CPI, *Katanga*, 23/05/2014.
- [Sala de Primera Instancia VI] (07/11/2019): *The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda*, Sentencing judgment. Doc. núm. ICC-01/04-02/06. 7 de noviembre de 2019. Cit. como: CPI, *Ntaganda*, 07/11/2019.
- [Sala de Cuestiones Preliminares I] (28/07/2006): *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo. Doc. núm. ICC-01/04-01/06. 28 de julio de 2006. Cit. como CPI, *Lubanga*, 28/07/2006.
- [Sala de Cuestiones Preliminares I] (28/07/2006): *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo and of the investigation in the Democratic Republic of the Congo. Doc. núm. ICC-01/04-01/06-228. 28 de julio de 2006. Cit. como: CPI, *Lubanga*, 28/07/2006.
- [Sala de Cuestiones Preliminares I] (29/01/2007): *The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*. Decision on the confirmation of charges. Doc. núm. ICC-01/04-01/06. 29 de enero de 2007. Cit. como: CPI, *Lubanga*, 29/01/2007.
- [Sala de Cuestiones Preliminares I] (31/03/2008): *The Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*. Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of Applicants a/0327/07 to a/0337/07 and a/0001/08. Doc. núm. ICC-01/04-01/07. 31 de marzo de 2008. Cit. como: CPI, *Katanga y Ngudjolo*, 31/03/2008.

República de Kenia

- CPI. [Sala de Primera Instancia V(A)] (13/03/2015): *The Prosecutor vs. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*. Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal. Doc. núm. ICC-01/09-01/11. 5 de abril de 2016. Cit. como: CPI, *Ruto y Sang*, 05/04/2016.
- [Sala de Primera Instancia V(B)] (13/03/2015): *The Prosecutor vs. Uhuru Muigai Kenyatta*. Decision on the withdrawal of charges against Mr Kenyatta. Doc. núm. ICC-01/09-02/11. 13 de marzo de 2015. Cit. como: CPI, *Kenyatta*, 13/03/2015.
 - [Sala de Cuestiones Preliminares II] (31/03/2010): Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya. Doc. Núm. ICC-01/09. 31 de marzo de 2010. Cit. como: CPI, *Kenia*, 31/03/2010.

República de Mali

CPI [Sala de Primera Instancia VIII] (27/09/2016): *The Prosecutor vs. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Judgment and Sentence. Doc. núm. ICC-01/12-01/15. 27 de septiembre de 2016. Cit. como: CPI, *Al Mahdi*, 27/09/2016.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

TPIR [Sala de Primera Instancia I] (03/12/03): *The Prosecutor vs. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngeze*. Caso Núm. ICTR-99-51-T. Sentencing Judgement. 3 de diciembre de 2003. Citada como: TPIR, *Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*, 03/12/03.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

TPIY [Sala de Apelaciones] (26/01/2000): *The Prosecutor vs. Dusko Tadic*. Caso núm. IT-94-1-A and IT-94-1-Abis. Judgement in Sentencing Appeals. 26 de enero de 2000. Cit. como: TPIY, *Tadic*, 26/01/2000.

- [Sala de Apelaciones] (12/06/2002): *The Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac And Zoran Vukovic*. Caso núm. IT-96-23 & IT-96-23/1-A. Judgement. 12 de junio de 2002. Cit. como: TPIY, *Kunarac et al.*, 12/06/2002.
- [Sala de Primera Instancia] (27/02/2003): *The Prosecutor vs. Radislav Krstic*. Caso núm. IT-98-33-T. Judgement. 2 de agosto de 2001. Cit. como: TPIY, *Krstic*, 02/08/2001.
- [Sala de Primera Instancia] (27/02/2003): *The Prosecutor vs. Biljana Plavsic*. Caso núm. IT-00-39&40/1-S. Sentencing Judgement. 27 de febrero de 2003. Cit. como: TPIY, *Plavsic*, 27/02/2003.
- [Sala de Primera Instancia] (08/07/2009): *The Prosecutor vs. Radovan Karadzic*. Caso núm. IT-95-SI18-PT. Decision on the Accused's Holbrooke Agreement Motion. 8 de julio de 2009. Cit. como: TPIY, *Karadzic*, 08/07/2009.
- [Sala de Primera Instancia I] (2/12/2003): *The Prosecutor vs. Momir Nikolic*. Caso núm. IT-02-60/1-S. Sentencing Judgement. 2 de diciembre de 2003. Citada como: TPIY, *Nikolic*, 2/12/2003.
- [Sala de Primera Instancia I] (18/03/2004): *The Prosecutor vs. Miodrag Jokic*. Caso núm. IT-01-42/1-S. Sentencing Judgement. 18 de marzo de 2004. Cit. como: TPIY, *Jokic*, 18/03/2004.
- [Sala de Primera Instancia II] (18/12/2003): *The Prosecutor vs. Dragan Nikolic*. Caso núm. IT-94-2-S. Sentencing Judgement. 18 de diciembre de 2003. Citada como: TPIY, *Nikolic*, 18/12/2003.

Fecha de recepción: 9 de agosto de 2020.

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.

EVIDENCE-BASED SENTENCING Y EVIDENCIA CIENTÍFICA. A
LA VEZ, ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS «POLÍTICAS
BASADAS EN LA EVIDENCIA» Y EL DERECHO PENAL*

*EVIDENCE-BASED SENTENCING AND SCIENTIFIC EVIDENCE. AT THE SAME TIME,
SOME REFLECTIONS ON «EVIDENCE-BASED POLICIES» AND CRIMINAL LAW*

Lucía Martínez Garay

Profesora Titular de Derecho penal

Universidad de Valencia

RESUMEN

El evidence-based sentencing (EBS) es una denominación reciente para una pretensión que tiene hondas raíces en el Derecho penal: aplicar las penas más adecuadas al nivel de riesgo de reincidencia que presenta cada condenado para intentar reducir ese riesgo al mínimo posible. Esta versión moderna de la prevención especial se inserta en el enfoque más amplio de las «políticas públicas basadas en la evidencia». Considera que la mejor evidencia existente para el control de la reincidencia son las modernas herramientas de valoración estructurada del riesgo, y aduce ser capaz de lograr varios objetivos a la vez: reducir la reincidencia, mantener un elevado nivel de seguridad ciudadana, hacer un uso más eficiente de los recursos públicos y alejar la política criminal de luchas ideológicas al fundamentarla en evidencia científica objetiva. De los muchos problemas que suscita el EBS, este trabajo analiza solo uno: la calidad de la evidencia científica en que se basa, y los datos disponibles sobre en qué medida alcanza (o no) los objetivos que pretende.

PALABRAS CLAVE

Evidence-based sentencing, políticas basadas en la evidencia, valoración de riesgo de reincidencia, evidencia científica, Derecho penal, prevención especial.

ABSTRACT

Evidence-based sentencing (EBS) is a recent name for a claim that has deep roots in criminal law: to apply the sentence that is most appropriate to the risk of recidivism posed by each offender, in order to reduce this risk as much as possible. This modern version of special prevention inserts itself in the broader approach of the so-called «evidence-based public policies». It considers that the best existing evidence for reducing recidivism are modern structured risk assessment tools, and it claims to be able to achieve several objectives at the same time: reduce recidivism, maintain a high level of public safety, make a more efficient use of public resources, and move criminal policy away from ideological struggles by basing it on the objective knowledge provided by the best available scientific evidence. Of the many problems that surround EBS, this work focuses only on one: the quality of the scientific evidence on which it is based, and the available data on the extent to which it achieves (or not) its intended objectives.

KEY WORDS

Evidence-based sentencing, evidence-based policies, violence risk assessments, scientific evidence, Criminal Law, selective incapacitation and rehabilitation.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.018

* Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación «Derecho penal de la peligrosidad: tutela y garantía de los derechos fundamentales» (DER2017-86336-R, financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades-Agencia Estatal de Investigación) y «Derecho Penal y Comportamiento Humano» (RTI2018-097838-B-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades). Una versión algo distinta y más breve de este trabajo se publicará en el libro colectivo *El Derecho penal ante «lo empírico». Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica*, dirigido por los profs. Miró Llinares y Fuentes Osorio, para el cual fue inicialmente concebido. Agradezco a Tomás Vives Antón sus acertados consejos y comentarios sobre sucesivos borradores, que han contribuido a mejorar notablemente la estructura y el contenido del trabajo.

EVIDENCE-BASED SENTENCING Y EVIDENCIA CIENTÍFICA. A LA VEZ, ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS «POLÍTICAS BASADAS EN LA EVIDENCIA» Y EL DERECHO PENAL

Lucía Martínez Garay

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Introducción. 2. Qué es el *evidence-based sentencing* (EBS). Precisiones terminológicas y delimitación del objeto del trabajo. 3. Antecedentes y contexto del *evidence-based sentencing*. 3.1. Los principios de la intervención correccional efectiva y el modelo «riesgo-necesidad-responsividad». 3.2. La justicia gerencial-actuarial y la gestión efectiva del riesgo. 3.3. Las «políticas basadas en la evidencia». 3.3.1. La medicina basada en la evidencia. 3.3.2. La aplicación en otros ámbitos del modelo «basado en la evidencia». 4. El *evidence-based sentencing* y la evidencia científica. 4.1. La calidad de la evidencia sobre la que se basa el *evidence-based sentencing*. 4.2. ¿Hay evidencia empírica de que el *evidence-based sentencing* alcance sus objetivos? 4.3. Discusión. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La evidencia suministrada por las ciencias sociales sobre los efectos de las penas ha sido sistemáticamente obviada por la política criminal en los EE. UU. desde hace al menos 40 años¹. La segunda mitad de la década los ochenta y toda la de los noventa se caracterizaron por el predominio del eslogan del *tough on crime* y la «guerra contra las drogas»: aumentó el número de delitos castigados con cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional (*parole*), se derogó la *parole* en muchos estados y también a nivel federal, se aprobaron leyes que imponen duras condenas mínimas de cumplimiento obligatorio, se introdujeron las *three-strikes laws*, se previeron penas más severas o internamientos indefinidos para *sexual violent predators* y se incrementó en general la severidad de los castigos, también para los jóvenes. Los resultados de esta política criminal son conocidos: las tasas de encarcelamiento se dispararon hasta alcanzar en 2008 un pico de 2.310.300 personas encarceladas, lo que representa una tasa de 760 por cada 100.000 residentes², con tremendas disparidades raciales y un coste billonario para la Federación y los estados, entre otros problemas³.

Ninguna de estas iniciativas contaba con evidencia que demostrara su eficacia en la disminución de la delincuencia (Tonry, 2013*b*; y Haggerty, 2004: 220). En apariencia (pues al menos igual de importantes que las razones político-criminales eran las razones políticas a secas), estas políticas pretendían reducir la criminalidad a través de los efectos intimidatorios e inocuidadores de sanciones más duras⁴ (Tonry, 2013*b*:159), pero los estudios disponibles ya entonces, y también los que se han ido publicando con posterioridad, demostraban y demuestran que dichos efectos son mínimos, inexistentes o incluso contraproducentes (cfr. Tonry, 2013*b*: 175 ss.; y National Research Council, 2014: 337-339).

Desde finales de la década de los noventa, sin embargo, y en un contexto en el que la política criminal estadounidense ha abandonado las formas más extremas del *tough on crime*⁵, ha ido aumentando la popularidad de lo que ha dado en denominarse *evidence-based practices*. Se trata de una expresión aplicable a muchos de los campos involucrados en el control del delito: la actividad policial, la instrucción del procedimiento y la adopción de medidas cautelares, y la fase final de imposición y ejecución de las penas. En relación con este último ámbito, el único que se analizará en este trabajo, la expresión hace referencia a un conjunto de técnicas y estrategias que utilizan los tribunales, las instituciones penitenciarias y los servicios de supervisión en la comunidad cuya aplicación pretende ajustar la intervención punitiva a las características específicas de diferentes individuos y grupos para hacerlas más efectivas (Klinge, 2015: 539). En concreto, se trataría de «[...] políticas, procedimientos y programas que la evidencia científica ha demostrado que reducen la reincidencia para grupos específicos de delincuentes, como personas sometidas a *probation*⁶, en *parole*, o delincuentes adictos a drogas» (National Conference of State Legislatures, 2011: 28). Este enfoque está cosechando un éxito notable en los EE. UU., pues está siendo implementado —con mayor o menor profundidad— en muchas de sus jurisdicciones⁷.

Considerando el trasfondo del panorama que hemos resumido en las líneas anteriores, llama inmediatamente la atención el nombre que reciben estas prácticas, «basadas en la evidencia»: ¿podría ser que estuviéramos ante un cambio de tendencia, y que, tras más

de 40 años de desprecio por la evidencia científica, la política criminal estadounidense en materia de tipificación, imposición y ejecución de penas se esté diseñando realmente con base en el conocimiento científico que las ciencias sociales han ido acumulando sobre los efectos de las penas? Considero que, por desgracia, no es así, y que, aunque en algunos casos esté justificada, la apelación a la «evidencia científica» corre el riesgo de convertirse en un recurso para legitimar prácticas que no han demostrado su eficacia en la reducción de la delincuencia y para presentar como meras cuestiones técnicas lo que no dejan de ser opciones políticas.

2. QUÉ ES EL EVIDENCE-BASED SENTENCING (EBS). PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO

El *evidence-based sentencing* (en adelante, EBS)⁸ consiste en la aplicación, en el momento de la imposición de la pena y también durante la ejecución de la misma, de una serie de pautas y criterios que derivan de los resultados de investigaciones científicas rigurosas sobre las prácticas que han demostrado ser más efectivas para reducir la reincidencia⁹. Las investigaciones científicas a las que se refieren los partidarios de este enfoque —que no dudan en calificar de «las mejores» (*the best research evidence*)— son, por un lado, los estudios sobre programas de rehabilitación y técnicas de intervención que han demostrado buenos resultados en grupos específicos de delincuentes, y, por otro, las investigaciones sobre la capacidad predictiva de las modernas herramientas estructuradas de estimación de riesgo de reincidencia o de violencia.

En el enfoque del EBS hay una relación muy estrecha entre el momento de la imposición de la pena y el de la posterior ejecución de la misma, ya que de lo que se trata es de imponer condenas que, por sus características, permitan ejecutar luego los programas que se consideran más idóneos para reducir el riesgo de reincidencia (Casey, Warren y Elec, 2011: 7). Por ello, y aunque algunas definiciones del EBS atienden sobre todo al momento de elección de la pena adecuada en la sentencia¹⁰, es común entender que incluye también (o incluso especialmente) algunas decisiones que tienen que adoptarse en el curso de su ejecución, especialmente las relacionadas con la concesión o no de *probation*, su eventual revocación y el régimen de supervisión/tratamiento que ha de acompañarla.

Aunque en este trabajo utilizaré la expresión *evidence-based sentencing*, existen otras denominaciones que, en esencia, se refieren a la mismas técnicas y estrategias, aunque cada una de ellas destaca una característica distinta del fenómeno. Así, la evidencia científica sobre la que descansa el EBS son las herramientas actuariales o estructuradas de estimación de riesgo de reincidencia (o de reincidencia violenta) que tanto se han desarrollado en la Criminología a lo largo de las últimas décadas (*actuarial sentencing*, Hannah-Moffat, 2013)¹¹. Esas herramientas permiten estimar el nivel de riesgo de cada delincuente, esto es, predecir la probabilidad de que siga delinquiriendo (*predictive sentencing*, de Keijser, Roberts y Ryberg, 2019). Lo que el EBS propone es utilizar ese nivel de riesgo como el criterio central para decidir cuál es la condena más adecuada para el sujeto (*risk-based sentencing*,

Slobogin, 2019). Se afirma que ello permitirá un uso más eficiente de los recursos públicos (*effective sentencing*, National Conference of State Legislatures, 2011), dado que los concentraría en los sujetos que realmente los necesitan y evitaría la imposición de penas largas e intervenciones intensivas a los de bajo riesgo. Todo ello supone, se dice, una gestión mucho más inteligente del problema penal (*smart sentencing*, Marcus, 2006)¹², pues con los mismos —o con menos— recursos públicos se conseguirá una reducción de la reincidencia y una mejor protección de la comunidad¹³.

La razón de que en este trabajo se haya optado por la expresión *evidence-based sentencing* en lugar de alguna de las otras es doble. Por un lado, esta denominación es la que expresa la pretensión del enfoque que en este estudio se va a analizar críticamente: al autodenominarse «basado en la evidencia», el EBS parece asumir que existe más o mejor evidencia científica para apoyar una orientación preventivo-especial del sistema penal construida alrededor de la noción central de riesgo que en otros modelos posibles de justicia penal, asunción que en este trabajo trataré de rebatir. Por otro lado, al utilizar esta denominación el EBS se alinea deliberadamente con un movimiento de alcance más general, el de las políticas basadas en la evidencia o *evidence-based policymaking*. Este movimiento persigue un objetivo a mi juicio loable (tener en cuenta la evidencia científica a la hora de diseñar cualesquiera políticas públicas), pero por vías que suscitan numerosas dudas, como tendré ocasión de exponer más adelante. El EBS ofrece, por tanto, una ocasión para analizar no solo el concreto aspecto de la relación entre evidencia empírica y ejecución de las penas, sino también la relación más general entre el Derecho penal y la evidencia empírica en los términos en que la concibe el enfoque de las políticas basadas en la evidencia.

En definitiva, este trabajo se centra en el análisis de la calidad de la evidencia científica sobre la que se basa el EBS, y en la evaluación de la evidencia empírica que eventualmente acrecita que el EBS alcanza los objetivos que pretende conseguir. Quedan fuera del objeto de estudio otros muchos aspectos problemáticos del EBS sobre los cuales existe un intenso debate doctrinal y que en absoluto son de menor relevancia que el que aquí se va a tratar¹⁴, pero que, por elementales razones de espacio, no es posible abordar en este momento. En todo caso, el objeto de estudio elegido no es tan estrecho como pudiera parecer, pues ofrece la oportunidad de abordar tres cuestiones a mi juicio muy relevantes en el debate penal y criminológico del presente y, probablemente, del futuro. Por un lado, la relación entre evidencia empírica y Derecho penal en un momento en el que, desde diversas perspectivas, parece estar produciéndose un acercamiento entre ambas esferas (Miró Llinares, 2017). Por otro lado, permite también hacer algunas consideraciones sobre un tipo concreto de evidencia empírica —el análisis estadístico de grandes conjuntos de datos— que va a plantear importantes retos a la tradicional administración de la justicia penal¹⁵. Por último, ofrece la oportunidad de introducir en el debate jurídico-penal español la cuestión de las «prácticas basadas en la evidencia», que hasta ahora, y salvo contadas excepciones, no se ha tematizado¹⁶.

3. ANTECEDENTES Y CONTEXTO DEL *EVIDENCE-BASED SENTENCING*

Para situar el problema, conviene ofrecer en primer término alguna pincelada sobre el contexto (histórico, político y epistemológico) en el que ha surgido el *evidence-based sentencing*.

3.1. LOS PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN CORRECCIONAL EFECTIVA Y EL MODELO «RIESGO-NECESIDAD-RESPONSIVIDAD»

En el ámbito de la justicia criminal, los primeros programas y procedimientos que se autodenominaron «basados en la evidencia» nacieron en el campo de la ejecución de las penas, en el contexto del descrédito en que había caído el ideal rehabilitador desde la década de los ochenta. Enfrentados al ambiente hostil que representaban las políticas del *tough on crime* dominantes en aquel periodo, los profesionales que seguían creyendo en la prevención especial positiva, en los efectos criminógenos de la prisión y en las posibilidades de mejora de muchos condenados se esforzaron por reunir pruebas de que algunos programas e intervenciones de corte resocializador y rehabilitador sí funcionaban. Así, se inició un debate sobre cuáles eran los programas de tratamiento efectivos o más efectivos y, a partir de la publicación de los trabajos de Andrews y Bonta, entre otros, fue construyéndose un enfoque teórico orientado a sistematizar y explicar los «principios de la intervención correccional efectiva» que cristalizó en el denominado modelo de «Riesgo, Necesidad y Responsividad», o RNR (Velásquez Valenzuela, 2014: 70 ss.; y Klingele, 2015: 552 ss.). Este modelo se construye alrededor de la noción central de riesgo, y se basa —muy resumidamente— en las siguientes premisas: *i*) que el riesgo de reincidencia es medible y que hoy día esta medición puede llevarse a cabo con métodos actuariales o estructurados, mucho más fiables que el método clínico tradicional; *ii*) que las intervenciones deben ajustarse al nivel de riesgo de cada sujeto (siendo desaconsejables intervenciones intensivas en sujetos de bajo riesgo, que pueden incluso tener efectos contraproducentes, y debiendo concentrarse el esfuerzo y los recursos en los individuos de mayor nivel de riesgo); *iii*) que cada sujeto tiene unas necesidades específicas (médicas, económicas, cognitivo-conductuales, educativas, etc.) que favorecen la comisión de nuevos delitos, y que, por tanto, la actuación sobre esas necesidades puede reducir su nivel de riesgo; y *iv*) que las intervenciones deben ajustarse a la receptividad de cada sujeto o grupos de sujetos, pues no todos responden de la misma manera a los mismos programas o técnicas (Andrews y Bonta, 2010: 44 ss.).

Estos estudios consiguieron construir una «teoría sobre la rehabilitación efectiva» (Velásquez Valenzuela, 2014: 78) que, además, logró hacerse un importante hueco en el debate político criminal a partir de la década de los noventa. Sin embargo, la parte de dicho enfoque que posiblemente está resultando más decisiva en la política criminal actual no es la de la rehabilitación, sino la de la efectividad, como enseguida veremos.

3.2. LA JUSTICIA GERENCIAL-ACTUARIAL Y LA GESTIÓN EFECTIVA DEL RIESGO

El desarrollo de los principios de intervención efectiva que hemos descrito en el epígrafe anterior fue paralelo en el tiempo a otra línea de evolución en la política criminal estadounidense: la incorporación progresiva de técnicas de gestión del riesgo criminal basadas en el modelo gerencial-actuarial. En las últimas décadas ha ido abriéndose paso una nueva racionalidad en el control penal que se caracteriza por abordarlo desde la perspectiva de una gestión eficiente de los recursos del sistema. El crimen se percibe desde este enfoque no tanto como un problema grave que debe ser eliminado o contra el que hay que luchar cuanto como un fenómeno intrínseco a cualquier sociedad que puede gestionarse con mayor o menor eficiencia teniendo en cuenta los recursos disponibles. Según esta perspectiva, el riesgo es también un concepto central, aunque no exactamente en el mismo sentido en que lo es en el paradigma del modelo RNR al que nos hemos referido en el epígrafe anterior. El modelo gerencial-actuarial está poco preocupado por las causas del delito y no contempla la rehabilitación como un objetivo principal; pueden aplicarse programas rehabilitadores si dan buenos resultados en términos de coste-beneficio, pero el objetivo central es mantener el nivel de desviación controlado en márgenes tolerables. Para ello se usan indicadores de niveles de riesgo medidos con instrumentos actuariales porque resultan útiles para gestionar grandes poblaciones de manera objetiva y con un mínimo de costes. La preocupación central para este enfoque es la eficiencia en el uso de recursos y la optimización de costes (Brandariz García, 2016: 93 ss. y 111 ss.; Klingele, 2015: 545 ss. y 572 y ss.; y Velásquez Valenzuela, 2014).

En este contexto hay que situar el relativo éxito de los programas de rehabilitación «basados en la evidencia». Como destaca Klingele (2015: 552), los profesionales y criminólogos que querían convencer a gestores y políticos poco predispuestos a destinar recursos económicos a programas de rehabilitación y tratamiento se esforzaron por demostrar que merecía la pena invertir en ellos porque producían beneficios medibles en términos de reducción de la reincidencia y, para ello, documentaron con exactitud los resultados y reunieron datos objetivos que avalaran su efectividad¹⁷. El énfasis en la efectividad en términos de coste-beneficio pretendía obtener financiación y oportunidades para unos programas que no parecía posible llevar adelante apelando solo al valor intrínseco del ideal rehabilitador como objetivo legítimo y justo de las sanciones penales.

El objetivo se consiguió, al menos en parte. Hoy en día se considera superado el viejo aforismo del «nothing works»¹⁸ y se acepta prácticamente sin discusión que determinados programas y tratamientos —especialmente, los basados en el modelo RNR— han demostrado ser eficaces en la reducción de la reincidencia y que ese conocimiento debe ser utilizado por la Administración de justicia. Esta es la premisa fundamental de todos los documentos elaborados por los organismos oficiales, las asociaciones profesionales, los *think tanks* y otros grupos de interés relacionados con la Administración de justicia que promueven el uso de *evidence-based sentencing*. Ahora bien, lo que se ha incorporado al discurso oficial del EBS es el énfasis en la posibilidad de reducción *efectiva* de la reincidencia, pero no —o no tanto— la idea de que esa reducción tenga que conseguirse a través de la *rehabilitación* de los condenados. Esto es fácilmente constatable cuando se

analizan los fines, que según dichos documentos, debe perseguir el EBS: el objetivo esencial que se proclama en todos ellos es la reducción de la reincidencia, acompañada siempre de una referencia a la mejora de la seguridad pública (*public safety*) y la utilización más efectiva de los recursos públicos; en contraste, las referencias a la rehabilitación de los condenados ocupan, si es que están presentes, un muy difuminado segundo plano¹⁹. Tampoco el objetivo de reducir la población penitenciaria, que también aparece en casi todas las iniciativas que apoyan el EBS²⁰, debe confundirse con la rehabilitación: la razón principal por la que se persigue la reducción de las tasas de encarcelamiento es que suponen un elevadísimo coste para las Administraciones, pero no se subraya suficientemente que el encarcelamiento masivo no ha demostrado ser un medio efectivo de reducción de la criminalidad. Es cierto que el EBS busca evitar los efectos criminógenos de la prisión, pero la razón principal por la que se busca reducir el número de internos es el ahorro de costes²¹, y además a través de medios que demuestren ser igualmente eficaces que la privación de libertad para la protección de la seguridad pública (más efectivos, por tanto, en términos de coste-beneficio)²².

La «rehabilitación efectiva» diseñada por Andrews y Bonta y otros profesionales ha sido, sin duda alguna, un pilar fundamental para el mantenimiento y la expansión de programas dirigidos a la resocialización de los condenados, tanto en prisión como fuera de ella, pero en el enfoque del EBS prima la dimensión de la efectividad sobre la de la rehabilitación, y las estimaciones de riesgo de violencia están, ante todo, al servicio de un control de la población condenada efectivo en términos de coste-beneficio. Cuando los programas de rehabilitación resulten la opción más efectiva para conseguir ese objetivo, se destinarán recursos para financiarlos, pero cuando no sea así, el control se implementará a través de otros mecanismos.

3.3. LAS «POLÍTICAS BASADAS EN LA EVIDENCIA»

Como hemos comentado al inicio de este trabajo, al incorporar la expresión «basado en la evidencia» el EBS no se refiere a cualquier tipo de conocimiento que las ciencias sociales hayan proporcionado sobre los efectos de las sanciones criminales, sino que se inserta conscientemente en un movimiento de alcance mucho más general conocido como *evidence-based policies* o *evidence-based policymaking*²³. Este enfoque parte de los éxitos y del prestigio que alcanzó la «medicina basada en la evidencia» a principios de la década de los noventa y, muy resumidamente, considera que: *i*) hay una jerarquía en la calidad de la evidencia científica, en la cúspide de la cual se encuentran los ensayos controlados aleatorizados (*randomized control trials*) y los metaanálisis, mientras que la mera experiencia clínica del profesional se encuentra en el nivel más bajo; *ii*) no solo en medicina, sino también en el diseño de todo tipo de políticas públicas, las decisiones deben apoyarse en la mejor evidencia científica disponible, entendida según la jerarquía a la que acabamos de referirnos; y *iii*) las decisiones basadas en esa clase de evidencia científica son mejores porque, de un lado, han demostrado ser eficaces para lograr el objetivo propuesto, y por otro lado, no están ya motivadas (o no solo) por objetivos políticos —en el sentido de intereses

ideológicos o partidistas—, sino fundamentadas en «datos objetivos» sobre lo que funciona y lo que no («what works») para resolver los problemas. Desde este enfoque, se considera que estar «basado en la evidencia» es condición necesaria para una mayor transparencia, responsabilidad y mejor gobernanza (Strassheim y Kettunen, 2014: 259) lo que supone, en definitiva, un plus de legitimidad²⁴.

Es indudable que la idea de desarrollar políticas basadas en evidencia científica resulta inmediatamente atractiva, también para el Derecho penal: «Igual que nadie defendería que los médicos deberían practicar su profesión de espaldas a la evidencia, también parece una afirmación incontestable, obvia, que los políticos deberían basar sus decisiones en la evidencia» (Klein, 2000: 65)²⁵. Sin embargo, a pesar del indudable predicamento de que goza en muchos ámbitos la idea del *evidence-based policymaking*²⁶, llevar a cabo políticas realmente basadas en evidencia científica es bastante más complejo de lo que podría parecer. Un buen ejemplo lo proporciona, precisamente, el campo en el que surgieron las prácticas basadas en la evidencia: la medicina.

3.3.1. La medicina basada en la evidencia

De acuerdo con la conocida definición de uno de los fundadores de esta corriente, la medicina basada en la evidencia es «[...] el uso consciente, explícito y juicioso de la mejor evidencia científica disponible en la toma de decisiones sobre el cuidado de los pacientes individuales» (Sackett *et al.*, 1996: 71)²⁷. La medicina basada en la evidencia enfatiza la importancia de la experiencia personal y del juicio clínico del profesional, que es quien conoce las características y las preferencias de cada paciente individual (Richardson, 2017). Pero parte de la base de que la práctica diaria de la medicina se basa muchas veces en costumbres, intuiciones y conocimientos que han ido quedando obsoletos; los médicos siguen administrando a veces tratamientos que creen que funcionan aunque la evidencia científica no los respalde o incluso haya demostrado su ineffectividad. Los médicos han de dedicar la mayor parte de su tiempo al cuidado de sus pacientes y difícilmente pueden estar al día de los cientos de artículos que se publican cada semana en decenas de revistas especializadas²⁸.

Por eso, la medicina basada en la evidencia proporciona estándares con los que medir la calidad científica de los tratamientos, terapias y diagnósticos, y además sistematiza y ordena el conocimiento existente sobre los mismos con el fin de facilitar a los profesionales el acceso a la información más rigurosa y actualizada que necesitan para ayudar a sus pacientes. A tal efecto, se establece una jerarquía en la calidad científica de los estudios, en la cúspide de la cual se sitúan los ensayos clínicos aleatorizados (*randomized control trials* o RCT), seguidos de los ensayos clínicos sin asignación aleatorizada, los estudios de cohortes, los estudios de casos y controles, etc.²⁹. También se consideran de la máxima calidad científica los metaanálisis o revisiones sistemáticas y críticas realizadas con métodos estandarizados de los estudios existentes sobre una cuestión y que resumen sus resultados. Con los metaanálisis, a su vez, se elaboran Guías de Práctica Clínica que trasladan el conocimiento existente a recomendaciones concretas de acción para el diagnóstico y tratamiento de los pacientes.

La medicina basada en la evidencia ha tenido un enorme éxito. Sus logros más importantes, reconocidos incluso por sus críticos, son haber contribuido a desterrar prácticas clínicas ineficaces o dañinas, y haber conseguido —a través de los ensayos clínicos randomizados— descubrir importantes factores de riesgo y distinguir tratamientos eficaces de los que no lo son, prestando con ello un enorme servicio a los pacientes en enfermedades graves como el SIDA, la hepatitis, el cáncer o el asma (Fava, 2017; Horwitz y Singer, 2017: 14; y Greenhalgh, Howick y Maskrey, 2014: 1). La medicina basada en la evidencia ha concienciado, además, sobre la necesidad de cuestionarse continuamente la eficacia y los beneficios de los tratamientos que se aplican, sobre el reconocimiento de que el juicio clínico del profesional puede estar sesgado u obsoleto, y sobre la pertinencia de que la medicina se abra a nuevos descubrimientos.

Sin embargo, este enfoque también ha recibido importantes críticas. Una de las principales es que el desarrollo de la nueva evidencia científica no se produce de manera equilibrada ni está libre de sesgos porque la financiación de la investigación está muy ligada a intereses particulares: los ensayos clínicos aleatorizados son caros y necesitan una importante infraestructura, y en muchas ocasiones son las propias empresas farmacéuticas interesadas en vender el tratamiento las que organizan y financian los ensayos, con lo que surgen evidentes conflictos de interés (Knottnerus y Tugwell, 2017; Fava, 2017; Ioannidis, 2016; Greenhalgh, Howick y Maskrey, 2014: 1-2; y Berguer y Berguer, 2003)³⁰. Por otro lado, la necesidad de contar con evidencia científica para defender la aplicación de cualquier terapia, técnica o fármaco estimula la publicación acelerada de resultados no siempre suficientemente contrastados en revistas que no siempre aplican criterios suficientemente rigurosos de admisión, práctica que con el tiempo ha producido una multiplicación de «basura» publicada (Knottnerus y Tugwell, 2017: 1) que, en lugar de mejorar, entorpece el avance de la medicina: «Demasiados trabajos de investigación están mal diseñados o ejecutados. Demasiados resultados de las investigaciones no son dados a conocer o se diseminan de manera fragmentada. Conforme ha ido aumentando el volumen de la actividad de investigación clínica, la calidad de la evidencia muchas veces ha empeorado»³¹.

También se critica a la medicina basada en la evidencia que la investigación tiende a centrarse en trastornos y poblaciones en las que el potencial beneficio comercial se estima grande, mientras que otros problemas importantes de salud pública quedan desatendidos; que minusvalora la relevancia de otros tipos de evidencia que no encajan en los estrechos márgenes de los ensayos clínicos randomizados; que olvida las necesidades y preferencias del paciente individual prescribiendo tratamientos estandarizados que solo han demostrado su efectividad para grupos; que desprecia la experiencia profesional del clínico y el necesario conocimiento de las características individuales de cada paciente; y que ha favorecido la «hipermedicalización» de la sanidad, aumentando el número de pruebas, tratamientos y fármacos que se administran, con un elevadísimo coste y sin evidencia sólida de su eficacia³².

Es muy importante destacar que los defensores de la medicina basada en la evidencia no niegan la pertinencia de muchas de estas objeciones y reconocen que se trata de pro-

blemas reales y graves. La diferencia entre los críticos y los defensores radica en que estos últimos consideran que los problemas señalados no son inherentes a este enfoque, sino que se deben al mal uso que se ha hecho de sus principios y de su metodología. Ioannidis, por ejemplo, afirma que la medicina basada en la evidencia ha sido «secuestrada» por intereses espurios, básicamente económicos y académicos corporativos, hasta el punto de que más que de medicina basada en la evidencia habría que hablar de medicina basada en el dinero (*finance-based medicine*, Ioannidis, 2016: 85; y 2017: 13). Otros autores subrayan como virtud de la medicina basada en la evidencia que han sido sobre todo sus propios partidarios los que han denunciado los problemas que la aquejan, y que, siempre que se siga de manera rigurosa, el propio enfoque sigue siendo el mejor medio para combatirlos (Guyatt, 2017). Se ha reconocido también que, a lo largo de su desarrollo, la medicina basada en la evidencia ha olvidado algunos de los principios básicos que establecieron sus fundadores, entre ellos la relevancia de la experiencia y del juicio clínico sobre la situación y preferencias de cada paciente individual, y la importancia de otras formas de conocimiento además de los ensayos clínicos aleatorizados cuando las características de la enfermedad, del paciente o del conocimiento existente así lo aconsejen (Richardson, 2017). Con todo, la situación ha llegado a un punto en el que los problemas denunciados son de tal magnitud que resulta dudoso si será posible corregir las malas prácticas³³.

3.3.2. La aplicación en otros ámbitos del modelo «basado en la evidencia»

Tener presente la evolución en la medicina ayuda a comprender algunas de las críticas que se han formulado a la pretensión de construir todo tipo de políticas públicas sobre el modelo «basado en la evidencia».

Se ha objetado, por ejemplo, que parte de un entendimiento excesivamente lineal de la relación entre el conocimiento científico y la práctica política, según el cual para cada problema social la ciencia sería capaz de detectar «la mejor» solución y, una vez identificada, simplemente habría que implementarla (Greenhalgh y Russell, 2009: 305). Esta manera de presentar las cosas desconoce que muchas veces la evidencia existente sobre determinada cuestión no es unívoca, pero además refleja un entendimiento positivista del conocimiento científico para el que los problemas sociales estarían «ahí fuera», esperando a que alguien los detecte y les dé una solución, cuando en realidad la identificación de un problema, su definición y la prioridad que se le asigne en la agenda política dependen de una construcción social en la que se enfrentan valores e intereses contrapuestos de distintos grupos y diversas concepciones ideológicas (Greenhalgh y Russell, 2009: 315)³⁴. Acabamos de ver cómo incluso sobre un campo en principio estrictamente objetivo y técnico, como la medicina clínica y la investigación médica, confluyen intereses muy diversos: médicos que quieren curar a sus pacientes, industrias farmacéuticas que quieren ganar dinero, gestores de sistemas sanitarios que quizá priorizan el ahorro de costes, investigadores preocupados por mejorar sus *curricula* y promocionar académicamente, revistas científicas que quieren posicionarse como las de mayor impacto, etc. Los

diversos intereses de todos estos actores influyen en lo que se investiga y lo que no, en lo que se publica y lo que no, en lo que se financia y lo que no e incluso en la determinación de lo que es una enfermedad y lo que no lo es³⁵. En el ámbito de la política todavía es mucho más acusada la influencia que ejercen las ideologías dominantes y los equilibrios de poder entre diversos grupos sociales a la hora de identificar un problema y establecer prioridades de actuación.

Por otro lado, el énfasis que ponen los partidarios del *evidence-based policymaking* en la necesidad de adoptar las políticas «que funcionan» («what works») es engañoso al menos por dos razones. Por un lado, porque tiende a presentar los problemas como meras cuestiones técnicas, oscureciendo la naturaleza política de muchas de las cuestiones a resolver: del hecho de que para algo exista una solución sobre cuya eficacia disponemos de evidencia científica no significa que ese algo sea un problema importante que hay que resolver; la investigación científica puede proporcionar evidencia sobre cuáles son las consecuencias de determinadas políticas, pero no es capaz por sí sola de establecer cuál de esas políticas debe considerarse preferible³⁶. En las decisiones políticas hay otros factores que legítimamente condicionan las decisiones, además del conocimiento científico (Klein, 2000; y Parkhurst, 2016) y sobre ellas debe haber un debate abiertamente político, no (solo) técnico.

Por otro lado, la insistencia en implementar las políticas respecto a las que existe evidencia científica de que «funcionan» opera con generalizaciones que pueden ser legítimas en ciencias como la medicina, pero que no tienen por qué serlo en otros ámbitos. Los cuerpos de todos los seres humanos comparten unas características anatómicas y fisiológicas esencialmente idénticas. Por ello, un medicamento que ha demostrado ser efectivo para bajar la fiebre en una muestra de pacientes de Wyoming producirá básicamente el mismo efecto en pacientes de Berlín. Sin embargo, no tiene por qué ocurrir lo mismo respecto de intervenciones cuyos efectos están mediados por factores contextuales que pueden diferir radicalmente en cada momento y lugar (Parkhurst, 2016: 20-22). Un programa de innovación educativa para reducir el fracaso escolar en Berlín no tiene por qué ser igualmente efectivo en Wyoming si las características académicas y socioeconómicas de los estudiantes y de sus familias no son similares. E incluso si lo fueran, dos individuos que comparten un perfil parecido no reaccionan igual ante determinados estímulos o tratamientos ni toman las mismas decisiones porque media siempre la personalidad, las preferencias y las experiencias particulares de cada cual. Dicho de otra manera: desde el punto de vista epistemológico, no es correcto trasladar al ámbito de las políticas públicas el tipo de generalizaciones que sí pueden estar justificadas en medicina.

Otro problema también relacionado con cuestiones de tipo epistemológico es el siguiente: el *evidence-based policymaking* privilegia un determinado tipo de «evidencia científica» (ensayos aleatorizados, mediciones cuantitativas, métodos estadísticos); sin embargo, en las ciencias sociales hay muchos otros tipos de análisis que pueden proporcionar conocimiento relevante sobre la complejidad de las relaciones y tensiones propias de la realidad social³⁷. No se trata solo de que no existan ensayos clínicos aleatorizados sobre la mayor parte de políticas sociales, sino también de que la mayor parte de los fenómenos sociales

son imposibles de medir con la exactitud matemática con que, por ejemplo, se mide el efecto de determinado antibiótico sobre la cantidad de bacterias presentes en un organismo. Si, pese a ello, se considera válida (o de calidad superior) solo la evidencia que se haya obtenido con métodos cuantitativos y estadísticos y se excluyen las demás, se produce una monopolización del conocimiento considerado relevante y una sobresimplificación de la realidad (Strassheim y Kettunen, 2014: 263). Como afirman Saltelli y Giampietro: «Una vez que el análisis ha excluido todas las fuentes de conocimiento incómodo, el problema se reduce a uno que puede ser abordado con la usual combinación de análisis coste-beneficio y metodologías de estimación de riesgo, y la solución optimizada al deseado nivel de precisión, aunque a estas alturas la solución pueda haber perdido toda su relevancia para el problema original» (2017: 66).

A todo ello hay que añadir que, ante la situación no infrecuente de que sobre determinada cuestión existan estudios científicos con resultados no coincidentes, el responsable de la adopción de una decisión o de la implementación de una política puede escoger deliberadamente solo aquella evidencia científica que apoye la decisión que previamente ya había decidido adoptar en función de otros criterios e intereses (*cherry picking*).

En definitiva, el (loable) objetivo de diseñar e implementar políticas más transparentes y eficaces por estar basadas en conocimientos sólidos sobre sus efectos y consecuencias no es en absoluto sencillo de conseguir³⁸. Los fenómenos sociales y el comportamiento humano —y, por tanto, la política criminal, que es el ámbito que interesa especialmente en este trabajo— son esencialmente diferentes de los fenómenos físicos, por lo que ni pueden ser estudiados (solo) con la misma metodología que es apropiada para estos últimos ni tampoco cabe esperar que una misma política o decisión produzca en contextos o sobre individuos diferentes (siempre) el mismo efecto que produjo en otros contextos o sobre otros individuos³⁹.

La relación entre ciencia y política es compleja y bidireccional, y existe el peligro de hacer pasar por «políticas basadas en la evidencia» lo que en realidad no es más que «construcción de evidencia basada en la política» (*policy-based evidence making*), es decir, la utilización selectiva de los datos para legitimar con esta supuesta evidencia científica objetivos políticos preestablecidos (Strassheim y Kettunen, 2014: 262; Parkhurst, 2016: 48 ss.). Además, existe también el peligro de suplantar el debate abierto y legítimo sobre opciones ideológicas y morales contrapuestas ocultando la dimensión política de los argumentos en liza tras la aparente neutralidad de mejores o más consistentes apoyos científicos para alguna de las opciones en disputa.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, interesa analizar hasta qué punto el *evidence-based sentencing* realmente incorpora «la mejor evidencia disponible» sobre el control del crimen, y si está científicamente acreditado que el diseño de las sanciones penales sobre la base de las estimaciones de riesgo de reincidencia es una política «que funciona».

4. EL EVIDENCE-BASED SENTENCING Y LA EVIDENCIA CIENTÍFICA

4.1. LA CALIDAD DE LA EVIDENCIA SOBRE LA QUE SE BASA EL EVIDENCE-BASED SENTENCING

La evidencia científica sobre la que se basa el EBS consiste fundamentalmente en las estimaciones estructuradas de riesgo de reincidencia⁴⁰. Y la opinión probablemente mayoritaria considera que dichas estimaciones ofrecen información sólida y contrastada. Se afirma repetidamente que las estimaciones de riesgo modernas, realizadas con métodos estructurados (ya sean estos puramente actuariales o de juicio clínico estructurado)⁴¹, son mucho más fiables que las que se hacían con el mero juicio clínico del profesional, y que actualmente las tasas de acierto son más elevadas que hace treinta o cuarenta años⁴². Sin embargo, si bien es cierto que ha habido avances importantes en la estimación del riesgo de violencia desde los años 80, la mera afirmación de que la «capacidad predictiva» de los modernos instrumentos estructurados es «mejor» que los juicios clínicos de los profesionales simplifica demasiado la cuestión y, por ello, transmite una imagen excesivamente optimista que puede inducir a confusión.

Para situar el problema conviene recordar que lo que contribuyó decisivamente al descrédito de los viejos juicios clínicos de peligrosidad en las décadas de los setenta y los ochenta fue la constatación de que producían un determinado tipo de errores, los falsos positivos, en una proporción que en aquel momento fue considerada excesiva. Diversos estudios demostraron que solo uno de cada tres sujetos considerados peligrosos por un psiquiatra o un psicólogo cometía actos violentos después (Monahan, 1981: 77). El hecho de que dos de cada tres predicciones de conducta violenta resultaran desmentidas por el comportamiento posterior del sujeto se consideró una evidencia de calidad insuficiente como para fundamentar sobre ella restricciones importantes de derechos como decretar o prolongar internamientos psiquiátricos o penitenciarios.

Pues bien, en la actualidad esa clase de errores no ha disminuido de manera significativa. El indicador estadístico que mide el porcentaje de sujetos que, respecto del conjunto de los que se habían valorado como de riesgo alto, efectivamente reinciden se denomina valor predictivo positivo. En todos los estudios sobre reincidencia violenta que se han llevado a cabo a nivel internacional, dicho valor suele estar por debajo del 50 % y, con frecuencia, muy por debajo (Douglas *et al.*, 2017). En un relevante y conocido metaanálisis, que revisó la aplicación de nueve herramientas de valoración del riesgo en 73 estudios que incluían a más de 24.000 sujetos, el valor predictivo positivo para la estimación de riesgo de reincidencia violenta fue, de media, un 41 %; es decir, que de cada 10 sujetos a los que se había considerado de riesgo alto solo 4 cometieron nuevos hechos violentos. En ese mismo estudio, el valor predictivo positivo de las herramientas que estiman el riesgo de reincidencia sexual fue aún más bajo: del 23 % en promedio (Fazel *et al.*, 2012: 10). Estudios publicados más recientemente siguen evidenciando valores predictivos positivos para la probabilidad de reincidencia violenta que ni siquiera alcanzan el 40 %⁴³.

Teniendo en cuenta estos datos, no parece que, al menos en este aspecto, las modernas estimaciones estructuradas de riesgo hayan mejorado mucho en cuanto a su capacidad

predictiva⁴⁴. ¿De dónde proviene, entonces, el convencimiento generalizado de que son mucho mejores que los juicios clínicos de peligrosidad de hace cuarenta años? Entre las principales razones cabe destacar, a mi juicio dos: por un lado, que ha cambiado la forma en que se interpreta lo que es una buena capacidad de estimación del riesgo, y por otro, que también ha cambiado la manera en que se comunica la información sobre la calidad de las estimaciones.

En relación con la primera cuestión, antiguamente las predicciones de peligrosidad se consideraban binarias, en el sentido de que tanto el evento futuro como la predicción tenían únicamente dos posibilidades: al sujeto se le consideraba peligroso o no peligroso y, o bien cometía nuevos delitos, o bien no lo hacía. En este tipo de predicciones solo hay 4 resultados posibles: verdadero negativo (se le consideró no peligroso y no reincidió), falso negativo (se le consideró no peligroso pero sí reincidió), verdadero positivo (se le consideró peligroso y reincidió) y falso positivo (se le consideró peligroso pero no reincidió).

A partir de la década de los noventa, sin embargo, empezó a diferenciarse entre la ocurrencia o no del evento y los diferentes grados de confianza que uno puede tener en que dicho evento acaezca (Mossman, 2006: 549 ss. y 555 ss.). Es decir, aunque la reincidencia sea un evento binario⁴⁵, el juicio que uno hace sobre la probabilidad de su ocurrencia no lo es, ya que el evaluador puede considerar que dicha probabilidad es no solo alta o baja, sino también muy baja, baja, media, alta, muy alta, extrema, etc. Por ejemplo, si una herramienta de valoración del riesgo clasifica como de riesgo alto a un grupo de individuos que posteriormente evidencian una tasa de reincidencia del 30 %, como de riesgo medio a un grupo en el que la reincidencia alcanza el 20 %, y como de riesgo bajo a otros en que esta se queda en el 10 %, parece evidente que sí es capaz de distinguir qué grupos de individuos presentan un riesgo mayor que otros. En ese sentido, puede afirmarse que su capacidad predictiva es «buena», al menos por lo que hace a su capacidad para discriminar el mayor o menor riesgo relativo de unos grupos respecto de otros. Y ello aunque en el grupo de riesgo más alto el porcentaje de los sujetos que realmente reincidieron solo llegue al 30 %.

Pues bien, en este aspecto, el de la estimación del riesgo relativo, es donde se han producido los avances más significativos de la investigación criminológica. Cuando los niveles de riesgo posibles ya no son solo dos, resulta insuficiente analizar la capacidad predictiva solo en términos de falsos positivos o falsos negativos. En este sentido, se han desarrollado otros indicadores más sofisticados, entre los que el más utilizado es probablemente la llamada área bajo la curva ROC⁴⁶. Se trata de un indicador de riesgo relativo que mide la probabilidad de que un sujeto reincidente, escogido al azar, haya recibido en la herramienta una valoración de riesgo superior a la de un individuo no reincidente, igualmente escogido al azar (Singh, 2013). Es decir, informa sobre cuán adecuadamente diferencia la herramienta entre los sujetos de mayor y de menor riesgo, pero sin decir nada sobre cuáles son las probabilidades de riesgo asociadas a cada nivel. Por ejemplo, en una determinada herramienta el grupo de bajo riesgo puede tener asociada una probabilidad de reincidencia del 5 % y el de alto riesgo del 15 %, y tener un área bajo la curva ROC de 0.75 (que convencionalmente se considera un valor elevado); en otra herramienta, las probabilidades de reincidencia pueden ser del 10 % y del 50 %, respectivamente, y tener el mismo valor

de área bajo la curva ROC de 0.75. En ambas hay un 75 % de probabilidad de que un individuo reincidente seleccionado al azar haya tenido una clasificación de riesgo superior a un individuo no reincidente seleccionado también al azar. Pero ser de alto riesgo tiene asociada una probabilidad de reincidencia muy diferente en cada una de estas herramientas y, desde el punto de vista de un juez que quisiera imponer una sentencia adaptada al nivel de riesgo del sujeto, tiene un significado muy diferente que la probabilidad de reincidencia asociada al nivel de «riesgo alto» sea del 15 % o del 50 %⁴⁷.

Por otro lado, el área bajo la curva sintetiza en una sola cifra (por ejemplo, 0.75) la capacidad de discriminación del instrumento, pero las tasas de falsos positivos y de falsos negativos pueden variar drásticamente según cuál sea el umbral de discriminación que se utilice a efectos de adoptar una concreta decisión. Por ejemplo, supongamos que para conceder o no la suspensión de la pena de prisión utilizáramos una herramienta de valoración del riesgo que clasifica a los sujetos en cinco niveles de riesgo (muy bajo, bajo, medio, alto, muy alto) y que tiene un área bajo la curva ROC de 0.75. Si optamos por conceder la libertad condicional solo a los clasificados como de riesgo muy bajo, tendremos muchos falsos positivos y muy pocos falsos negativos; si, por el contrario, concedemos a todos la libertad salvo a los del grupo de riesgo muy alto, tendremos muchos más falsos negativos y menos falsos positivos. Ninguna de dichas tasas de errores tiene por qué coincidir con la cifra del área bajo la curva (75 %), pudiendo estar tanto los falsos positivos como los falsos negativos muy por encima o muy por debajo del 75 % en cada una de nuestras decisiones, en función del criterio con el que hayamos utilizado en cada caso la herramienta⁴⁸. Por ello, cuando algunos autores partidarios del EBS exigen que las evaluaciones de riesgo sobre las que se vaya a basar una sentencia se realicen con herramientas que alcancen valores de área bajo la curva de 0.75 para que pueda considerarse que son suficientemente fiables y que miden bien lo que pretenden medir (así, *v. gr.* Slobogin, 2018: 589), están, a mi juicio, algo desencaminados, porque ese valor de área bajo la curva ROC no significa ni que el 75 % de las clasificaciones de riesgo se hayan visto corroboradas por el comportamiento posterior del sujeto ni que los sujetos clasificados como de alto riesgo tengan un 75 % de probabilidades de reincidir⁴⁹.

Por todo ello, diversos autores han advertido que el valor de este indicador estadístico por sí mismo es muy poco informativo a la hora de enjuiciar la utilidad de una herramienta de valoración del riesgo para la toma de decisiones legales (Fazel, 2019: 198; Szmuckler, Everitt y Leese, 2011; y Shepherd y Sullivan, 2017), y recomiendan que se complemente el análisis de la capacidad predictiva incluyendo también información sobre otros indicadores estadísticos, y que se informe siempre de las limitaciones de todos ellos (Singh, 2013; Rossegger *et al.* 2014; o Douglas *et al.*, 2017, que aconsejan que se informe con claridad sobre los números de falsos positivos y falsos negativos).

Esta última observación enlaza con la otra razón que, como hemos avanzado más arriba, explica el optimismo generalizado en torno a la capacidad predictiva de las herramientas estructuradas de estimación del riesgo: la forma en que se comunica la información sobre su rendimiento. La capacidad predictiva de estas herramientas puede expresarse con muchos indicadores estadísticos diferentes, cada uno de los cuales mide una dimensión

distinta de esa capacidad predictiva (Singh, 2013; Loinaz, 2017: 87 ss.; y Muñoz Vicente y López-Ossorio, 2016). Por ejemplo, un mismo instrumento puede tener una sensibilidad muy elevada pero una especificidad baja, o un área bajo la curva ROC aceptable y, sin embargo, un valor predictivo positivo muy débil⁵⁰. En otras palabras, en ocasiones la capacidad predictiva de un instrumento de valoración del riesgo puede ser calificada como «buena» y «mala» a la vez si algunos de los indicadores alcanzan valores muy satisfactorios y, sin embargo, otros se quedan en niveles mucho más modestos.

Si esto es así, resulta de primordial importancia que la información que se ofrezca sobre la capacidad predictiva de estas herramientas abarque las diversas dimensiones posibles, pues solo de esta manera se proporciona un cuadro completo de su rendimiento; de otro modo, si la información incluye solo aquellos parámetros o indicadores que arrojan valores más elevados y omite otros que resultan menos satisfactorios, se fomenta la impresión de que su funcionamiento global es mejor de lo que realmente es. Sin embargo, es muy frecuente que los artículos y estudios científicos que se publican sobre esta materia informen solo de indicadores de riesgo relativo (y, especialmente, del área bajo la curva ROC) y señalen expresamente, además, que estos alcanzan valores aceptables o satisfactorios, pero no den información sobre el riesgo absoluto, es decir, sobre la probabilidad de reincidencia o de reincidencia violenta asociada a cada nivel de riesgo ni ofrezcan (normalmente) los valores predictivos positivo y negativo asociados a cada umbral de discriminación.

En relación con lo que acaba de señalarse, hay otra cuestión importante desde el punto de vista de la justicia penal: hasta qué punto las probabilidades de reincidencia asociadas a cada nivel de riesgo se corresponden verdaderamente con las tasas de reincidencia reales observadas en la práctica (lo que se conoce como correcta calibración del instrumento). En este punto, la literatura científica publicada hasta la fecha presenta importantes carencias. En primer lugar, muchas herramientas de valoración del riesgo no han sido validadas externamente en una muestra diferente de la que se utilizó para construirlas (Douglas *et al.*, 2019: 153). Además, cuando sí existen estudios de validación, estos no siempre respetan las características esenciales del estudio original (en cuanto a perfil de la muestra, periodo de seguimiento, variable criterio, etc.), circunstancia que dificulta la interpretación de los resultados como confirmación o refutación del mismo (Rossegger *et al.*, 2013). La investigación existente hasta ahora sobre indicadores de calibración es aún muy escasa (Fazel, 2019: 201; y Hanson, 2017: 27), pero sí hay evidencia al menos de dos fenómenos preocupantes: por una parte, que las tasas de reincidencia correspondientes a cada nivel de riesgo varían notablemente entre unas muestras y otras (Singh *et al.*, 2014; y Rossegger *et al.*, 2014) y, por otra, que cuando las valoraciones de riesgo se aplican en la práctica del día a día de la justicia penal los niveles de acierto son más bajos que los evidenciados en los estudios académicos (Fazel, 2019: 203). Por todo ello, es muy dudoso que la evidencia científica disponible hasta el momento permita generalizar las probabilidades de reincidencia obtenidas en uno o unos pocos estudios científicos a poblaciones diferentes de aquellas en las que estos se han llevado a cabo.

Por todos estos problemas, y algunos otros que también presentan las valoraciones de riesgo⁵¹, desde la Criminología se ha reconocido que «[...] no solo es que la capacidad

predictiva de las herramientas de valoración del riesgo sea imperfecta, es que también se presenta de manera imperfecta en la literatura. Esta base de evidencia limitada y sesgada crea el peligro de que quienes deben tomar las decisiones confíen en las puntuaciones de riesgo más de lo que su precisión garantiza» (Douglas *et al.*, 2017: 135)⁵².

En definitiva, las modernas estimaciones estructuradas de riesgo consiguen identificar con elevados niveles de acierto a los sujetos de bajo riesgo y también discriminan bastante bien dentro de un grupo a los sujetos con mayor riesgo que otros. Sin embargo, a pesar del aumento de las publicaciones sobre la materia y de la mayor sofisticación de los indicadores y cálculos estadísticos, hoy por hoy no ha mejorado sustancialmente la capacidad para identificar a los sujetos con mayor probabilidad de cometer nuevos delitos violentos sin incurrir en elevadas cifras de falsos positivos. Y aunque a veces son incluso los propios criminólogos quienes alertan de este problema, y de las implicaciones que de él derivan si se pretende utilizar estas estimaciones para fundamentar en ellas medidas gravemente restrictivas de derechos⁵³, lo cierto es los defensores del *evidence-base sentencing* tienden a obviarlo cuando afirman de manera genérica que las estimaciones estructuradas de riesgo de reincidencia son «mucho mejores» que el antiguo juicio clínico estructurado y que, por ello, deben ser utilizadas a la hora de elegir el tipo de sanción y la forma de ejecutarla.

¿Cabe esperar que una mayor sofisticación de los cálculos matemáticos favorecida por las posibilidades que ofrece la inteligencia artificial produzca una mejora apreciable de este estado de cosas en un futuro cercano? Aunque soy consciente de las cautelas con las que es necesario responder a este tipo de cuestiones⁵⁴, tiendo a pensar que no, dado que ningún algoritmo, por complejo que sea, puede dar resultados de mayor calidad que la de los datos con que se lo «alimenta». Si los datos con que trabaja la máquina son incompletos o incorrectos, las estimaciones que con ellos se hagan también lo serán⁵⁵, y este es un problema importante en las valoraciones de riesgo de reincidencia, pues si bien algunos de los factores pueden comprobarse de manera directa y con un margen de error mínimo (por ejemplo, la edad o el sexo del sujeto), hay muchos otros sobre los que solo se dispone de información incompleta, indirecta, o previamente «contaminada» con un criterio subjetivo.

Así ocurre con uno de los factores que se consideran más decisivos en cualquier herramienta de valoración del riesgo: el historial criminal. El número real de delitos cometidos en el pasado por una persona no tiene por qué coincidir con el número de antecedentes penales que consten en los registros oficiales, bien porque algunos nunca hayan llegado a descubrirse, bien porque haya sido condenado por algunos que nunca cometió (por ejemplo, debido a conformidades⁵⁶). Se trata de un problema difícil de resolver porque sobre este punto ni siquiera una entrevista directa con el sujeto es una fuente fiable, ya que, al tratarse de una materia tan sensible, es probable que al preguntarle mienta para mostrar una imagen que cree que le favorecerá en la valoración⁵⁷ o haya olvidado algún incidente. También otro tipo de factores —por ejemplo, si tiene o no amigos en prisión o cuántas relaciones de pareja estables ha habido en su vida— son igualmente difíciles de comprobar. Y otros —por ejemplo, si tiene o no expectativas viables de futuro, mucho o poco auto-control, su grado de tolerancia a la frustración, etc.— dependen de valoraciones que tiene

que hacer un tercero y que, por tanto, incorporan en mayor o menor grado apreciaciones subjetivas.

Estos problemas aquejan ya en la actualidad a las valoraciones convencionales de riesgo, y no desaparecerán aunque sean cada vez más sofisticados los algoritmos que se usen para procesar la información si esta sigue presentando las deficiencias de partida señaladas. Se trata de una cuestión que merece la pena destacar porque, cuando se discute sobre las potencialidades de la inteligencia artificial (o, en general, del tratamiento masivo de datos de manera cada vez más automatizada) para el control del delito, se tiende a dar por supuesto que proporcionará una información mejor, más completa y más precisa, que permitirá, a su vez, mejorar la eficacia de las intervenciones. Se reconoce después que esa ventaja técnica, que se da por descontada, puede generar fricciones y problemas en otros ámbitos, especialmente en todo lo relacionado con los derechos a la intimidad y al control sobre el tratamiento de datos personales⁵⁸. Planteado así el problema, la cuestión se presenta entonces como una ponderación entre el coste que supone asumir restricciones en estos (y otros) derechos fundamentales a cambio de disponer de herramientas más eficaces para el control del delito. Lo que me gustaría subrayar es que esa mayor eficacia —que no niego que sea posible en algunos casos, quizá incluso en muchos— no puede darse por descontada a la vista del tipo de información con la que operan los algoritmos cuando se trata de delincuencia. Por ello, antes de empezar a ponderar y a plantearnos la posibilidad de asumir restricciones en el ámbito de aplicación de algunas garantías y derechos, sería conveniente exigir evidencia científica de que realmente la inteligencia artificial alcanza mejores resultados. Por lo que hace a las valoraciones de riesgo de reincidencia, creo que hoy en día no puede afirmarse que se haya aportado (¿aún?) evidencia de esa clase por las razones expuestas en este epígrafe y las que a continuación se añadirán.

4.2. ¿HAY EVIDENCIA EMPÍRICA DE QUE EL *EVIDENCE-BASED SENTENCING* ALCANCE SUS OBJETIVOS?

Es relativamente frecuente que se esgriman como evidencia del éxito del EBS argumentos tales como que los jueces y el resto de operadores del sistema jurídico consideran que la información aportada por las valoraciones de riesgo es «útil», o que como consecuencia de su introducción se ha reducido el número de condenas a prisión y ha aumentado el de penas alternativas⁵⁹. Todos estos resultados pueden merecer sin duda una valoración positiva. Sin embargo, no aportan información directa sobre los dos objetivos principales del EBS que son, recordemos, la reducción de la reincidencia y la de los costes asociados al uso excesivo de la prisión, junto con el control de las tasas de delincuencia⁶⁰. En cuanto «política basada en la evidencia» que dice ser, el *evidence-based sentencing* debería poder demostrar con evidencia empírica que esos resultados efectivamente se consiguen; en otras palabras, que «funciona» («it works»).

Sin embargo, y como hemos visto en el epígrafe anterior, existen abundantes estudios acerca de la validez predictiva de las herramientas de valoración del riesgo, mientras que son muchos menos los que han estudiado su utilidad para reducir las tasas de reincidencia

o de criminalidad (Viljoen, Cochrane y Jonnson, 2018: 184). Y los que existen no han generado resultados muy alentadores para el EBS. Tras una revisión sistemática que incluyó estudios publicados hasta 2017, Viljoen, Cochrane y Jonnson concluyeron que no hay suficiente evidencia empírica para afirmar que el uso de valoraciones estructuradas de riesgo reduzca la violencia o la reincidencia, ya que los estudios publicados al respecto, además de presentar numerosas e importantes limitaciones metodológicas, arrojan resultados dispares: si, en algunos casos, tras el uso de valoraciones de riesgo se observa una reducción en las tasas de violencia o delincuencia, en otros no es así (2018: 200, 204). Merece la pena destacar, además, que 8 de los 12 estudios analizados en esta revisión se habían realizado sobre muestras de pacientes psiquiátricos (Viljoen, Cochrane, Jonnson, 2018: 198), lo que plantearía importantes problemas para extrapolar los resultados a la población estándar de delincuentes, aun en el caso de que sí se hubiese demostrado una asociación entre el uso de valoraciones estructuradas de riesgo y descensos en la delincuencia.

Recientemente se han publicado también los resultados de una investigación empírica sobre la aplicación del EBS en el estado de Virginia⁶¹. Virginia fue el primer estado en los EE. UU. en implementar de manera sistemática valoraciones de riesgo en el momento de dictar la sentencia: las introdujo en 2003 para delitos no violentos y para delincuentes sexuales. Las estimaciones de riesgo se integraron en las *sentencing guidelines* del estado con los siguientes objetivos: *i*) imponer penas alternativas a la prisión a un número significativo de delincuentes no violentos de bajo riesgo, y *ii*) permitir la imposición de penas más largas a los delincuentes sexuales de alto riesgo. Y en ambos supuestos, las estimaciones de riesgo se introdujeron solo como una recomendación para el juez, que decide si quiere seguirlas o no. Esta política estaba presidida, tal como es característico en el EBS, por consideraciones de mayor efectividad en términos de coste-beneficio: para reservar las costosas plazas en prisión a los delincuentes más violentos y mantener al mismo tiempo elevados niveles de seguridad pública⁶².

La investigación a la que nos referimos analiza cuál ha sido el impacto de estos cambios en las tasas de población penitenciaria y de reincidencia, y los resultados son dignos de consideración. Por un lado, en el grupo de delincuentes no violentos no se ha conseguido que disminuya la tasa de población penitenciaria ni el número de penas de prisión impuestas. Esto no significa, sin embargo, que los jueces no hayan tenido en cuenta las recomendaciones derivadas de los niveles de riesgo. Según el estudio, sí cabe apreciar diferencias entre la probabilidad de ser condenado a prisión, y también en la duración de la pena, entre los delincuentes no violentos que quedan por debajo y por encima del punto de corte que marca la frontera entre riesgo alto y bajo. Lo que ocurre es que la disminución del número de penas de cárcel y de la duración de las mismas para el grupo de bajo riesgo se ha visto compensada por el aumento de ambos factores en el grupo de alto riesgo, con lo que el efecto neto de la implementación de estas políticas sobre el número total de internos acaba siendo nulo (Stevenson y Doleac, 2019: 2, 3 y 19).

Cabría pensar que, aunque no se haya conseguido reducir la población penitenciaria, al aumentar la dureza de las penas para los delincuentes de mayor riesgo al menos sí se habría logrado la segunda de las metas perseguidas: la reducción de la reincidencia. Los

datos evidencian, sin embargo, que tampoco es así (*Ibid.*: 2 y 20): las tasas de reincidencia no experimentaron ningún cambio significativo.

Por otro lado, también llaman la atención los resultados en el grupo de los delincuentes sexuales: si para estos casos el propósito explícito de la reforma era permitir solo incrementos de la dureza de las penas por encima de lo recomendado por las *guidelines* cuando el riesgo fuera alto, lo que el estudio evidencia es que, tras introducir las valoraciones de riesgo, se produjo una disminución del 5 % en la probabilidad de ser encarcelado y aproximadamente un descenso del 24 % en la duración de las condenas (*Ibid.*: 19).

El estudio apunta diversas explicaciones para estos sorprendentes resultados. Una muy relevante es que los jueces no siguieron las recomendaciones en todos los casos (que, recuérdese, no eran vinculantes): además de las *guidelines* y de las valoraciones de riesgo, tuvieron en cuenta también otros criterios, entre los que sobresale la edad. Ser joven es uno de los factores que más incrementa el riesgo en cualquier instrumento de valoración, también en el aplicado en Virginia. Sin embargo, los tribunales han valorado tradicionalmente la juventud como una atenuante de la responsabilidad y, con ella, de la pena. El estudio demuestra que en Virginia los jueces sí modificaron las sentencias en este punto para adaptarlas a lo que recomendaban las valoraciones de riesgo, pues se constató un aumento relativo de la gravedad de las penas impuestas a los jóvenes y también de la probabilidad de que estos recibieran una pena de prisión. Pero la adaptación fue solo parcial, dado que si los jueces hubieran seguido de manera consecuente las recomendaciones en todos los casos, dichos incrementos se habrían multiplicado (*Ibid.*: 3 y 4).

En cuanto al grupo de los delincuentes sexuales, el estudio sugiere dos posibles explicaciones. La primera es que los jueces tuvieron la idea preconcebida de que este grupo de delincuentes presenta más riesgo de reincidencia del que realmente tiene y gracias a las valoraciones de riesgo hayan reparado en que son menos peligrosos de lo que pensaban, lo que explicaría la reducción en la gravedad de las condenas. Sin embargo, los autores del trabajo consideran más plausible otra hipótesis⁶³: que las valoraciones de riesgo bajo hayan sido utilizadas como un «escudo» por los jueces para imponer castigos —a su juicio más adecuados— que antes no se atrevían a imponer, habida cuenta de los tremendos costes para su prestigio y su carrera profesional que suponen los falsos negativos. Disponer de una evaluación que indica riesgo bajo permitiría descargar en ella parte de la responsabilidad en caso de nueva comisión de delitos graves por quien podría haber estado en prisión si hubiera recibido una pena más larga (*Ibid.*: 19-20).

En cuanto al hecho de que tras la implementación de las valoraciones de riesgo la reincidencia se haya mantenido constante, los autores del estudio descartan como posible explicación que la herramienta usada en Virginia sea deficiente o esté mal diseñada, y apuntan simplemente al hecho de que la reincidencia es un fenómeno muy difícil de predecir en cualquier circunstancia. A su juicio, las estimaciones de riesgo explican solo un porcentaje mínimo de la reincidencia, por lo que la adopción de unas u otras medidas sobre la base de esas estimaciones solo puede producir efectos muy limitados en la variación de las tasas de reincidencia (*Ibid.*: 33 ss.)⁶⁴.

4.3. DISCUSIÓN

Hasta ahora no hay evidencia científica que demuestre que el *evidence-based sentencing* logre los objetivos que pretende alcanzar: reducir la reincidencia y la tasa de ocupación penitenciaria. Podría ser, no obstante, que esta ineficacia no derivase de insuficiencias intrínsecas al EBS, sino de la mala aplicación que de él se hace en la práctica. El estudio de Stevenson y Doleac podría apuntar en este sentido: dado que en el caso de Virginia las recomendaciones de riesgo no eran vinculantes, los jueces no siempre las siguieron; si lo hubieran hecho, los resultados serían mejores. Por tanto, lo que hay que hacer es eliminar la discreción judicial y obligar a configurar siempre las sanciones en función de lo que aconsejen los niveles de riesgo.

Sin embargo, entre los partidarios del EBS es generalizada la opinión de que las valoraciones de riesgo no deben ser vinculantes para los jueces, sino que estos han de conservar su autonomía para valorar todas las circunstancias concurrentes y tomar la decisión que les parezca más apropiada⁶⁵. Desde este enfoque suele reconocerse que, además del nivel de riesgo, puede haber otros factores importantes a tener en cuenta en la ejecución de la pena, entre ellos la disponibilidad de recursos para llevar a cabo los tratamientos o el tipo de supervisión indicado. Y también se afirma mayoritariamente que el propósito de reducir la reincidencia es uno más entre los diversos fines que persigue el Derecho penal, por lo que criterios tales como la gravedad de la culpabilidad, la gravedad del hecho o las necesidades de prevención general pueden legitimar la imposición de penas no ajustadas al riesgo de reincidencia del sujeto (Casey, Warren y Elek, 2011: 11-14). Por lo que hace al ámbito académico, la mayoría de los partidarios del EBS lo encuadran en un retribucionismo limitado que establece límites máximos (y en ocasiones mínimos) más allá de los cuales no podrían imponerse sanciones, por mucho que pudieran resultar adecuadas en función de los niveles de riesgo (*v. gr.* Monahan y Skeem, 2014: 158; y Slobogin, 2019: 108 ss.).

Ello plantea la siguiente paradoja: si para lograr los beneficios que pretende el EBS (en términos de reducción del crimen y de la reincidencia) hay que seguir estrictamente las recomendaciones basadas en el nivel de riesgo, pero al mismo tiempo se reconoce que es imposible hacer esto último porque hay buenas razones que desaconsejan hacerlo y que hay que respetar, parece que los propios defensores de la práctica están reconociendo la imposibilidad de que resulte exitosa⁶⁶.

Por otro lado, es muy dudoso que, aun diseñando las penas única y exclusivamente en atención al nivel de riesgo, pudieran alcanzarse los objetivos perseguidos. Por un lado, porque, como ya hemos visto, la evidencia científica a la que apela el *evidence-based sentencing* es bastante menos sólida de lo que a primera vista puede parecer. Las altas tasas de falsos positivos ponen seriamente en cuestión la eficiencia de un sistema que destinaría sistemáticamente un exceso de recursos al control penal intensivo de sujetos que no lo necesitan. Y la preocupación por la reincidencia que preside todo este enfoque refleja una intolerancia a los falsos negativos que probablemente también favorecería, respecto a los grupos de bajo riesgo, una respuesta penal no acorde con el riesgo real que representan. Por otro lado, además, si estimar con un nivel de acierto elevado el riesgo de reincidencia no es fácil, reducir

ese riesgo es más difícil aún. Como afirman Monahan y Skeem, exceptuando quizá los casos de los programas de desintoxicación y los programas que tratan las distorsiones cognitivas, actualmente no hay evidencia concluyente de que la modificación de determinados factores de riesgo genere un descenso de la reincidencia⁶⁷.

A ello hay que añadir que las valoraciones de riesgo no son el único conocimiento sobre la delincuencia que ha producido la Criminología a lo largo de sus muchos años de historia: por el contrario, en la investigación criminológica podemos encontrar también evidencia científica que apoyaría la implementación de políticas criminales bastante distintas a las que preconiza el EBS. Tomemos el ejemplo de la edad: ser joven es, como ya hemos indicado, uno de los factores que más directamente correlacionan con un mayor riesgo de reincidencia y de reincidencia violenta, y que, por ello, incorporan prácticamente todas las herramientas de valoración. El factor edad puede llegar a explicar casi el 50 % de la puntuación de riesgo en las herramientas estructuradas, y su peso en la puntuación total es, en muchas ocasiones, igual o incluso mayor que el del historial criminal⁶⁸. No obstante, la evidencia empírica sobre carreras criminales y curvas de edad también muestra que, si bien la proporción de personas que cometen delitos en la adolescencia y la primera edad adulta es muy grande, la inmensa mayoría de ellas dejan de hacerlo unos pocos años después, a principios de la veintena. Asimismo, los datos indican que, incluso dentro del grupo de quienes pueden considerarse criminales de carrera, muchos desisten a una edad relativamente temprana (en la treintena)⁶⁹. Siendo esto así, la imposición de condenas largas a personas jóvenes, e incluso condenas muy largas a personas relativamente jóvenes con un amplio historial delictivo, no puede tener más que un muy limitado efecto preventivo-incapacitador, ya que muchos de estos sujetos habrían desistido igualmente del crimen, no habrían continuado delinquiendo y, por tanto, los cuantiosos recursos destinados a su custodia no pueden considerarse en modo alguno una inversión eficiente desde el punto de vista del coste-beneficio. Es decir, incluso manteniéndonos dentro de la lógica utilitaria y «eficientista» propia del EBS, hay evidencia empírica que pone seriamente en cuestión la pretensión de que la imposición de un control penal más intenso (y más caro) a quienes por su edad e historial criminal presentan un alto riesgo de reincidencia, sea en realidad una inversión eficiente (Brandariz, 2016: 236; y Tonry, 2013b: 182).

Adicionalmente, la evidencia que aporta la investigación criminológica sobre carreras criminales y sobre las curvas de edad explica en gran medida los bajos valores predictivos positivos que, como hemos visto *supra*, son un problema endémico de las predicciones de peligrosidad (Tonry, 2013b:183). Cuando se toma una muestra de sujetos condenados y se analiza retrospectivamente su pasado, es fácil que aparezca un largo historial delictivo iniciado, además, a temprana edad, y por ello ambos factores aparecen empíricamente relacionados con la delincuencia. Y algo parecido cabría decir de otros factores de riesgo como los de tipo socioeconómico. Sin embargo, al intentar hacer predicciones prospectivas, los mismos factores producen muchos falsos positivos porque, aunque muchas personas hayan cometido delitos en su juventud, la inmensa mayoría desisten de hacerlo poco después; aunque muchos delincuentes provengan de entornos socioeconómicamente

desfavorecidos, la mayoría de las personas que viven en esos entornos no cometen delitos, y así sucesivamente⁷⁰.

Hay todavía una consideración más que merece la pena hacer en relación con la edad como factor de riesgo y la evidencia científica. Ya hemos comentado antes que en Derecho penal existe una tradición muy asentada de valorar la juventud como un factor de atenuación de la responsabilidad. En todos los países de nuestro entorno existen sistemas de justicia juvenil específicos que funcionan con criterios tendentes a la reeducación y prevén castigos comparativamente más suaves que los correspondientes a los adultos que cometen el mismo delito. Ese estado de cosas se justifica en el dato, evidenciado por las ciencias sociales y, en particular, por la psicología, de que, si bien a partir de cierta edad pueden conocer las normas y en principio están obligados a obedecerlas, los menores son por lo general aún inmaduros, muy influenciados, impulsivos y tienen menor capacidad de tolerancia a la frustración. Esas características psicológicas justifican, si se adopta una perspectiva retributiva, la aplicación de castigos más suaves. En tiempos más recientes, la neurociencia ha confirmado que entre los jóvenes y los adultos no hay solo diferencias psicológicas, sino también que el grado de desarrollo del cerebro es distinto en unos y otros, y que esta diferencia persiste no solo hasta la edad legal que en muchos países marca la frontera para ser tratado como adulto (alrededor de los 18 años), sino también hasta el inicio de la veintena (Sánchez Vilanova, 2017: 208 ss.).

Existe, por tanto, evidencia empírica que justifica la imposición de regímenes penales más intensos a los jóvenes adultos debido al mayor riesgo de reincidencia que presenten, si es que consideramos que la prevención especial negativa es el objetivo central del sistema penal. No obstante, también hay evidencia científica que demuestra que esta estrategia es muy poco efectiva en términos de reducción de la criminalidad debido a la dificultad de identificar al pequeño grupo de los verdaderos delincuentes de carrera. Y también existe evidencia empírica para justificar una respuesta penal más suave para el mismo grupo de personas si consideramos que la retribución proporcionada a la gravedad de la culpabilidad debe ser el criterio central para la imposición de las penas⁷¹.

5. CONCLUSIONES

En el diseño de las políticas criminales, a veces la evidencia científica importa y a veces no. Hay áreas que se han mostrado impermeables al conocimiento contrastado a lo largo de años en las ciencias sociales sobre la nula o muy limitada eficacia y los enormes efectos secundarios de ciertas prácticas (por ejemplo la persistencia de la pena de muerte, la «guerra contra las drogas» o el continuo incremento de la dureza de las penas). Sin embargo, hay otras áreas donde la evidencia científica sí ha logrado penetrar en mayor o menor medida (por ejemplo, en la actividad policial y en algunos sectores de la ejecución penitenciaria de corte rehabilitador). Las principales razones para que el conocimiento criminológico sea o no sea tenido en cuenta no tienen que ver principalmente con su calidad científica, con la solidez de los datos o con la consistencia de las teorías sobre las que descansa, sino que los

factores decisivos suelen ser otros: que se adecue o no a las finalidades políticas perseguidas por los gobiernos en un momento concreto, que coincida con una ventana de oportunidad adecuada para ser bien recibido por la opinión pública, que haya presiones de ciertos grupos de interés a favor o en contra de la incorporación de esa evidencia, etc. (Tonry, 2013a)⁷². Con el *evidence-based sentencing* no está ocurriendo nada distinto: no hay más ni mejor evidencia científica para apoyar una orientación predominantemente preventivo especial del sistema penal basada en estimaciones de riesgo que la que hay para sustentar otros modelos que prioricen otros criterios. Por tanto, el éxito que este enfoque está teniendo en EE. UU. se debe esencialmente a otros factores: que las promesas de eficiencia en términos de coste-beneficio son bien recibidas en momentos de crisis económica; que el énfasis en la reducción de la reincidencia logra concitar acuerdos entre actores políticamente alejados⁷³; el discurso tecnocrático y actuarial, que encaja bien en el modelo gerencial actualmente dominante en la política estadounidense; que, al estar centrada en la fase de imposición y de ejecución de las penas, puede implementarse sin cuestionar aspectos ideológicamente más espinosos como la reducción de las penas para delitos graves; o que su aplicación se haya planteado en un momento histórico en que las tasas de delincuencia están en niveles muy bajos.

Ello no impide reconocer que el *evidence-based sentencing* sí se basa, en parte, en conocimientos sólidamente contrastados. Diversos programas rehabilitadores han demostrado reiteradamente buenos resultados en la reducción del riesgo de reincidencia para determinados perfiles de delincuentes. Las herramientas de valoración del riesgo diferencian bastante bien entre grupos con mayor y menor riesgo relativo, e identifican con notable grado de acierto a los grupos de riesgo más bajo de reincidencia violenta. Todo ello constituye conocimiento muy útil para ayudar en la gestión de los programas de tratamiento y, en mi opinión, es un argumento sólido para ampliar el ámbito de las alternativas a la prisión y para destinar recursos a una verdadera infraestructura de acompañamiento de los exreclusos y los liberados condicionales en países que, como el nuestro, carecen de ella.

Pero esto no significa que exista base científica suficiente —ni tampoco, en mi opinión, mejores razones valorativas— para erigir la prevención especial articulada sobre la base del riesgo en la clave de bóveda del sistema penal. Cuando da este salto y lo justifica con el argumento simplista de que hay que adoptar las prácticas «que funcionan», el *evidence-based sentencing* incurre en algunos de los problemas que aquejan a las «políticas basadas en la evidencia» y que han sido descritos en el subepígrafe 3.3.2. de este trabajo. El EBS se presenta como una orientación basada en la «mejor evidencia» disponible, pero omite explicitar las múltiples carencias que (junto a sus indudables virtudes) aquejan a las valoraciones estructuradas de riesgo, por lo que ofrece una imagen en el mejor de los casos incompleta (y, en el peor, sesgada) del verdadero estado del conocimiento científico sobre la capacidad predictiva de las valoraciones de riesgo y sobre sus efectos reales (o la ausencia de efectos) en las tasas de delincuencia. Por otro lado, favorece (ya sea de manera deliberada o inadvertida) una despolitización del debate sobre la justicia penal, al presentar las penas basadas en el nivel de riesgo como una práctica «que funciona» y que, solo por eso, debería ser aceptada, cuando la pregunta crucial es: funciona ¿para qué? El *evidence-based*

sentencing asume que el para qué ha de ser la reducción de la reincidencia, pero ni ha sido capaz de demostrar hasta ahora que realmente lo consiga ni es en modo alguno obvio que ese deba ser el objetivo principal del sistema penal. Hay muchos otros fines posibles, y legítimos, como por ejemplo asegurar una aplicación no discriminatoria de las penas, evitar la imposición de castigos desproporcionados o, por supuesto, reducir las tasas de delincuencia, que no es lo mismo que reducir las tasas de reincidencia. El debate sobre cuáles de estos fines son preferibles o prioritarios incorpora necesariamente argumentos de tipo valorativo (normativo, político, ético). Y aunque puede (¡y debe!, si quiere ser racional) manejar argumentos relacionados con lo que la Criminología sabe sobre los efectos de las penas, no puede ser sustituido por ellos.

Por todo ello, considero que el *evidence-based sentencing*, al menos en la forma que ha adoptado en los últimos años este movimiento en los EE. UU., más que una práctica basada realmente en la evidencia (*evidence-based practice*) es un ejemplo de selección interesada de solo cierta evidencia científica para justificar determinadas políticas públicas que enmascara, tras supuestas razones técnicas, opciones que no pueden dejar de ser objeto de debate político (*policy-based evidence*). Además, al arrogarse el título de «basado en la evidencia» da a entender que otras políticas no estarían basadas en la ciencia o tendrían menos apoyo científico, lo que no es el caso. Por ello, sería preferible referirse a este enfoque con alguna otra de las expresiones que, como ya vimos al inicio del trabajo, describen más apropiadamente su contenido: *predictive sentencing* o *risk-based sentencing*, por ejemplo.

En definitiva, la utilización de evidencia empírica en Derecho penal es imprescindible si quiere llevarse a cabo una política criminal racional. Pero la relación entre política y ciencia es compleja y bidireccional, y en las ciencias sociales las fuentes de conocimiento no se limitan a las dominantes en otro tipo de ciencias. Si bien los datos cuantitativos son imprescindibles, proporcionan una imagen muy incompleta e imperfecta de la realidad. Conviene, por ello, evitar simplificaciones y reduccionismos y no aceptar automáticamente como «mejor» evidencia la que vaya acompañada de montañas de datos y complejos algoritmos. Porque en el debate sobre la automatización del uso masivo de datos para el control de delito (del que el uso de valoraciones de riesgo en la determinación y ejecución de las penas es solo una pequeña parte) está en juego en buena medida el Derecho penal que queremos para el siglo XXI.

NOTAS

1. No ha ocurrido lo mismo en otros aspectos de la política criminal estadounidense, que sí se han mostrado mucho más receptivos al conocimiento proporcionado por la criminología (Tonry, 2010).
2. Datos tomados del Bureau of Justice Statistics, Key Statistics, «Estimated number of inmates held in local jails or under the jurisdiction of state or federal prisons and incarceration rate, 1980-2016». Disponible en: «www.bjs.gov». [Consulta: 22/08/2020.]. La tasa asciende a 1000/100.000 si se calcula respecto del total de la población adulta residente en los EE. UU.

3. National Research Council (2014). Puede verse un resumen de los principales indicadores hasta 2017 en The Sentencing Project, Criminal Justice Facts, «Fact sheet: Trends in U.S. Corrections». Disponible en: <<https://www.sentencingproject.org/criminal-justice-facts/>>. [Consulta: 22/08/2020.]
4. Es frecuente explicar el abandono de las sentencias indeterminadas a partir de finales de los 70 como un tránsito hacia un modelo inspirado en ideales retributivos. Aunque esta descripción sí encaja con las reformas ocurridas hasta mitad de la década de los ochenta, resulta difícil identificar en las producidas a partir de entonces la lógica fundamental propia de cualquier paradigma retributivo: la proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido (Tonry, 2013b: 145 y 150).
5. Si bien ya no se han dictado nuevas leyes tan severas como las anteriores, tampoco se han derogado la mayoría de las existentes. Diversas reformas han limitado o suavizado su alcance en ciertos ámbitos, por ejemplo despenalizando algunos delitos relacionados con drogas y seguridad vial, eliminando penas mínimas obligatorias para infracciones leves de drogas, aumentando los programas alternativos a la prisión pre y postcondena, y extendiendo mecanismos que permiten adelantar el momento de excarcelación como las recompensas por buena conducta (Klinge, 2015: 538; Tonry, 2013b: 144 ss.).
6. *Probation* equivale más o menos a la suspensión de la pena de prisión (con sometimiento del condenado a vigilancia y al cumplimiento de una serie de condiciones durante el periodo estipulado), aunque también incluye supuestos de suspensión de la condena (sin pronunciamiento de culpabilidad).
7. En un listado actualizado a fecha de 2019, Stevenson y Doleac enumeran 28 estados que aplican alguna forma de *evidence-based sentencing*, y otros 7 en los que algún condado también lo utiliza (2019: 54-55).
8. La traducción al castellano sería probablemente «el sentenciar basado en la evidencia» o «sentenciar sobre la base de la evidencia» más que «sentencias basadas en la evidencia». Esta última opción generaría confusión porque, obviamente, toda sentencia está basada en la evidencia, en el sentido de la evidencia probatoria que se ha aportado en el juicio oral, pero el EBS no se refiere a la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del acusado, sino a la fase posterior de elección y determinación de la pena adecuada una vez que el acusado ha sido considerado culpable (fase del proceso penal que en el sistema anglosajón está claramente diferenciada de la anterior), y además incluye decisiones relativas no solo a la imposición de la condena, sino también a su ejecución, especialmente las referidas a la posible suspensión y su régimen. En la medida en que en castellano el uso de infinitivos con valor de sustantivo es menos elástico que en inglés, en este trabajo he optado por mantener la expresión en el idioma original, pues creo que no ofrece dificultades de comprensión (especialmente tras las precisiones que se realizan en este epígrafe del trabajo), y cualquiera de las traducciones que he barajado me parecen un poco forzadas.
9. En palabras de uno de los autores que más ha impulsado la adopción de esta perspectiva, el EBS consiste en «[...] sentencing and corrections policies and programs based on the best research evidence of practices shown to be effective in reducing recidivism» (Warren, 2010: 153). Cfr., asimismo, la definición que ofrece en su página web el Center for Sentencing Initiatives: «A set of sentencing practices designed to promote public safety through risk reduction and management of probation-eligible offenders». Disponible en: <<https://www.ncsc.org/csi/evidence-based-sentencing>>. [Consulta: 23/08/2020.]
10. «Smart sentencing, also known as, «evidence-based sentencing», relies on the use of social scientific evidence, particularly about recidivism and correctional interventions that reduce criminal propensities, to determine a sentence that is likely to improve public safety» (Hannah-Moffat, 2013: 271).
11. «The principal use of EBS practices at the state trial court level is the use of actuarial risk —and needs— assessment information in state sentencing proceedings» (Warren, 2010: 156).

12. No confundir con la Smarter Sentencing Act, una propuesta de ley que ha sido discutida varias veces en el Congreso de los EE. UU. desde 2013 destinada fundamentalmente a suavizar las penas para delitos de tráfico de drogas no violentos, algunas de cuyas disposiciones han ido siendo aprobadas en años anteriores. La última versión está en discusión en el Senado a la fecha de cierre de este trabajo está disponible en: <<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/2850/all-info>>. [Consulta: 23/08/2020.]

13. Como afirma Marcus: «The resulting critical issue in sentencing policy thus runs along a very different axis than the traditional divide between punitivists and advocates of reformation. Evidence-based «smart sentencing» posits that by rigorously scrutinizing data on what works or not on which offenders, we can allocate our correctional resources far more efficiently —measured by public safety— than if we continue to settle for «just deserts» with no accountability for outcomes» (Marcus, 2006: 57). En sentido muy parecido, cfr. el documento *Principles of Effective State Sentencing and Corrections Policy*, publicado por el National Conference of State Legislatures (2011: 4): «Many of these approaches leave behind outdated notions of being «soft» or «tough» on crime. Instead they look to be smart on crime to ensure that sentencing policies contribute to a favourable state return on public safety expenditures».

14. Entre otros, su encaje en las teorías convencionales sobre las finalidades de la pena; los conflictos que genera con determinadas garantías penales al erigir el riesgo de reincidencia en el criterio básico sobre el que articular la respuesta punitiva o hasta qué punto palia o exagera otros problemas importantes ligados al castigo penal como la discriminación étnica, las desigualdades socioeconómicas, etc. Para una panorámica reciente y muy detallada de todas estas cuestiones, así como del concreto aspecto que se estudia en este trabajo, *vid.* las diversas aportaciones contenidas en la obra colectiva editada por de Keijser, Roberts y Ryberg (2019). En castellano, puede verse Martínez Garay (2019:149 ss.).

15. Lo que incluye no solo las herramientas de estimación de riesgo digamos «convencionales», sino también el uso de inteligencia artificial en sentido estricto, es decir, herramientas con un nivel de automatización completo o casi completo. Sobre los ámbitos de aplicación de la inteligencia artificial en el Derecho penal, cfr. Miró Llinares (2018: 87 ss. y 105 ss.) para el campo de la valoración de riesgo de reincidencia. Sobre algunos peligros derivados de esta utilización, y comentando el conocido caso Loomis, cfr. Martínez Garay (2018).

16. Sí lo aborda Benito Sánchez (2020: 27 ss.).

17. Cullen describe con claridad el firme rechazo al que se enfrentaban los partidarios de la rehabilitación en las décadas de los ochenta y noventa, y los esfuerzos que se hicieron para poder aportar «números» que convencieran a los escépticos de que sí había pruebas de que ciertas intervenciones funcionaban (2013: 335 ss.).

18. Expresión que se popularizó tras el conocido trabajo de Martinson (1974: 22-54).

19. Por ejemplo, el *Public Safety Policy Brief*, núm. 8 (mayo 2009), editado por el PEW Center on The States como parte de su Public Safety Performance Project, titulado «Arming the Courts with Research», afirma que «[...] we cannot afford to ignore the opportunity to reduce offender recidivism and resulting high crime rates through use of these cost-effective evidence-based practices», y en la página siguiente matiza: «The goal of recidivism reduction is to reduce crime, not just to rehabilitate offenders. [...] It is not «soft» on crime». Disponible en <https://www.ncsc.org/_data/assets/pdf_file/0018/25551/pew_armingthecourtwithresearch.pdf>. [Consulta: 25/08/2020.]. La Guía publicada en 2011 por el National Center for State Courts sobre EBS enfatiza que el objetivo principal es el de «reducir y manejar el riesgo» que supone el delincuente para mejor proteger la seguridad pública. Las escasas referencias a la rehabilitación que aparecen en la guía la colocan al mismo nivel que otras finalidades legítimas de la pena como la inocuización o la intimidación selectiva (Casey, Warren y Elek, 2011: 1, 11 y 12).

20. El National Center for State Courts es de las pocas instituciones que expresamente afirmaba no perseguir ese objetivo. *Vid.* «NCSC Fact Sheet on Evidence-Based Sentencing», 2014. Disponible en: <<https://www.ncsc.org/csi/evidence-based-sentencing/overview>>. [Consulta: 25/08/2020.]. No obstante, un documento más reciente de la misma organización reconoce que las evaluaciones de riesgo sí pueden ser un factor que contribuya a evitar imponer penas de prisión a delincuentes de riesgo bajo (Casey, Elek y Warren, 2017: 3).

21. Lo expresan con claridad Monahan y Skeem cuando se preguntan cuál es la razón por la que tras 40 años de *just deserts* estemos asistiendo a un notable resurgimiento del riesgo como un componente esencial en la imposición y ejecución de las penas: «Money appears to be the principal answer» (2014: 158).

22. Lo expresa con absoluta claridad el *Public Safety Policy Brief* del PEW Center al que ya nos hemos referido *supra* (nota 20): «The goal of recidivism reduction is to reduce crime, not just to rehabilitate offenders. It includes both effective treatment services—programs proven to reduce reoffending—and swift and effective use of graduated sanctions. It highlights the importance of holding offenders more strictly accountable than we do now for compliance with courtorders and conditions of supervision. It is not «soft» on crime».

23. Para una panorámica sobre los antecedentes y el surgimiento de este movimiento, cfr. Parkhurst (2016: 14 ss.).

24. Una argumentación de este tipo puede verse en el documento «Principles of Evidence-Based Policymaking» elaborado por el grupo Evidence-Based Policymaking Collaborative (integrado por distintas fundaciones y organizaciones como Laura and John Arnold Foundation, Urban Institute y Brookings Institution): «In an era of intense partisanship and constrained public resources, evidence-based policymaking can help bridge the partisan political divide and support research-based debate about what outcomes we want to achieve, for whom, and at what cost. It encourages transparency and accountability [...]». Disponible en: <https://www.urban.org/sites/default/files/publication/99739/principles_of_evidence-based_policymaking.pdf>. [Consulta: 26/08/2020.]

25. En relación con el Derecho penal, se ha afirmado que «[...] la revolución basada-en-la-evidencia en medicina proporciona un modelo sobre cómo una profesión apegada a la tradición puede cambiar su enfoque para complementar y apoyar el tradicional ámbito de juicio discrecional con investigación científica sólida» (Garret, 2018: 1496).

26. El movimiento cuenta con notables apoyos, entre los que cabe destacar el que le prestó el Gobierno laborista británico de Tony Blair, que en la década de los noventa incorporó explícitamente en su programa el enfoque de las políticas basadas en la evidencia con el propósito declarado de «[...] eliminar concepciones ideológicas y partidistas del proceso de toma de decisiones políticas, asentando dichas decisiones en la evidencia basada en la investigación científica [...] sobre lo que funciona y sobre cómo se podrían producir mejores resultados» (Benito Sánchez, 2020: 28). En la actualidad, existen numerosas agencias gubernamentales y no gubernamentales que persiguen incrementar el uso de evidencia científica en el diseño de las políticas públicas. Cfr. Parkhurst (2016: 16).

27. Puede verse un resumen de los orígenes de la EBM y una referencia a sus antecedentes en Berguer y Berguer (2003); y Junquera *et al.* (2003).

28. Como afirman Berguer y Berguer (2003: 277), «[...] un clínico que siga únicamente las diez mejores publicaciones de Medicina Interna, [tendría] que leer una media mensual de 200 artículos y 10 editoriales para considerarse científicamente “al día”».

29. Existen múltiples escalas de niveles de evidencia elaboradas por diversas instituciones nacionales e internacionales; puede verse una sistematización de varias de ellas en Manterola, Asenjo-Lobos y Otzen (2014). Junquera *et al.* (2003: 269) ofrecen un esquema mucho más sencillo.

30. «En general los investigadores que participan en un [ensayo clínico randomizado] no tienen control sobre su diseño o sobre el análisis de los datos en los que se basan las conclusiones. La industria farmacéutica generalmente controla la metodología, el análisis de datos y las conclusiones finales, ignorando, a veces resultados desfavorables» (Berguer y Berguer, 2003: 277).

31. Heneghan *et al.* (2017: 1). En similar sentido se pronuncian Junquera *et al.* (2003: 269), que afirman que «la mayoría» de los trabajos que se publican en medicina no realiza aportaciones significativas al conocimiento, o Berguer y Berguer (2003: 277), que subrayan que, según los defensores de la medicina basada en la evidencia, apenas el 3 % de los trabajos que se publican están elaborados con rigor metodológico.

32. Cfr. sobre todas estas críticas, y desde distintas perspectivas, Ioannidis (2016); Fava (2017), Berguer y Berguer (2003); Horwitz y Singer (2017); Knottnerus y Tugwell (2017); Guyatt (2017); Heneghan *et al.* (2017); y Greenhalgh, Howick y Maskrey (2014). Sobre este último aspecto, Ioannidis afirma que en algunos contextos estamos ya cerca, e incluso hemos sobrepasado, el punto a partir del cual la medicina está contribuyendo a disminuir, en lugar de a aumentar, el bienestar en nuestra sociedad (2016: 85).

33. Ioannidis se muestra escéptico sobre la posibilidad de poder «tirar por la borda» a los piratas que han secuestrado la medicina basada en la evidencia (2016: 86; y 2017: 13). Quizá una muestra de lo complicado que puede resultar corregir el rumbo es el Manifiesto publicado en 2017 por los directores del Centre for Evidence Based Medicine de la Universidad de Oxford y los editores del *British Medical Journal*, texto que, si bien detalla de manera muy concreta y exhaustiva todos los problemas que aquejan a la medicina basada en la evidencia, resulta mucho más vago e inconcreto en el listado de soluciones que propone (Heneghan *et al.*, 2017: 2, donde comparan las tablas Box 1 y Box 2).

34. En la propia determinación de cuáles son los hechos, qué debe considerarse «evidencia» y qué no, influye el poder y la influencia relativas que en cada país, cultura, y momento histórico tienen diversas tradiciones epistemológicas (Strassheim y Kettunen, 2014: 260).

35. Por recordar solo algunos ejemplos conocidos: la Organización Mundial de la Salud consideró la homosexualidad como un trastorno mental hasta 1990; el DSM 5 ha incorporado, si bien (todavía) no como trastornos acreditados, sino dentro de una Sección titulada «Alteraciones que necesitan más estudio», el trastorno de duelo complejo persistente o el trastorno por consumo de cafeína. También hay ejemplos fuera del campo de las enfermedades mentales: la menopausia se considera en la actualidad, si bien no directamente una enfermedad, sí una situación que requiere la administración de medicamentos.

36. Hammersley (2005: 94 ss.). Sobre la simplificación asociada a los análisis del tipo «what works» y los peligros que entraña, cfr., en detalle, Parkhurst (2016: 18 ss.).

37. Greenhalgh y Russel (2009: 307); y Hammersley (2005: 89 ss.). Como afirma Klein, en el caso de las ciencias sociales, la investigación tiende a plantear tantas nuevas preguntas como cuestiones resuelve (2000: 65).

38. Un ejemplo en el ámbito de la política criminal es el Crime Reduction Program puesto en marcha por el gobierno laborista británico en el año 1999, que pretendía obtener evidencia científica sólida sobre las estrategias «que funcionan» en el control de la delincuencia y las que no, y trasladar ese conocimiento posteriormente al diseño de las políticas criminales. Sin embargo, este programa fracasó lamentablemente poco tiempo después y fue cancelado sin haber logrado casi ninguno de sus objetivos. Sobre las características de este programa y las dificultades que enfrentó, cfr. Maguire (2004); Hope (2004) y Hough (2004).

39. Estas limitaciones epistemológicas del enfoque «basado en la evidencia» cuando se aplica a los fenómenos sociales no son problemas episódicos que pueden aparecer en una investigación concreta, sino dificultades de principio. La evidencia empírica que proporcionan las investigaciones cuantitativas hechas según la jerarquía establecida en medicina no es sin más evidencia válida desde el punto de vista científico para las ciencias sociales en general, y para la política criminal en particular. Surge la duda de si al aplicar la metodología propia de una ciencia a un campo de conocimiento esencialmente distinto es verdaderamente «ciencia» lo que se hace y «evidencia» lo que se obtiene, o si, por el contrario, se estaría fabricando una «pseudociencia»

40. También, desde luego, en el conocimiento acumulado sobre programas de rehabilitación «que funcionan». No obstante, y como ya hemos advertido *supra*, la premisa central del EBS es que hay que ajustar la sentencia al nivel de riesgo de cada sujeto no solo para aplicar programas de rehabilitación, sino también de pura neutralización cuando estos últimos sean más efectivos. Tanto en un caso como en el otro, la condición necesaria es que sea posible estimar el riesgo con un grado suficiente de acierto: si esto no fuera viable, carecería de cualquier lógica diseñar las sanciones en atención a la prevención especial.

41. Sobre las diferentes técnicas de estimación de riesgo y sus características, cfr., por todos, Loinaz (2017).

42. Cfr., por todos, Ægisdóttir *et al.* (2006).

43. Fazel *et al.* (2016: 539 y 540): 20 % en la predicción de reincidencia violenta en un periodo de un año; 37 % si el periodo se extiende a dos años. En sentido similar Fazel *et al.* (2019: 4): 17 % para la reincidencia violenta a un año; 20 % a dos.

44. Si en lugar de la comisión de nuevos delitos violentos lo que se estima es el riesgo de comisión de cualquier tipo de delito, los valores predictivos positivos son más elevados: 52 % de media en el metaanálisis de Fazel *et al.* (2012: 10); entre el 40 y el 60 % en el estudio de Fazel *et al.* (2019: 4) (dependiendo de las características de la muestra y de en qué nivel de riesgo se sitúe el umbral de discriminación); o incluso 75 % en el estudio de Fazel *et al.* (2016: 540). El problema es que este valor es mucho menos relevante desde el punto de vista de la justicia penal, pues resulta muy discutible que la probabilidad de comisión de delitos no violentos y de escasa gravedad justifique (ni desde la racionalidad puramente económica ni desde la valorativa) regímenes diferentes de dureza de las penas y de intensidad de la supervisión.

45. Y aun esto es una simplificación muy notable del problema, pues no es en modo alguno indiferente —desde la óptica del sistema de justicia penal— que se cometa un nuevo delito de hurto o un asesinato, que se cometa solo un nuevo delito o muchos, que esa reincidencia se observe a los pocos meses de haber salido de prisión o muchos años después, etc. Si las valoraciones estructuradas de riesgo de violencia no pueden ofrecer al juez información diferenciada sobre estos extremos, es dudoso que puedan considerarse adecuadas al fin que se supone que deben servir (Slobogin, 2019).

46. ROC para Receiver Operating Characteristics.

47. Sobre el significado y la información que proporciona el área bajo la curva ROC cfr., con mayor detalle, Mossman (1994); y Martínez Garay y Montes Suay (2018).

48. Zedner expresa con gran claridad el núcleo del problema: está muy bien saber las probabilidades medias de reincidencia de diversos grupos de delincuentes y que el hecho de estar clasificado en un nivel de riesgo más elevado se corresponde realmente con una probabilidad incrementada de reincidir. Pero eso no elimina el problema de que muchas decisiones siguen siendo dicotómicas, por lo que, si se quiere utilizar la estimación de riesgo como criterio de decisión, habrá que fijar un umbral de discriminación y un 30 % o un 40 % de probabilidad de reincidencia puede seguir siendo insuficiente para justificar

según qué decisiones por los altos número de falsos positivos que se siguen produciendo (Zedner, 2019: 232 ss.). Para un ejemplo de cómo el área bajo la curva puede «enmascarar» tasas de error muy notables en las estimaciones de riesgo en función del punto de corte que se elija y de la prevalencia del fenómeno, cfr. Hester (2019: 220-226), relatando el caso real del diseño de una herramienta de valoración del riesgo en Pennsylvania.

49. Y, sin embargo, es fácil que el juez, que no es experto en estadística, malinterprete en alguno de estos dos sentidos la información que se le está proporcionando. Con ello, se sientan las bases para un preocupante malentendido.

50. Sobre algunos de los distintos indicadores existentes y su significado, cfr. Loinaz (2017).

51. Por ejemplo, se ha señalado que en este campo muchos conflictos de interés no son reconocidos (muchas herramientas son diseñadas y comercializadas por compañías privadas, para las que trabajan los investigadores que publican los resultados sobre su capacidad predictiva) y que hay también indicios de sesgos de publicación y de autoría (Douglas *et al.*, 2017: 135; y Fazel 2019: 202). Por otro lado, la complejidad de los indicadores estadísticos es tan elevada que los propios investigadores en ocasiones los utilizan de manera incorrecta (Singh, Desmarais y Van Dorn, 2013).

52. Un juicio todavía más severo puede encontrarse en Fazel, autor que, tras enumerar una serie de criterios de validez científica a los que deberían ajustarse las herramientas de valoración de riesgo de reincidencia o de violencia, afirma que muy pocas de las actualmente existentes cumplen más de uno o dos de ellos, y concluye que «[...] the most commonly used tools in criminal justice are not fit for purpose for prediction purposes» (Fazel, 2019: 207).

53. Cfr., por ejemplo, Yang, Wong y Coid (2010: 761), que afirman que, debido a sus moderados niveles de eficacia predictiva, los instrumentos de valoración del riesgo no deberían utilizarse como el único ni como el principal medio para tomar decisiones clínicas o judiciales que dependen de un alto nivel de exactitud predictiva, como la «preventive detention». Cfr., también, Fazel (2019:199 y 201).

54. Porque la rapidez con la que avanza la tecnología puede cambiar drásticamente el panorama en cualquier momento.

55. Es la idea que se suele expresar con la frase «garbage in, garbage out», es decir, «si metes basura, saldrá basura».

56. La distorsión que las conformidades pueden introducir en el sistema no es en absoluto menor: según un informe publicado en 2018 por la National Association of Criminal Defense Lawyers, el 97 % de los procesos en los EE. UU. terminan con una conformidad. Este porcentaje tan elevado se explica porque si el acusado rechaza la propuesta de pacto del fiscal y va a juicio, se enfrentará a una petición de condena muchísimo mayor, riesgo que muchos no se atreven a asumir (el texto del informe, titulado «The Trial Penalty: The Sixth Amendment Right to Trial on the Verge of Extinction and How to Save It» está disponible en: <<https://www.nacdl.org/Document/TrialPenaltySixthAmendmentRighttoTrialNearExtinct>>. [Consulta: 20/11/2020.]

57. Mentira que puede consistir tanto en no desvelar delitos realmente cometidos que no han llegado a conocimiento de las autoridades como en seguir declarándose culpable de aquellos por los que ha sido condenado, aunque no los haya cometido. Esto último no cabe descartarlo, dado que no aceptar la culpabilidad suele ser interpretado por el personal penitenciario y por los encargados del tratamiento como un signo de mal pronóstico, y ser un argumento para denegar permisos o progresiones de grado. El penado puede entender por ello que le conviene más no discutir una condena injusta a cambio de poder obtener antes la libertad.

58. Que no son, ni mucho menos, los únicos problemas. Enumerarlos todos excede con mucho el objeto de este trabajo, por lo que apuntaré solo algunas de las preguntas que ya están sobre la mesa en relación con las valoraciones de riesgo, y que se plantearán incluso con mayor urgencia según aumente el grado de automatización de las decisiones en este ámbito. ¿Pueden utilizarse en el proceso penal algoritmos a cuya fórmula no tiene acceso la defensa del acusado porque son propiedad de empresas privadas y están protegidos como secretos de empresa, como ocurrió en el caso *Loomis* (Martínez Garay, 2018)? ¿Dónde queda en estos casos la supuesta mayor transparencia, que se presenta como una de las ventajas de las valoraciones estructuradas de riesgo frente a los viejos juicios clínicos de peligrosidad? ¿Qué ocurre si las prácticas policiales y judiciales incluyen sesgos sistémicos, raciales o socioeconómicos (Starr, 2014; y Harcourt, 2015), que los algoritmos no hacen sino reproducir y perpetuar, pero ocultándolos tras la supuesta objetividad de las matemáticas? ¿Puede estar en estos casos la valoración de riesgo retroalimentándose en un círculo vicioso y creando ella misma las condiciones para que las estimaciones de riesgo se conviertan en realidad (Harcourt, 2007)? Sobre este complejo panorama, que va mucho más allá del objeto de este trabajo, cfr. Miró Llinares (2018); y Martínez Garay (2019).

59. Por ejemplo, Casey, Elec y Warren (2017: 4). En esta línea, Ostrom y Kauder (2013) valoran positivamente la introducción de EBS en el Estado de Virginia (a la que más abajo nos referiremos con mayor detalle), ofreciendo datos sobre el nivel de seguimiento de las recomendaciones por parte de los jueces, el aumento de la carga de trabajo de los agentes de supervisión o el grado de satisfacción que expresan diversos actores del sistema.

60. Brandariz ha señalado que esta es una característica propia de los modelos gerenciales de gestión de la criminalidad: que tienden a prestar más atención «[...] a lo que las instancias del sistema penal hacen que a los efectos y beneficios sociales que producen» (2016: 122-123). De esta manera, se «[...] facilita la evaluación positiva del funcionamiento del sistema, en la medida en que los criterios tienden a acomodarse a las tareas que efectivamente pueden desarrollarse, y las agencias disfrutan de una evidente capacidad de control sobre los indicadores de rendimiento; la consecuencia de ello, como es obvio, es que se dificulta la crítica y el análisis externos» (Brandariz, 2016: 124).

61. Otro experimento de aplicación, no propiamente de EBS sino más bien de *evidence-based corrections* a gran escala, es la Justice Reinvestment Initiative, sobre la que, por razones de espacio, no podemos referirnos en este trabajo más extensamente. Cfr., al respecto, Klingele (2015: 562 ss.); Garret (2018: 1503 ss.); Austin *et al.* (2013: *passim*), así como Sabol y Baumann (2020: *passim*).

62. Cfr. Ostrom y Kauder (2013: 161): «Viable strategies are needed that allow states to reserve scarce and expensive prison beds for the most dangerous offenders and use less costly punishment options for less serious offenders—all while maintaining public safety».

63. La primera tiene como argumento en contra el de que las valoraciones de riesgo que se proporcionan a los jueces no contienen valores absolutos (*v. gr.* «50 % de probabilidad de reincidir»), sino solo relativos, por lo que es difícil que los jueces puedan hacerse una idea de si el riesgo es mayor o menor del que, en ausencia de la valoración, ellos habrían pensado que hay (Stevenson y Doleac, 2019: 19).

64. El estudio solo analiza la evolución de las tasas de reincidencia en el grupo de delincuentes de bajo riesgo; en el de delincuentes sexuales no, por falta de datos disponibles, ya que es un grupo reducido y con condenas muy largas que aún se estaban ejecutando en el momento de realizarse el análisis.

65. Cfr. National Center for State Courts, *NCSC Fact Sheet. Evidence-Based Sentencing* (2014): «EBS does not replace judicial discretion. EBS provides additional information for the judge to consider in crafting an offender's sentence. Judges are free to use the information as they deem best in light of all the facts of the case and the parties' presentations in court to address all the purposes of sentencing».

Disponible en: <https://www.ncsc.org/_data/assets/pdf_file/0018/25290/ebf-sheet-8-27-14.pdf>. [Consulta: 25/09/2020.]

66. A mi juicio, Slobogin alcanza una conclusión similar a esta (2018: 587 y 593), si bien insiste en la defensa de lo que él denomina *risk-based sentencing* fundamentalmente porque considera que la alternativa (el enfoque retributivo o *desert-based sentencing*) plantea problemas de igual o mayor magnitud (Slobogin, 2019: 116 ss.).

67. Monahan y Skeem (2014: 161); y Monahan y Skeem (2016: 498, 506).

68. Cfr. Stevenson y Slobogin (2018:694): en la herramienta COMPAS, ampliamente utilizada por diversas jurisdicciones en EE. UU., la edad explica el 48 % de la variación en las puntuaciones de riesgo. Los autores advierten de que, debido a que el algoritmo con el que funciona COMPAS está protegido como secreto comercial de la empresa propietaria, no han podido acceder al detalle de su funcionamiento, y que, por ello, los cálculos son aproximados (*Ibid.*: 690 ss. y 695 ss.). La relación entre el peso de la edad y el de los antecedentes criminales en distintas herramientas de valoración del riesgo puede verse en la tabla contenida en ese mismo trabajo (*Ibid.*: 699).

69. Cfr. Tonry (2013b: 182), con ulteriores referencias.

70. No deja de ser llamativo, por otra parte, que tanto este problema del diseño retrospectivo como otras debilidades metodológicas de los estudios que defienden las políticas de incapacitación selectiva han sido puestos de manifiesto reiteradamente por la doctrina penal y criminológica, desde hace más de 30 años —cfr., tan solo, von Hirsch (1985: 105-127); y Auerhahn (1999: *passim*), ambos con ulteriores referencias bibliográficas), y que, a pesar de ello, sigan publicándose trabajos que defienden una política criminal parecida sin preocuparse por aportar evidencia de que dichos problemas estén superados. Tonry utiliza la expresión «vino viejo en viejos odres» en el título de uno de sus últimos trabajos publicados sobre la materia (Tonry, 2019). Como afirma Auerhahn: «Given that we have every reason to believe a small subset of criminal offenders contribute disproportionately to the total volume of crime in a society, a strategy that promises to locate and incapacitate this group is almost irresistible in its elegance. The seductive simplicity of selective incapacitation leads otherwise conscientious researchers to conclude that it works, despite the total lack of evidence to support such a conclusion. It is such a marvelous idea; it simply has to work! The problem is, unfortunately, that it doesn't» (1999: 727).

71. Algo muy parecido cabría decir de otro tipo de factores como algunas enfermedades mentales. Monahan y Skeem (2016: 504) ponen el ejemplo de los traumas de los veteranos de guerra.

72. Un claro ejemplo de ello es, precisamente, lo que ocurrió con el famoso trabajo de Martinson (1974). La enorme trascendencia que tuvo se debió a que apareció en un momento en que la opinión pública y los actores políticos habían dejado (por diversas razones) de creer en la rehabilitación: el clima ya era propicio para abandonar ese ideal, y el trabajo de Martinson vino a poner el último clavo en el ataúd de la rehabilitación (Cullen, 2013: 329) al añadir el argumento de la falta de evidencia científica. El hecho de que poco después se publicaran trabajos igualmente rigurosos en sentido contrario (algunos revisaron los mismos estudios que Martinson había analizado), demostrando que muchos programas de tratamiento sí reducían la reincidencia e incluso provocando que el propio Martinson corrigiera su conclusión, ya no consiguió ninguna resonancia en un ambiente que se había vuelto decididamente hostil (Pratt, Gau y Franklin, 2011: 85).

73. Si, con respecto al EBS, algunos comparten el objetivo de ofrecer sanciones alternativas a la prisión para un número mayor de personas, desde el otro extremo del espectro ideológico lo que se defiende es el objetivo de mantener a los delincuentes más peligrosos encerrados durante más tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDREWS, Don Arthur y James BONTA (2010): «Rehabilitating criminal justice policy and practice», *Psychology, Public Policy, and Law*, 16(1), 39-55.
- AUERHAHN, Kathleen (1999): «Selective incapacitation and the problem of prediction», *Criminology*, 37(4), 703-734.
- AUSTIN, James, Eric CADORA, Todd R. CLEAR, Kara DANSKY, Judith GREENE, Vanita GUPTA, Marc MAUER, Nicole PORTER, Susan TUCKER y Malcolm C. YOUNG (2013): «Ending Mass Incarceration Charting a New Justice Reinvestment» [en línea] <<https://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2015/12/Ending-Mass-Incarceration-Charting-a-New-Justice-Reinvestment.pdf>>. [Consulta: 27/09/2020.]
- ÆGISDÓTTIR, Stefania *et al.* (2006): «The Meta-Analysis of Clinical Judgment Project: Fifty-Six Years of Accumulated Research on Clinical Versus Statistical Prediction», *The Counseling Psychologist*, 34(3), 341-382.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa (2020): *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, Barcelona: Bosch.
- BERGER, Alberto y R. BERGUER (2003): «Medicina basada en evidencia (MBE). Contraste», *Revista Española de Cirugía Oral y Maxilofacial*, 25, 273-279.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (2016): *El modelo gerencial-actuarial de penalidad: Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid: Dykinson.
- CASEY, Pamela, Jennifer ELEK y Roger WARREN (2011): *Using Offender Risk and Needs Assessment Information at Sentencing. Guidance for Courts from a National Working Group*, National Center for State Courts [en línea] <https://www.ncsc.org/_data/assets/pdf_file/0019/25174/rna-guide-final.pdf>. [Consulta: 25/09/2020.]
- (2017): «Use of risk and needs assessment information in state sentencing proceedings» [en línea] <<https://www.ncsc.org/csi/evidence-based-sentencing/overview>>. [Consulta: 25/08/2020.]
- CULLEN, Francis T. (2013): «Rehabilitation: Beyond Nothing Works», *Crime and Justice*, 42(1), 299-376.
- DOUGLAS, Thomas, Jonathan PUGH, Illina SINGH, Julián SAVULESCU y Seena FAZEL (2017): «Risk assessment tools in criminal justice and forensic psychiatry: The need for better data», *European Psychiatry* 42, 134-137.
- FAVA, Giovanni A. (2017): «Evidence-based medicine was bound to fail: a report to Alvan Feinstein», *Journal of Clinical Epidemiology*, 84, 3-7.
- FAZEL, Seena (2019): «The scientific validity of current approaches to violence and criminal risk assessments», en J. de Keijser, J. Roberts y J. Ryberg (eds.), *Predictive sentencing. Normative and empirical perspectives*, Oxford: Hart Publishing, 197-211.
- FAZEL, Seena, Achim WOLF, María D. L. A. VAZQUEZ-MONTES y Thomas R. FANSHAW (2019): «Prediction of violent reoffending in prisoners and individuals on probation: a Dutch validation study (OxRec)», *Scientific Reports* 9, 841, DOI: <https://doi.org/10.1038/s41598-018-37539-x>.
- FAZEL, Seena, Zheng CHANG, Thomas FANSHAW, Niklas LÅNGSTRÖM, Paul LICHTENSTEIN, Henrik LARSSON y Susan MALLETT (2016): «Prediction of violent reoffending on release from prison: derivation and external validation of a scalable tool», *Lancet Psychiatry*, 3, 535-543.
- FAZEL, Seena, Jay P. SINGH, Helen DOLL y Martín GRANN (2012): «Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behaviour in 73 samples involving 24827 people: systematic review and meta-analysis», *British Medical Journal*, 345: e4692.
- GARRETT, Brandon L. (2018): «Evidence-Informed Criminal Justice», *George Washington Law Review*, 86(101), 1490-1524.
- GREENHALGH, Trisha, Jeremy HOWICK y Neal MASKREY (2014): «Evidence based medicine: a movement in crisis?», *British Medical Journal* 2014; 348: g3725, DOI: 10.1136/bmj.g3725.

- GREENHALGH, Trisha y Jill RUSSELL (2009): «Evidence-Based Policymaking: a critique», *Perspectives in Biology and Medicine*, 52(2), 304-318.
- GUYATT, Gordon (2017): «EBM has not only called out the problems but offered solutions», *Journal of Clinical Epidemiology*, 84, 8-10.
- HAGGERTY, Kevin D. (2004): «Displaced expertise: Three constraints on the policy relevance of criminological thought», *Theoretical Criminology*, 8(2), 211-231.
- HANNAH-MOFATT, Kelly (2013): «Actuarial Sentencing: An ‘Unsettled’ Proposition», *Justice Quarterly*, 30 (2), 270-296.
- HANSON, R. Karl (2017): «Assessing the Calibration of Actuarial Risk Scales. A Primer on the E/O Index», *Criminal Justice and Behavior*, 44(1), 26-39. DOI: 10.1177/0093854816683956.
- HAMMERSLEY, Martyn (2005): «Is the evidence-based practice movement doing more good than harm? Reflections on Iain Chalmers’ case for research-based policy making and practice», *Evidence & Policy*, 1(1), 85-100.
- HARCOURT, Bernard E. (2007): *Against prediction: profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, Chicago: University of Chicago Press.
- (2015): «Risk as a Proxy for Race: The Dangers of Risk Assessment», *Federal Sentencing Reporter*, 27(4), 237-243.
- HENEGHAN, Carl, Kamal R MAHTANI, Ben GOLDACRE, Fiona GODLEE, Helen MACDONALD y Duncan JARVIES (2017): «Evidence based medicine manifesto for better healthcare. A response to systematic bias, wastage, error, and fraud in research underpinning patient care», *British Medical Journal*, 357: j297, DOI: 10.1136/bmj.j2973.
- HESTER, Rhys (2019): «Risk assessment at sentencing. The Pennsylvania experience», en J. de Keijser, J. Roberts y J. Ryberg (eds.), *Predictive sentencing. Normative and empirical perspectives*, Oxford: Hart Publishing, 213-237.
- HOPE, Tim (2004), «Pretend it works. Evidence and governance in the evaluation of the Reducing Burglary Initiative», *Criminal Justice*, 4(3), 287-308.
- HORWITZ, Ralph I. y Burton H. SINGER (2017): «Why evidence-based medicine failed in patient care and medicine-based evidence will succeed», *Journal of Clinical Epidemiology*, 84, 14-17.
- HOUGH, Mike (2004): «Modernization, scientific rationalism and the Crime Reduction Programme», *Criminal Justice*, 4(3), 239-253.
- IOANNIDIS, John P.A. (2016): «Evidence-based medicine has been hijacked: a report to David Sackett», *Journal of Clinical Epidemiology* 73 (2016), 82-86.
- (2017): «Hijacked evidence-based medicine: stay the course and throw the pirates overboard», *Journal of Clinical Epidemiology* 84, 11-13.
- JUNQUERA, Luis Manuel, J. BALADRÓN, José María ALBERTOS y Sonsoles OLAY (2003): «Medicina basada en la evidencia (MBE). Ventajas» *Revista Española de Cirugía Oral y Maxilofacial*, 25, 265-272.
- KLEIN, Rudolf (2000): «From evidence-based medicine to evidence-based policy?», *Journal of Health Services Research and Policy*, 5(2), 65-66.
- KLINGELE, Cecelia (2015): «The Promises and Perils of Evidence-Based Corrections», *Notre Dame Law Review*, 91 (2), 537-584.
- KNOTTNERUS, J. André y Peter TUGWELL (2017): «Evidence-based medicine: achievements and prospects», *Journal of Clinical Epidemiology*, 84, 1-2.
- LOINAZ, Ismael (2017): *Manual de evaluación del riesgo de violencia. Metodología y ámbitos de aplicación*, Madrid: Pirámide.
- LÓPEZ-OSSORIO Juan José, José Luis GONZÁLEZ-ÁLVAREZ y Antonio Andrés PUEYO (2016): «Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género», *Psychosocial Intervention*, 25, 1-7.
- MAGUIRE, Mike (2004): «The Crime Reduction Programme in England and Wales: Reflections on the vision and the reality», *Criminal Justice*, 4(3), 213-237.

- MANTEROLA Carlos, Claudia ASENJO-LOBOS y Tamara OTZEN (2014): «Jerarquización de la evidencia. Niveles de evidencia y grados de recomendación de uso actual», *Revista Chilena de Infectología*, 31(6), 705-718.
- MARCUS, Michael H. (2006): «Smart Sentencing: Public Safety, Public Trust and Confidence Through Evidence-Based Dispositions», National Center for State Courts, 2006 [en línea] <<https://ncsc.contentdm.oclc.org/digital/collection/criminal/id/161/>>. [Consulta: 23/08/2020.]
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía (2018): «Peligrosidad, algoritmos y *due process*: El caso *State vs. Loomis*», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 20, 485-502.
- (2019): «La relación entre culpabilidad y peligrosidad», en M. Maraver y L. Pozuelo (coords.), *La culpabilidad*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdF, 115-199.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía y Francisco MONTES SUAY (2018): «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 2, 1-47.
- MARTINSON, Robert (1974): «What works? Questions and answers about prison reform», *The Public Interest*, 35, 22-54.
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2017): «La función de la pena ante “el paso empírico” del Derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, 27.
- (2018): «Inteligencia artificial y Justicia Penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 20, 87-130.
- MONAHAN, John (1981): *Predicting violent behaviour. An assessment of clinical techniques*, London: Sage Publications.
- MONAHAN, John y Jennifer L. SKEEM (2014): «Risk Redux: The Resurgence of Risk Assessment in Criminal Sanctioning», *Federal Sentencing Reporter*, 26(3), 158-166.
- (2016): «Risk Assessment in Criminal Sentencing», *Annual Review of Clinical Psychology*, 12, 489-513.
- MOSSMAN, Douglas (1994): «Assessing predictions of violence: Being accurate about accuracy», *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 62(4), 783-792.
- (2006): «Critique of pure risk assessment o Kant meets Tarasoff», *University of Cincinnati Law Review*, 75, 523-609.
- National Conference of State Legislatures (2011): *Principles of Effective State Sentencing and Corrections Policy. A Report of the NCSL Sentencing and Corrections Work Group* [en línea] <<https://www.ncsl.org/documents/cj/pew/WGprinciplesreport.pdf>>. [Consulta: 23/08/2020.]
- National Research Council (2014): *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, Washington, DC: The National Academies Press [en línea] <<https://doi.org/10.17226/18613>>.
- OSTROM, Brian J. y Neal B. KAUDER (2013): «The Evolution of Offender Risk Assessment in Virginia», *Federal Sentencing Reporter*, 25(3), 161-167.
- PARKHURST, Justin (2016): *The Politics of Evidence. From evidence-based policy to the good governance of evidence*, London: Routledge [en línea] <<https://www.taylorfrancis.com/books/9781315675008>>. [Consulta: 02/11/2020.]
- PRATT, Travis C., Jacinta M. GAU y Travis W. FRANKLIN (2011): *Key Ideas in Criminology and Criminal Justice*, Thousand Oaks: Sage.
- RICHARDSON, W. Scott (2017): «The practice of evidence-based medicine involves the care of whole persons», *Journal of Clinical Epidemiology*, 84, 18-21.
- ROSSEGGER, Astrid, Jérôme ENDRASS, Juliane GERTH y Jay P. SINGH (2014): «Replicating the Violence Risk Appraisal Guide: A Total Forensic Cohort Study», *PLoS ONE* 9 (3): e91845. DOI:10.1371/journal.pone.0091845.
- ROSSEGGER, Astrid, Juliane GERTH, Katharina SEEWALD, Frank URBANIÖK/Jay P. SINGH y Jérôme ENDRASS (2013). «Current obstacles in replicating risk assessment findings: a systematic review of commonly used actuarial instruments», *Behavioural Sciences and the Law*, 31, 154-164.

- SABOL, William J. y Miranda L. BAUMANN (2020): «Justice Reinvestment: Vision and Practice», *Annual Review of Criminology*, 3, 317-339.
- SACKETT, David L., William M. ROSENBERG, J. A. GRAY, R. Brian HAYNES y W. Scott RICHARDSON (1996): «Evidence based medicine: what it is and what it isn't», *British Medical Journal*, 1996, January, 13; 312 (7023), 71-72. DOI: 10.1136/bmj.312.7023.71.
- SALTELLI, Andrea y Mario GIAMPIETRO (2017): «What is wrong with evidence based policy, and how can it be improved?», *Futures*, 91, 62-71.
- SHEPHERD, Stephan M. y Danny SULLIVAN (2017): «Covert and Implicit Influences on the Interpretation of Violence Risk Instruments», *Psychiatry, Psychology and Law*, 24(2), 292-301.
- SÁNCHEZ VILANOVA, María (2017): «Responsabilidad de los delincuentes juveniles a la luz de la neurociencia», *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, 47, 199-218.
- SINGH, Jay P. (2013): «Predictive validity performance indicators in violence risk assessment: a methodological primer», *Behavioural Sciences and the Law*, 31, 8-22.
- SINGH, Jay P., Seena FAZEL, Ralitz GUEORGUIEVA y Alec BUCHANAN (2014): «Rates of violence in patients classified as high risk by structured risk assessment instruments», *British Journal of Psychiatry*, 204(3), 180-187. DOI: 10.1192/bjp.bp.113.131938.
- SINGH, Jay P., Sarah L. DESMARAIS y Richard A. VAN DORN (2013): «Measurement of Predictive Validity in Violence Risk Assessment Studies: A Second-Order. Systematic Review», *Behavioral Sciences and the Law*, 31, 55-73.
- SLOBOGIN, Christopher (2018): «Principles of Risk Assessment: Sentencing and Policing», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 15, *Vanderbilt Law Research Paper* núm. 18-09.
- (2019): «A Defense of Modern Risk-Based Sentencing», en J. de Keijser, J. Roberts y J. Ryberg (eds.), *Predictive sentencing. Normative and empirical perspectives*, Oxford: Hart Publishing, 107-125.
- STARR, Sonja B. (2014): «Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination», *Stanford Law Review* 66(4), 803-872.
- STEVENSON, Megan T. y Jennifer L. DOLEAC (2019): *Algorithmic Risk Assessment in the Hands of Humans*, IZA-Institute of Labor Economics Discussion Paper Series núm. 12853 [en línea] <<https://www.iza.org/publications/dp/12853/algorithmic-risk-assessment-in-the-hands-of-humans>>. [Consulta: 26/09/2020.]
- STEVENSON, Megan T. y Christopher SLOBOGIN (2018): «Algorithmic Risk Assessments and the Double-Edged Sword of Youth», *Washington University Law Review*, 96(3), 681-706.
- STRASSHEIM, Holger y Pekka KETTUNEN (2014): «When does evidence-based policy turn into policy-based evidence? Configurations, contexts and mechanisms», *Evidence & Policy*, 10(2), 259-277.
- SZMUKLER, George, Brian EVERITT y Morven LEESE (2012): «Risk assessment and receiver operating characteristic curves», *Psychological Medicine*, 42, 895-898.
- TONRY, Michael (2019): «Sentencing and Prediction. Old wine in old bottles», en J. de Keijser, J. Roberts y J. Ryberg (eds.), *Predictive sentencing. Normative and empirical perspectives*, Oxford: Hart Publishing, 269-298.
- TONRY, Michael (2010): «Public Criminology and Evidence-Based Policy», *Criminology and Public Policy*, 9(4), November, 783-798.
- (2013a): «Evidence, Ideology, and Politics in the Making of American Criminal Justice Policy», *Crime and Justice: A Review of Research*, 42(1), 1-18.
- (2013b): «Sentencing in America, 1975-2025», *Crime and Justice: A Review of Research*, 42(1), 141-198.
- VELÁSQUEZ VALENZUELA, Javier (2014): «El origen del paradigma de riesgo», *Política Criminal*, 9 (17), julio, 58-117.
- VILJOEN, Jodi L., Dana M. COCHRANE y Melissa R. JONNISON (2018): «Do Risk Assessment Tools Help Manage and Reduce Risk of Violence and Reoffending? A Systematic Review», *Law and Human Behavior*, 42(3), 181-214.

- VON HIRSCH, Andrew (1985): *Past or future crimes. Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals*, New Jersey: Rutgers University Press.
- WARREN, Roger K. (2010): «Evidence-Based Sentencing: Are We Up to the Task?», *Federal Sentencing Reporter*, 23(2), 153-158.
- YANG, Min, Stephen C. P. WONG y Jeremy COID (2010): «The Efficacy of Violence Prediction: A Meta-Analytic Comparison of Nine Risk Assessment Tools», *Psychological Bulletin*, 136(5), 740-767.
- ZEDNER, Lucia (2019): «Erring on the side of safety: risk assessment, expert knowledge and the criminal court», en G. R. Sullivan y I. Dennis (eds.), *Seeking Security. Pre-empting the commission of criminal harms*, Oxford: Hart Publishing, 217-241.

Fecha de recepción: 5 de octubre de 2010.

Fecha de aceptación: 2 de diciembre de 2020.

TEMAS DE HOY

La pandemia por COVID-19 como detonante de una crisis alimentaria, con una breve referencia a los mecanismos internacionales de análisis, orientación y solución de crisis alimentarias.

Emilio Vieira

Del pasado al presente de las fundaciones. reflexión sobre las actividades empresariales y la COVID-19

Alejandro Rosillo Fairén

María Núñez Carrasco

LA PANDEMIA POR COVID-19 COMO DETONANTE DE UNA CRISIS ALIMENTARIA,
CON UNA BREVE REFERENCIA A LOS MECANISMOS INTERNACIONALES
DE ANÁLISIS, ORIENTACIÓN Y SOLUCIÓN DE CRISIS ALIMENTARIAS

*THE COVID-19 PANDEMIC AS A DETONATOR OF A FOOD CRISIS,
WITH A SHORT REFERENCE ABOUT INTERNATIONAL MECHANISMS
FOR FOOD CRISIS ANALYSIS, GUIDANCE AND SOLUTION*

Emilio Vieira

Abogado

Profesor asociado de Derecho civil

Universidad Loyola Andalucía

RESUMEN

Una crisis sanitaria global como la generada por la COVID-19 puede ser el detonante de alteraciones en los mercados alimentarios mundiales que provoquen, nuevamente, alzas en los precios de los alimentos básicos. Estas subidas afectan especialmente a las poblaciones más vulnerables del planeta cuya capacidad económica es insuficiente para afrontar tal subida de precios. Teniendo en cuenta que la seguridad alimentaria constituye un verdadero derecho humano, es necesario analizar de qué instrumentos, especialmente globales, disponemos para analizar y alertar sobre las crisis de precios, los mecanismos de orientación y políticas para prever y afrontar esas crisis y los instrumentos que están disponibles para gestionar las crisis ya provocadas.

PALABRAS CLAVE

Crisis sanitaria, crisis alimentaria, vulnerabilidad, seguridad alimentaria, derechos humanos, instrumentos de prevención y solución de crisis alimentarias.

ABSTRACT

A global health crisis such as the current one caused by COVID-19 may be the trigger for changes in world food markets that, once again, cause increases in the prices of basic foodstuffs. These rises especially affect the most vulnerable populations on the planet, whose economic capacity lacks the means to deal with such a rise in prices. Taking into account that food security constitutes a true human right, it is necessary to analyze what instruments, especially global, we have to analyze and warn about price crises, about the orientation and policy mechanisms to anticipate and deal with these crises and what instruments are available to manage already caused crises.

KEY WORDS

Health crisis, food crisis, vulnerability, food safety, human rights, instruments for the prevention and solution of food crises.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.019

LA PANDEMIA POR COVID-19 COMO DETONANTE DE UNA CRISIS ALIMENTARIA, CON UNA BREVE REFERENCIA A LOS MECANISMOS INTERNACIONALES DE ANÁLISIS, ORIENTACIÓN Y SOLUCIÓN DE CRISIS ALIMENTARIAS

Emilio Vieira

Abogado

Profesor asociado de Derecho civil

Universidad Loyola Andalucía

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho a la seguridad alimentaria vs la idea de soberanía alimentaria. 3. El concepto equívoco de crisis alimentaria. Tipos de crisis alimentarias. 3.1. Crisis sanitaria. 3.2. Crisis de precios. 3.3. Crisis de desabastecimiento extremo. Hambrunas. 4. ¿Qué tipo de crisis alimentaria puede generar la pandemia por COVID-19? 5. Conclusiones. Bibliografía. Anexo: Instrumentos internacionales de previsión, gestión y solución de crisis alimentarias de precios y abastecimiento.

1. INTRODUCCIÓN

Negar la globalización es como negar que el sol sale por el este. Vivimos en una sociedad globalizada con una economía globalizada. El proceso de la globalización comenzó hace siglos y le quedan no menos que decenios para culminar, si es que alguna vez termina. Podremos estar a favor o en contra, pero no podemos negar que existe (Toribio, 2003: 2).

Hablando en términos sanitarios, también somos una sociedad globalizada, fenómeno que no es nuevo: los primeros casos de peste negra ocurrieron en el desierto de Gobi y en 1331-1334 llegó a China, de ahí pasó a la India, luego a Rusia y, a través de las rutas comerciales, llegó a los puertos mediterráneos de Europa en 1346 (López-Goñi, 2015). Tradicionalmente se pensó que las sucesivas oleadas de peste que azotaron Europa durante siglos se debieron a reservorios europeos de la enfermedad, pero recientemente se ha descubierto que respondieron a sucesivas oleadas de bacterias asiáticas (Schmid *et al.*, 2015: 3020).

Es también conocida la exportación a América de la gripe, la viruela, el sarampión o la fiebre amarilla por los europeos a partir del siglo XV (Hopkins, 1983), enfermedades previamente importadas de Asia o de África (Guerra Pérez-Carral, 1988: 43), y el modo en que estas patologías diezmaron a la población indígena. Se trataba de un resultado ni querido ni deseado de un proceso globalizador que estaba todavía en pañales pero que, no lo olvidemos, ya había nacido.

Con estos antecedentes, que una enfermedad aparecida en China, que salta, según parece, de murciélagos o pangolines a humanos por una ingesta de aquellos, y que acaba en Tomares, provincia de Sevilla, o en Sokoto (Nigeria), a miles de kilómetros de del origen de la infección original en solo dos meses, no es más que el resultado de ese proceso imparabable que se llama globalización.

El problema es que no solo la infección se convierte en pandemia a enorme velocidad dados los medios técnicos existentes hoy día (Fernández de la Hoz *et al.*, 2006: 426), sino que sus efectos sanitarios, sociales y económicos se convierten en globales también muy rápidamente.

Los más tempranos informes públicos de la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) datan de los primeros días del mes de febrero de 2020, es decir, cuando se pensaba que era un problema regional asiático, y ponían su acento en el peligro que para la alimentación de esas zonas suponía esta nueva pandemia, lo que nos revela la importancia que para la alimentación tiene un episodio como el que nos ocupa. Sin embargo, los informes posteriores pusieron el acento en la globalidad del problema y en el peligro de que la pandemia afectara a todos los elementos del sistema alimentario, desde el sector primario al industrial, al comercial y a los sistemas logísticos nacionales e internacionales, desde la demanda intermedia a la final (Schmidhuber *et al.*, 2020: 6).

En las páginas siguientes vamos a estudiar el concepto de crisis alimentaria, cuáles son los mecanismos existentes para evitar y paliar esas crisis, y si las actuales circunstancias pueden provocar, de una manera u otra, una crisis alimentaria mundial o local.

2. SEGURIDAD ALIMENTARIA, DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA Y SOBERANÍA ALIMENTARIA

Si consideramos que crisis es el cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados (DRAE, 2019), debemos analizar cuál debería ser la situación normal —o que debe considerarse normal— que sufre los cambios que nos preocupan.

La normalidad cuya alteración es objeto de nuestros desvelos debería ser la de una situación de seguridad alimentaria, concepto que, como el de crisis alimentaria, es también equívoco, como luego veremos.

La seguridad alimentaria se da cuando todas las personas tienen acceso físico, social y económico permanente a alimentos seguros, nutritivos y en cantidad suficiente para satisfacer sus requerimientos nutricionales y preferencias alimentarias y poder llevar una vida activa y saludable (FAO, 1996). Tres son los elementos que caracterizan la situación de seguridad alimentaria:

- i) Acceso a los alimentos física, social y económicamente.
- ii) Acceso permanente, no coyuntural.
- iii) Acceso a unos alimentos seguros, nutritivos y en cantidad suficiente.

Se trata, pues, de acceder a alimentos en la cantidad y calidad suficiente, y a un precio localmente razonable. Todos estos elementos se aglutinan en torno a otro concepto: el de la permanencia.

La situación de seguridad alimentaria es la condición previa del ejercicio pleno del derecho a la alimentación (Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2010: 5), que se configura como un concepto jurídico con unos sujetos beneficiarios y unos sujetos obligados (los Estados) que aúna tres conceptos: disponibilidad, accesibilidad y adecuación (*Ibid.*: 3):

- i) Por un lado, la disponibilidad material de alimentos mediante el cultivo, la caza, la pesca o el comercio.
- ii) Por otro lado, la accesibilidad, que garantiza un acceso a alimentos desde un punto de vista físico y económico.
- iii) Por último, un acceso a alimentos adecuados. Deben ser alimentos adecuados para las necesidades de los sujetos, y sanitariamente seguros. Unos alimentos no adecuados nutricionalmente o dañinos para la salud equivalen a una falta de alimentos, al impedimento al acceso a una alimentación que cubra las necesidades del ser humano (*Ibid.*: 4).

El derecho a la alimentación es reconocido como un derecho humano en diversos textos internacionales. Así, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación [...]». En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

de 1996, que en su artículo 11.1 reconoce «[...] el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso la alimentación [...]» y, específicamente, «el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre» (art. 11.2). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) publicó su Observación General número 12, de 1999, en la que, al definir el derecho a una alimentación adecuada, afirma que este «[...] se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla», y añade que el derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse de forma estrecha o restrictiva, asimilándolo a una cantidad de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos.

El derecho a la alimentación también está reconocido en otros convenios internacionales que protegen a grupos especiales. Así, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (art. 12.2), la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (arts. 24.2 y 27.3) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (arts. 25 y 28). Igualmente, algunos instrumentos regionales, especialmente sudamericanos y africanos, reconocen el derecho a la alimentación.

La seguridad alimentaria es, por tanto, uno de los derechos humanos (Bernal Ballesteros, 2017), entendidos como el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional (Pérez Luño, 1984: 46).

En la Constitución Española (CE) no existe un artículo que regule un derecho fundamental a la alimentación, pero puede entenderse que está garantizado por el derecho a la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 CE, por el derecho a la salud del artículo 43 CE e incluso con los derechos de la infancia del artículo 39.4, sin olvidar que el artículo 10.2 determina la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, que es signataria, por ejemplo, del antes citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996. El derecho a la alimentación no está reconocido en el Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE) ni en ninguna Constitución europea, pero lo cierto es que en nuestro ámbito regional no ha sido necesario establecer un artículo que le atribuya el estatus de derecho fundamental (en contra, Medina Rey y Vivero Pol, 2017), toda vez que la vida que se protege en nuestro texto constitucional es la vida humanamente digna, la vida en cuanto soporte para el ejercicio de todos los demás derechos fundamentales, de modo que se vulnera el derecho a la vida desde el momento en que se priva de dignidad al individuo en el ejercicio de tal derecho (Pérez Royo, 2007: 276). Sí se encuentran disposiciones constitucionales que expresamente protegen el derecho a la alimentación en Brasil, Ecuador, Guatemala, Guyana, Haití, Nicaragua, Panamá y Surinam, entre otros.

El Comité DESC establece reglas para la exigibilidad del derecho fundamental a la alimentación. En el apartado 32 de la Observación General 12, citada *ut supra*, el Comité

señala que toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional, y que todas las víctimas de estas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada que puede adoptar la forma de restitución, indemnización, compensación o garantías de no repetición. En España y, en general, en Europa no se prevé esta posibilidad, aunque se toma en consideración la referencia que la Observación General 12 hace de los defensores nacionales del pueblo y las comisiones de derechos humanos deben respecto de las violaciones del derecho a la alimentación.

Sí se han dictado sentencias condenatorias contra determinados Estados por conculcar el derecho a la alimentación. Por ejemplo, en India, Suiza o Sudáfrica. En el primer caso, la Corte Suprema hindú recibió en 2001 un recurso de interés público presentado por la People's Union for Civil Liberties con el objetivo de proteger el derecho a la alimentación de varias comunidades que padecían hambre en el Estado de Rajastán y que, pese a la su situación, no recibían ninguna ayuda del Gobierno, ello a pesar de que a pocos kilómetros de la zona afectada existían importantes reservas de alimentos. En respuesta a la petición, la Corte Suprema declaró que el derecho a la alimentación estaba consagrado en la Constitución india a través del derecho a la vida interpretado a la luz del artículo 47 de la citada Constitución, que prevé que el Estado debe tomar medidas para mejorar el estado nutricional de la población. La Corte Suprema emitió decenas de resoluciones dirigidas a todos los gobiernos de los estados de la India (Golay, 2009: 63).

El caso suizo es muy interesante, ya que la Confederación Helvética no reconoce el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como un instrumento directamente aplicable en su territorio. Esta situación no ha sido óbice para que su Tribunal Federal haya creado una doctrina sobre el derecho a la alimentación basado en la dignidad humana, que en el momento de dictarse la sentencia (1995) ni siquiera estaba reconocido en la Constitución suiza, que no acogió el derecho hasta 1999 (Golay, 2009: 64).

En Sudáfrica es reseñable el caso *Kenneth George*, en el que la Corte Suprema de la provincia del Cabo de Buena Esperanza apoyó judicialmente un acuerdo fundado en el derecho a la alimentación entre el gobierno de esta provincia y los pescadores de la zona para que estos pudieran acceder a la pesca (Golay, 2009: 60).

Paralelamente a la seguridad alimentaria y en principio vinculada o al derecho fundamental a la alimentación concebido de forma plena —material, económica y sanitaria— surge la llamada «soberanía alimentaria». Este concepto es acuñado por el movimiento de la Vía Campesina en 1996, movimiento internacional antiglobalización que coordina organizaciones campesinas, pequeños y medianos productores, mujeres rurales, comunidades indígenas, gente sin tierra, jóvenes rurales y trabajadores agrícolas migrantes y goza de gran predicamento en parte de la doctrina agrarista, especialmente de izquierdas (Fernández y Duch, 2011; Gordillo, 2012; Huaylupo, 2009; y González, 2011, entre otros muchos). La soberanía alimentaria se define desde el prisma de Vía Campesina como el derecho de los pueblos, de sus países o uniones de Estados a definir su política agraria y alimentaria, sin *dumping* frente a países terceros (Vía Campesina, 2003). La soberanía alimentaria incluye:

- i)* La priorización de la producción agrícola local para alimentar a la población y facilitar el acceso de los campesinos y de los sin tierra a la tierra, al agua, a las semillas y al crédito, objetivos que comportan la necesidad de llevar a cabo reformas agrarias, la lucha contra los OGM (organismos genéticamente modificados), el libre acceso a las semillas, y el mantenimiento de la consideración del agua como bien público para que se reparta de una forma sostenible.
- ii)* El derecho de los campesinos a producir alimentos y el derecho de los consumidores a poder decidir lo que quieren consumir y cómo y quién se lo produce.
- iii)* El derecho de los países a protegerse de las importaciones agrícolas y alimentarias demasiado baratas.
- iv)* El establecimiento de unos precios agrícolas ligados a los costes de producción, finalidad que consideran posible siempre que los países o las uniones tengan el derecho de gravar con impuestos las importaciones demasiado baratas, se comprometan a llevar a cabo una producción campesina sostenible y controlen la producción en el mercado interior para evitar excedentes estructurales.
- v)* La participación de los pueblos en la definición de la política agraria.
- vi)* El reconocimiento de los derechos de las campesinas, que desempeñan un papel esencial en la producción agrícola y en la alimentación (Vía Campesina, 2003).

En nuestra opinión, existe una diferencia esencial entre la seguridad alimentaria, el derecho a la alimentación y la soberanía alimentaria, una diferencia, si queremos, de naturaleza jurídica, clara e indiscutible. Como hemos dicho anteriormente, la seguridad alimentaria es el escalón o la condición previa del derecho humano a la alimentación reconocido en la Declaración Universal, ligado íntimamente al concepto de derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales y cuasi constitucionales, mientras que la soberanía alimentaria, disfrazada de derecho, no es más que una opción ideológica sobre el modo en que deben ser los mercados agroalimentarios no globales, sino a escala más reducida (pueblos, países, unión de estos), que se concreta en una defensa cerrada del proteccionismo, la intervención pública y la separación de las reglas del mercado que en España hemos llamado toda la vida autarquía (Viñas, 1980: 61) entreverada con políticas de género y apelaciones a la ecología. Por lo tanto, la soberanía alimentaria no es un derecho, y menos aún un derecho fundamental, aunque quiera disfrazarse de tal, sino una opción social, política, económica, tributaria y comercial perfectamente respetable, pero nada más.

3. EL CONCEPTO EQUÍVOCO DE CRISIS ALIMENTARIA. TIPOS DE CRISIS ALIMENTARIAS

Un problema que es necesario abordar para estudiar el objeto de nuestro trabajo es de índole terminológica. Y es que bajo el paraguas conceptual de la «crisis alimentaria»

subyacen no pocas ideas que, a pesar de que no son necesariamente contrapuestas, sí son divergentes.

Aunque según la doctrina anglosajona el concepto de seguridad alimentaria abarcaría la llamada *food security*, o seguridad en el abastecimiento, y la denominada *food safety*, o salud alimentaria (Jordano-Salinas, 2013: 143, citando a Herrera Marteache, 2005), entendemos que debemos diferenciar tres concepciones de crisis alimentaria: la crisis sanitaria (que afecta a la *food safety*), la crisis de precios y, por último, la crisis de abastecimiento (estas dos últimas están relacionadas con la *food security*). Los tres tipos pueden confluír simultáneamente en una misma situación (por ejemplo, cuando un problema sanitario alimentario origine un alza de precios que acabe provocando un problema de abastecimiento, o cuando una situación de desabastecimiento provoca una escalada de precios en el mercado negro, con la aparición de alimentos en mal estado o directamente insalubres), o solo pueden concurrir parcialmente, que es la situación más normal (por ejemplo, cuando un problema sanitario provoca una caída de precios o cuando una escalada de precios provoca una situación de desabastecimiento).

Obviamente, estos supuestos tienen una relevancia distinta en función del entorno en que se consideren (López Mendoza, 2013: 7).

3.1. CRISIS SANITARIA

Este tipo de crisis se asocia al derecho a recibir alimentos inocuos —que, como hemos visto anteriormente, está incluido en el concepto de seguridad alimentaria—. La inocuidad significa que los alimentos recibidos no produzcan enfermedades y que sean suficientemente nutritivos (López Mendoza, 2013: 7). En definitiva, se concreta en un problema de salud pública (Jordano Salinas, 2013: 143), como han puesto de manifiesto las crisis sanitarias alimentarias más sonadas: aceite de colza desnaturalizado, encefalopatía espongi-forme bovina, fiebre aftosa de 2001, dioxinas en la carne de pollo en 1999, dioxinas en el cerdo en 2008, gripe aviar en 2005 (virus H5N1, en China, casualmente) y la más reciente por *Escherichia coli* O104:H4, que inicialmente se achacó por error al pepino almeriense cuando en realidad se trataba de un problema localizado en brotes de soja ecológica (Jordano Salinas, 2013: 144).

Estamos hablando de crisis de seguridad fundamentalmente regionales (europeas, asiáticas, americanas como la contaminación de hamburguesas por E-Coli) con resultados catastróficos. Solo la fiebre aftosa de 2001, de origen asiático, supuso el sacrificio de entre seis y diez millones de cabezas de ganado en Europa (según se contaran los corderos y cabritos o no en Reino Unido) y pérdidas en torno a los doce mil quinientos millones de euros (Parlamento Europeo, 2002; y FAO, 2004). En la llamada crisis del pepino (que no era del pepino), la Comisión tuvo que indemnizar a los productores afectados con 271 millones de euros, cifra que, según los afectados, no cubrió ni por asomo sus pérdidas, que calcularon en 200 millones de euros a la semana.

3.2. CRISIS DE PRECIOS

Las crisis de precios tienen lugar cuando, por cualquier circunstancia —meteorológica, social, bélica o sanitaria—, se producen bruscos cambios de precios en los productos alimentarios, bien a alza, bien a la baja.

Obviamente, las crisis de precios no son nuevas. Es ampliamente conocida la crisis de finales del siglo XIX originada por la irrupción en Europa de productos de ultramar que los mercados no pudieron absorber (Barciela López *et al.*, 1996: 53), la subida de precios de los alimentos generada por las políticas proteccionistas en España durante los años veinte del pasado siglo (*Ibid.*: 57) o, más recientemente, el encarecimiento del precio del combustible provocada por la crisis del petróleo en los años 70 del pasado siglo, así como en las de 2007 y 2011.

El problema de las crisis de precios es el modo en que estas golpean a quien las sufre. Si se trata de una bajada de precios, quien lo padece es el productor y, se supone, beneficia al consumidor. A pesar de que esta afirmación es discutida (OCU, 2020), dada la complejidad de la formación de los precios en la cadena alimentaria (Toribio *et al.*, 2012), es cierto que una situación continuada de bajos precios agrarios acaba teniendo una influencia bajista en la cesta de la compra, como ha ocurrido entre 2013 y 2016, ambos inclusive (Ministerio de Agricultura, 2019: 17)

Si, en cambio, la crisis se traduce en una subida de los precios, puede suponer un problema social e incluso humanitario de impacto incalculable (FAO, 2011a) que, para colmo, no beneficia a la generalidad de los productores. Ciertamente es que, *prima facie*, una subida de precios agrarios beneficia al productor; así ocurrió en los países occidentales durante la crisis de precios de 2007. Pero si el alza de los precios de la producción viene motivada por un incremento de los costes, como ocurrió en la crisis del petróleo de los años 70, el agricultor no se beneficia, y si, como sucedió en la de 2007, el alza de los precios acaba provocando una subida superior de los alimentos, al final ese productor pierde en la compra de alimentos lo que gana vendiendo materia prima, especialmente en los países en vías de desarrollo (Ramalingan *et al.*, 2008: 6). De cualquier modo, las crisis de incremento de precio supusieron, en el mejor de los casos, mejoras muy pasajeras para los productores (FAO, 2011b: 14 y 34).

Dicho lo anterior, es preciso señalar que la influencia de los incrementos de los precios agrícolas supone un enorme problema para la población de los países en vías de desarrollo. No lo es para los ciudadanos de las naciones desarrolladas, que asumen esas subidas de precios (Ministerio de Agricultura, 2019: 17) porque en ellos confluyen tres circunstancias: son ricos (en términos relativos), viven en naciones alimentariamente muy autosuficientes y su cesta de la compra supone un porcentaje muy bajo de sus ingresos. De hecho, en España el coste de la llamada «cesta básica de la compra» —que, como ha señalado la Comisión Europea, no debe ser confundida con la (más cara) cesta de la compra— era, en 2019, de 95,81 euros al mes, esto es, el 9,1 % del salario mínimo interprofesional.

Sin embargo, en los países más desfavorecidos los efectos se reducen a uno: más pobreza, que, según el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Seguridad Alimentaria y Nutri-

ción del Comité de Seguridad Alimentaria Mundial, provoca problemas sociales e incluso hambrunas (GANESAN, 2011: 55). Con motivo de la crisis de precios de 2007, se produjeron disturbios, entre otros países, en Haití, México, Argentina, Egipto, Somalia, pero más importante aún es que la cifra de personas subnutridas en el mundo se elevó de unos 848 millones en 2003-2005 a unos 925 millones en 2010, y alcanzó su nivel máximo en 2009 (1023 millones). El número de personas subnutridas entre 2005 y 2010 aumentó en 24 millones en el África subsahariana, 4 millones en el Cercano Oriente y África del Norte, 6 millones en América del Sur y Caribe y 41 millones en Asia y el Pacífico, arrojando un total de 75 millones (FAO, 2009a: 56).

Por lo tanto, del mismo modo que una crisis alimentaria de carácter sanitario no tiene por qué provocar una crisis alimentaria de desabastecimiento, una crisis de precios puede llegar a causar hambrunas en las naciones más vulnerables.

3.3. CRISIS DE DESABASTECIMIENTO EXTREMO. HAMBRUNAS

El tercer tipo de crisis alimentaria es la de desabastecimiento. Puede tener su origen en múltiples factores: guerras, fenómenos climáticos, problemas económicos, plagas e incluso decisiones políticas.

Así, la decisión de Stalin de colectivizar la agricultura ucraniana acabó provocando una hambruna que causó la muerte de entre 7 y 10 millones de inocentes entre 1932 y 1933 (Unesco, 2007: 1); el «Gran Salto Adelante» de Mao se cobró la vida de unos 45 millones de personas por inanición o represalias y se convirtió en la hambruna más grave del siglo XX (Dikötter, 2017); la gran hambruna de Biafra de 1970 fue provocada por una guerra civil; la hambruna de Somalia de 2011 fue el resultado de una mezcla de sequía y guerra civil que dejó más de 250.000 muertos (ACNUR, 2020). Sin ir más lejos, las crisis de precios de 2007 o de 2011 provocaron serios problemas de abastecimiento a las poblaciones más vulnerables del mundo.

No obstante, conviene no confundir la hambruna con las crisis alimentarias crónicas o situaciones similares. En ese sentido, están generalmente reconocidos tres criterios para determinar si estamos ante una crisis de desabastecimiento extremo o hambruna:

- i)* Hay una carencia extrema de alimentos que aqueja a un alto número de personas, es decir, el problema afecta a una población o región lo suficientemente grande como para que puedan generarse epidemias o problemas sanitarios de gran envergadura.
- ii)* Las tasas de desnutrición aguda alcanzan al 30 % de las personas que conviven en un mismo espacio, independientemente de las causas que han generado el déficit alimentario.
- iii)* Las tasas brutas de mortalidad sobrepasan la cifra de 2 personas por cada 10.000 habitantes al día. En este sentido, también cuentan factores como los desplazamientos masivos de personas hacia otros lugares y la pérdida de recursos básicos para la supervivencia (ACNUR, 2017).

Obviamente, las hambrunas constituyen las crisis más escandalosas, sangrantes y dolorosas para cualquier sujeto que tenga una mínima sensibilidad y, como veremos más adelante, son el objeto de los mayores esfuerzos orientados a su evitación y solución.

4. ¿QUÉ TIPO DE CRISIS ALIMENTARIA PUEDE PROVOCAR LA COVID-19?

La pandemia de COVID-19 está afectando a los mercados alimentarios de forma importante y desigual.

Si se analiza en primer término la posibilidad de que la actual pandemia genere un problema de sanidad alimentaria, los últimos datos indican exactamente lo contrario. La Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA por sus siglas en inglés) ha señalado que no hay pruebas de que los alimentos sean una fuente o una vía de transmisión del virus (EFSA, 2020). Por otra parte, otras investigaciones recientes han llegado incluso a la conclusión de que en España no se detecta el virus en alimentos y envases de alimentos ni siquiera mediante la técnica de PCR (OCU, 2020), evidencia que coincide con la literatura científica al respecto (OMS, 2020). Por lo tanto, en el estado actual de la investigación sobre la COVID-19 es escasamente probable que se produzca una crisis alimentaria de carácter sanitario.

Otra cosa es que la pandemia pueda provocar una crisis de precios, dado que las condiciones no son precisamente las ideales para el comercio e incluso para el desarrollo de las actividades agrícolas y ganaderas. La FAO ha advertido que los países han cerrado sus economías para ralentizar la propagación del coronavirus. Si bien es cierto que los lineales de los supermercados continúan abastecidos, esta organización ha advertido que una crisis pandémica prolongada podría sobrecargar las cadenas de suministro de alimentos, que conforman un complejo entramado de interacciones entre diferentes elementos, entre ellos los agricultores, los insumos agrícolas, las instalaciones de elaboración, el transporte y los minoristas. A esto habría que sumar que el sector del transporte ya ha comenzado a informar de retrasos debidos a los cierres portuarios (FAO, 2020a; y AMIS, 2020).

En efecto, en Europa se están registrando dificultades en las recolecciones por falta de mano de obra tras el cierre del espacio Schengen, de modo que los temporeros rumanos, búlgaros o marroquíes no han podido desplazarse por los países comunitarios para cubrir la demanda de empleo. Italia y Portugal han regularizado a miles de inmigrantes para que realicen las faenas agrícolas y en España, pese al desempleo que soportamos y las facilidades otorgadas por el Gobierno, no se han conseguido cubrir las demandas de mano de obra en las recolecciones que han tenido lugar durante el estado de alarma. El cierre de centros logísticos en Shanghai, Singapur o Abu Dhabi está planteando dificultades para el movimiento de tripulaciones marítimas, y el transporte por vía aérea se ha volcado casi exclusivamente en el movimiento de mercancía sanitaria, por lo que los costes de transporte podrían verse incrementados hasta en un 80 %.

A estos problemas hay que añadir las restricciones de mercado adoptadas por grandes productores mundiales de cereales y arroz. Así, Rusia propuso a finales de marzo de 2020 establecer una cuota temporal para sus exportaciones de siete millones de toneladas hasta finales de junio, pero el 26 de abril se cubrió toda la cuota y dejó de exportar grano al extranjero. Por otra parte, el 25 de marzo de 2020 el Gobierno vietnamita suspendió la firma de nuevos contratos de exportación a la espera de que quedara garantizado el abastecimiento interno durante la pandemia de COVID-19, restricciones que fueron levantadas el 28 de abril. Igualmente, Camboya prohibió las exportaciones de arroz índica y arroz cáscara, Myanmar suspendió la expedición de nuevas licencias de exportación y Ucrania anunció su disposición a interrumpir sus exportaciones de grano.

Es cierto que, pese las incertidumbres que plantea la pandemia, los primeros pronósticos de la FAO sobre la campaña 2020/21 apuntan a una situación cómoda respecto a la oferta y la demanda de cereales. Las perspectivas iniciales apuntan a que la producción mundial de cereales en 2020 superará el récord del año anterior en un 2,6 % (FAO, 2020*b* y 2020*c*). Se prevén buenas cosechas en trigo, maíz y arroz, de manera que las existencias mundiales de cereales al final de las campañas comerciales de 2021 alcanzarán un récord de 927 millones de toneladas, lo que representa un aumento del 4,5 %.

Sin embargo, pese a las buenas perspectivas sobre la producción, las políticas restrictivas del comercio no favorecen el acceso a los alimentos, y sus consecuencias pueden conocerse casi al día. Así, en abril de 2020, el maíz, sobre el que no se ha planteado ninguna limitación, ha bajado de precio. Sin embargo, el precio del trigo se había incrementado un 9 % respecto al que tenía en las mismas fechas del año pasado debido a las medidas de control de las exportaciones en la región del Mar Negro, y el arroz habría subido un 7 %, alcanzando los niveles más altos desde diciembre de 2011 (FAO, 2020*b* y 2020*c*), año en el que se produjo una grave crisis de precios.

Sin embargo, en mayo bajaron los precios de los cereales, dado que las medidas restrictivas del comercio cesaron, mientras que, al mantenerse las medidas restrictivas del comercio del arroz, el precio de este producto subió aún más durante este mes (FAO, 2020*b* y 2020*c*).

En el momento de escribir estas líneas, un alto nivel de alerta sobre los precios internos afectaba a los siguientes países: Zimbabue, Tailandia, Sudán, Sudán del Sur, Haití y Colombia, y en un nivel moderado Zambia, Tayikistán, Perú, Kirguistán, Brasil, Bangladesh y Argentina (FAO, 2020*b* y 2020*c*). Es decir, el alza de precios es ya un problema para trece naciones, algunas de ellas enormes.

Podemos observar que la abundancia de alimentos derivada de las buenas —e incluso excelentes— cosechas no necesariamente implica una situación de seguridad alimentaria, y ello por dos motivos: por un lado, porque en el mundo no hay, en general un problema cuantitativo (hay alimentos más que suficientes para alimentar a toda la humanidad), sino distributivo (es, decir, de reparto desigual de los alimentos entre la población mundial), como pone de manifiesto el hecho de que, mientras la tasa de obesidad se haya multiplicado por tres en el mundo desde 1975, sigue habiendo cientos de millones de hambrientos

(FAO, 2020*b*: 10); por otro lado, porque no solo hay un problema de desigualdad en la distribución de alimentos, sino también —al menos hoy— un problema de precios, con todas las bien conocidas consecuencias que lleva aparejada la subida de los precios alimentarios: la pérdida de la capacidad de alimentarse adecuadamente, o simplemente alimentarse, para decenas de millones de seres humanos. Actualmente, se teme una escalada parecida a la de la crisis 2007/2008, en la que el acusado encarecimiento de los alimentos a escala mundial provocó el incremento del número de personas subalimentadas del mundo en un 14 %, que en dos años pasaron de 848 millones de personas a 963 millones (FAO, 2020*b*). A la fecha de este artículo no existe ningún documento que acredite un aumento de personas subalimentadas, pero sí serias advertencias de las consecuencias humanitarias que la crisis actual puede arrastrar a la luz de pasadas experiencias (Trotta, 2020; y Oxfam Intermón, 2020). Algunos cálculos prevén que el número de seres humanos que hacen frente a la inseguridad alimentaria aguda aumentará a 265 millones en 2020 —130 millones más que en 2019— como resultado del impacto económico de la COVID-19 (Programa Mundial de Alimentos, 2020).

Consideramos, por tanto, que es difícil que a causa de la pandemia de COVID-19 se produzca una crisis alimentaria de carácter sanitario, pero sí nos parece claro que la pandemia desencadenará una crisis de precios. Relacionada con esta o no, puede producirse una crisis de abastecimiento también provocada por problemas de distribución, pero no de producción o de existencia de reservas.

5. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los datos, es evidente que la pandemia de COVID-19 puede ser el origen de una crisis alimentaria. El alza de los precios de alimentos básicos como el trigo y el arroz es ya una realidad, y está a punto de ser una realidad el hecho de que esta subida de los precios de los alimentos suponga un problema de escasez para millones de seres humanos.

Hemos visto que existen mecanismos regionales y globales que analizan la realidad alimentaria y alertan sobre las alteraciones en los mercados de alimentos, instrumentos que orientan sobre las políticas a seguir y dispositivos para luchar contra la subalimentación en la gestión directa de las crisis. Y también hemos podido constatar que esos instrumentos están muy bien dotados económicamente, adecuadamente equipados en términos de recursos humanos y apoyados por numerosas entidades que realizan una labor ciclópea.

Sin embargo, las crisis se siguen sucediendo por uno u otro motivo y el hambre en el mundo no desaparece.

El análisis de la literatura sobre la materia produce, en todo caso, un terrible desconcierto, dado que no hay un acuerdo sobre las causas de las crisis. En la muy paradigmática crisis de precios 2007/2008, los estudios más científicos —y, en nuestra opinión, más serios— situaban el origen de la tremenda subida de precios de los alimentos básicos en

una combinación de varios factores: los problemas climáticos, el desvío del cultivo de no pocas hectáreas a los biocombustibles, las políticas proteccionistas de determinadas naciones, el incremento de los precios del petróleo, la irrupción de nuevas economías con una gran demanda de alimentos (China e India), la especulación y los bajos *stocks* o incluso la pérdida de suelo agrario (FAO, 2009b: 15; Gómez-Oliver, 2008: 122; Masís Morales, 2010: 74; Golay, 2010: 221; Sumpsi Viñas, 2011: 13; Von Cramon-Taubadel, 2009: 19; y Ramaligan *et al.*, 2008: 3). Sin embargo, algunos autores hicieron especial hincapié en uno de los factores arriba enlistados como la especulación (Huaylupo Alcázar, 2009: 20), mientras que otros achacaban los problemas a razones diversas. Fernández Duch (2010: 339), por ejemplo, definió aquella crisis como «[...] el resultado de muchos años de políticas destructivas que socavaron las producciones nacionales de alimentos y obligaron al campesinado a producir cultivos comerciales para compañías multinacionales, mientras que los países debían comprar sus alimentos a estas mismas multinacionales en el mercado mundial» (en sentido similar, Huaylupo Alcázar, 2009: 13). Otros apuntaban a la desregulación (González, 2011: 17) e incluso se esgrimieron explicaciones aún más exóticas como la «financiarización» de la agricultura. Los niveles de crecimiento de la productividad en la actividad agrícola se habían estancado; la incidencia de las sequías y las inundaciones asociadas a la deforestación y el cambio climático iba en aumento; también estaba creciendo la demanda de alimentos de origen animal y de frutas frescas y verduras en algunas regiones densamente pobladas (Murphy y Schiavoni, 2017: 19).

Naturalmente, si no nos ponemos de acuerdo sobre cuál es el origen de una crisis, difícilmente podremos llegar a un consenso en torno a su solución. En general, el primer grupo de autores citados se manifiestan a favor del incremento de la producción y su mejora, el apoyo a las comunidades más necesitadas, la reducción de las restricciones al comercio, las políticas nacionales de previsión de crisis, y, obviamente, el fin de la especulación en la medida en que sea.

El segundo grupo de autores apuesta por una fórmula muy sencilla: la soberanía alimentaria en el sentido explicado en el apartado 2 de este trabajo. El problema, que hemos adelantado, es que los postulados que abanderó la Vía Campesina ya los defendió Francisco Franco, y los llamó autarquía, sistema económico que, en el mejor de los casos, sirvió para subsistir, no para progresar.

¿Es el mercado la solución de todo? No, lógicamente no, pero debemos matizar esta negativa. Debemos volver al punto de partida de este artículo: la globalización no es una ideología, es un hecho, y es un hecho innegable que empezó hace siglos, que seguirá y se intensificará porque, en vez de alejarnos, los medios técnicos nos acercan cada vez más. Gracias al libre mercado, los habitantes del planeta prueban otras gastronomías, otros productos, se enriquecen cultural y nutricionalmente y brindan a los agricultores y ganaderos de todo el orbe la oportunidad de colocar sus productos en los mercados de todo el planeta. Eso no es ni puede ser malo. Antes al contrario, es enriquecedor cultural, nutricional y económicamente.

Ahora bien, ¿puede una nación depender exclusivamente de los mercados para alimentar a su población? La respuesta debe ser también negativa si sus habitantes no quieren

pasar hambre, aunque no es menos cierto que también se trata de una opción. Fue la que en su momento eligió el Reino Unido, y es la que promovió en 2003 el Círculo de Empresarios para España en su estudio «Agricultura: reflexiones críticas sobre un sector subvencionado», texto de cuyo contenido probablemente el propio Círculo se habrá arrepentido, dado que, si actualmente hay dos sectores verdaderamente estratégicos, esos son la agricultura y la energía, con el permiso de las nuevas tecnologías. Para que una nación sea verdaderamente independiente debe asegurar sus fuentes alimenticias y energéticas, ya que la dependencia de los mercados internacionales es sumamente insegura. Obsérvese qué ha ocurrido con el material sanitario en esta pandemia de COVID-19: se ha acudido al bazar de los mercados internacionales con los resultados de sobra conocidos.

Por lo tanto, entendemos que las naciones deben asegurarse en lo posible una cierta soberanía alimentaria (esta de verdad) —o al menos disponer de un colchón alimentario anticrisis— a través de la recuperación de la intervención pública, pero sin perder de vista que trocear, limitar y especialmente intervenir el mercado alimentario no conduce más que al encarecimiento de las materias primas y, como se ha demostrado, al desabastecimiento, la pobreza y el hambre.

Desde luego, ninguna de las soluciones de la Vía Campesina y sus palmeros arreglan problema alguno: es más, son una fuente inagotable de ellos. Los agricultores deben producir lo que el mercado paga y procurar que lo pague lo más alto posible, dado que no quieren subsistir, quieren progresar y, si es posible, ser prósperos. Es más, no quieren producir para cubrir costes, quieren producir para ser ricos. La fórmula consistente en producir lo que se consume y exportar si algo sobra —aquella que los ecologistas llamaban autogestión y que hoy se denomina soberanía— no es más que agricultura de subsistencia. Los consumidores elegimos lo que queremos consumir porque tenemos a nuestro alcance lo que nunca un consumidor ha tenido a su disposición. Los OGM han venido para quedarse porque se ha demostrado que ni son nocivos para la salud ni para el medio ambiente, y se están popularizando y democratizando muy rápidamente, dado que sus técnicas están ya al alcance de cualquiera. En las democracias occidentales, los pueblos deciden sus políticas agrarias a través de sus parlamentos, mientras que en los paraísos de los defensores de la soberanía alimentaria eso no ocurre. La soberanía alimentaria es una pose defendida por sujetos que se han entretenido destrozando McDonalds en Francia (cuando esa multinacional utiliza materia prima nacional en cada uno de los países en que se implanta) o volcando camiones de fruta murciana o andaluza en la frontera española.

Y mientras filosofamos, ¿qué hacemos con los países en vías de desarrollo, con las víctimas de todo este desorden mundial? En nuestra opinión, es absolutamente prioritario que el primer mundo financie el desarrollo de las naciones en vías de desarrollo. Cierto es que, para que eso funcione, es necesario que las dictaduras y la corrupción —siempre vinculadas— tiendan a desaparecer de esos países, pues las dictaduras, a menudo apoyadas por las naciones desarrolladas por interés propio, solo provocan ignorancia, violencia y, especialmente, la pobreza de la mayoría y el enriquecimiento de unos pocos.

Hay que estimular las economías de los países en vías de desarrollo, alimentarlas, hacerlas crecer, robustecer las comunidades, mejorar su sanidad y su educación y, especialmente,

su agricultura y su ganadería. No sirve acudir a un país en un momento de crisis con nuestros excedentes alimentarios porque hundimos las economías locales: lo que hay que hacer es desarrollarlas. Obviamente, en determinados momentos no quedará más remedio que recurrir a la ayuda alimentaria, pero enseñar a combatir las plagas de langosta y facilitar instrumentos y técnicas para ello es mucho más efectivo que mandar barcos de arroz camino de la nada.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR (2020): «Cuerno de África: hambruna y sequía en Somalia» [en línea] <<https://eacnur.org/es/labor/emergencias/cuerno-de-africa-hambruna-y-sequia-en-somalia>>.
- (2017): «Hambruna: significado y principales efectos» [en línea] <<https://eacnur.org/blog/hambruna-significado-principales-efectos/>>.
- ALTO COMISIONADO DE LA ONU PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2010): *El derecho a la alimentación adecuada*, Folleto Informativo número 34 [en línea] <disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>>.
- (2020): «Perspectiva crítica de los sistemas alimentarios, las crisis alimentarias y el futuro del derecho a la alimentación Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación» [en línea] <<https://undocs.org/es/A/HRC/43/44>>.
- AMADO, José L. (2019): «Cómo se compone el precio del pan», *La Verdad*, 2 de noviembre [en línea] <<https://laverdadonline.com/como-se-compone-el-precio-del-pan/>>.
- AMIS (2020): *Market Monitor*, 78, mayo [en línea] <http://www.amis-outlook.org/amis-monitoring/monthly-report/en/#.Xsq1oS_FQ1I>.
- BARCIELA LÓPEZ, Carlos, Joaquín MELGAREJO MORENO y Inmaculada LÓPEZ Ortiz (1996): «La intervención del Estado en la agricultura durante el siglo XX», *Ayer*, 21, 51-96.
- BERNAL BALLESTEROS, María José (2017): «Seguridad Alimentaria y Derecho Humano a la alimentación: desafíos para su garantía», *Dereito* 26(2), julio-diciembre, 123-134.
- DIKÖTTER, Frank (2017): *La Gran Hambruna en la China de Mao. Historia de la catástrofe más devastadora de China (1958-1962)*, Barcelona: Acatilado.
- FAO (2004): «Europa, libre de fiebre aftosa, pero el riesgo de nuevos brotes existe». Nota de prensa [en línea] <<http://www.fao.org/newsroom/es/news/2004/45747/index.html>>.
- (2005): *Voluntary Guidelines to support the progressive realization of the right to adequate food in the context of national food security* [en línea] <<http://www.fao.org/3/a-y7937e.pdf>>.
 - (2009a): *El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo, 2010* [en línea] <<http://www.fao.org/3/i1683s/i1683s00.htm>>.
 - (2009b): *The State of Agricultural Commodity Markets 2009. High food prices and the food crisis – experiences and lessons learned* [en línea] <<http://www.fao.org/3/i0854e/i0854e.pdf>>.
 - (2011a): <Precios de los alimentos: de la crisis a la estabilidad> [en línea] <http://www.fao.org/fileadmin/templates/getinvolved/pdf/WFD_IssuesPaper_ÉES_lowres.pdf>.
 - (2011b): *Estado de la Inseguridad Alimentaria en el Mundo, 2011* [en línea] <<http://www.fao.org/3/i2330s/i2330s00.htm>>.
 - (2020a): <Anticipar las repercusiones de la COVID-19 en los contextos de crisis humanitarias y alimentarias>, 4 de abril [en línea] <<http://www.fao.org/3/ca8464es/CA8464ES.pdf>>.
 - (2020b): <Los precios internacionales del trigo y el arroz subieron en abril, mientras que los del maíz bajaron> [en línea] <<http://www.fao.org/giews/food-prices/international-prices/detail/es/c/1276408/>>.
 - (2020c): FMPA Bulletin, 10 de junio [en línea] <<http://www.fao.org/3/ca9506en/ca9506en.pdf>>.

- FERNÁNDEZ, Fernando y Gustavo DUCH (2011): «2010. El terremoto alimentario. Causas de la crisis alimentaria y tendencias de futuro», en E. Assadourian y M. Renner (dirs.), *La situación del mundo: informe anual del Worldwatch Institute sobre progreso hacia una sociedad sostenible*, Barcelona: Icaria, 337-356.
- FERNÁNDEZ DE LA HOZ, Karolina, Massimo CIOTTI y Reinhard KAISER, (2006): «La Unión Europea ante las crisis sanitarias», *Revista de administración sanitaria siglo XXI*, 4(3), 425-435.
- GANESAN (2011): *Volatilidad de los Precios y Seguridad Alimentaria* [en línea] <<http://www.fao.org/3/amb737s.pdf>>.
- GOLAY, Christophe (2009): *Derecho a la Alimentación y Acceso a la Justicia: Ejemplos a nivel nacional, regional e internacional*, Roma: FAO. [en línea] <http://bibliotecadigital.acid.es/bibliodig/pub_acid/es/consulta/busqueda_referencia.cmd?campo=idtitulo&idValor=205566>.
- (2010): «The food crisis and food security: Towards a new world food order?» *Revue internationale de politique de développement* [en línea] <<https://journals.openedition.org/poldev/133>>.
- GÓMEZ-OLIVER, Luis (2008): «La crisis alimentaria mundial y su incidencia en México» *Agricultura, Sociedad y Desarrollo*, 5(2), julio-diciembre, 115-141.
- GONZÁLEZ, Enrique (2011): *La Unión Europea y la crisis alimentaria*, Barcelona: Observatori DESC [en línea] <http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/UE_crisis_alimentaria.pdf>.
- GUERRA PÉREZ-CARRAL, Francisco (1988): «Origen de las epidemias en la conquista de América», *Quinto centenario*, 14, 43-52.
- HUAYLUPO ALCÁZAR, Juan (2009): «¿Crisis alimentaria o la agudización de la iniquidad? La crisis sistémica de la Aldea Global», *Revista de Ciencias Económicas*, 27(1), 11-32.
- HOPKINS, Donald R. (1983): *Princes and Peasants. Smallpox in History*, Chicago: University of Chicago Press.
- JORDANO-SALINAS, Rafael (2013): «Seguridad alimentaria versus crisis alimentaria», *Anales de la Real Academia de Ciencias Veterinarias de Andalucía Oriental*, 26, 141-155.
- LÓPEZ-GOÑI, Ignacio (2015): «El origen de la peste en Europa: ¿el cambio climático?» *Investigación y Ciencia*, 10 de marzo [en línea] <<https://www.investigacionyciencia.es/blogs/medicina-y-biologia/43/posts/el-origen-de-la-peste-en-europa-el-cambio-climtico-12984>>.
- MARGULIS, Matias E. (2012): «Global Food Security Governance: The Committee for World Food Security, Comprehensive Framework for Action and the G8/G20», en R. Rayfuse y N. Wiesfelt (eds.), *The Challenge of Food Security*, Cheltenham: Edward Elgar Publishers, 231-254.
- MASIS MORALES, Germán (2010): «Crisis alimentaria y desafíos de la seguridad alimentaria en Centroamérica», *Economía y sociedad*, 15(37-38), enero-diciembre, 73-80.
- MEDINA REY, José María y José Luis VIVERO POL (2017): «Españoles sin derechos frente al hambre», *El País*, 4 de abril [en línea] <https://elpais.com/elpais/2017/03/23/planeta_futuro/1490265354_465483.html>.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA (2019): *Informe del Consumo Alimentario en España 2018* [en línea] <https://www.mapa.gob.es/images/es/20190807_informedeconsumo2018pdf_tcm30-512256.pdf>.
- MURPHY, Sophia y Christina M. SCHIAVONI (2017): «Diez años tras la crisis alimentaria mundial: afrontar el reto del derecho a la alimentación», en *Vencer la crisis alimentaria mundial*, Observatorio del Derecho a la Alimentación y a la Nutrición [en línea] <<https://www.righttofoodandnutrition.org/es/node/1170>>.
- OBSERVATORIO DEL PRECIO DE LOS ALIMENTOS (2009): *Estudio de la Cadena de Valor y Formación de Precios del Sector del Pan. Ministerio de Agricultura* [en línea] <https://www.gremipabcn.com/docs/Estudio_Pan_tcm7-14630.pdf>.
- OCU (2019): «Los consumidores queremos buenos alimentos a precios justos» [en línea] <<https://www.ocu.org/alimentacion/alimentos/noticias/consumidores-produccion-agraria>>.
- (2020): «No hay coronavirus en la superficie de los alimentos» [en línea] <<https://www.ocu.org/alimentacion/seguridad-alimentaria/noticias/coronavirus-envases-alimentos>>.

- OMS (2020): «COVID-19 e inocuidad de los alimentos: orientaciones para las empresas alimentarias», 7 de abril [en línea] <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331856/WHO-2019-nCoV-Food_Safety-2020.1-spa.pdf>.
- OXFAM INTERMÓN (2020): «El coronavirus podría sumir en la pobreza a 500 millones más de personas», 9 de abril [en línea] <<https://www.oxfamintermon.org/es/nota-de-prensa/coronavirus-podria-sumir-pobreza-500-millones-personas>>.
- PARLAMENTO EUROPEO (2002): *Informe sobre la lucha contra la fiebre aftosa en la Unión Europea en el año 2001 y sobre futuras medidas preventivas para evitar y combatir las epizootias en la Unión Europea* [en línea] <<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0405+0+DOC+XML+V0//ES>>.
- PÉREZ DE ARMIÑO, Karlos (2013): «La gobernanza global de la seguridad alimentaria: debilidad, disparidades e iniciativas de reforma», en X. Pons Rafols (ed.), *Alimentación y Derecho internacional. Normas, instituciones y procesos*, Madrid: Marcial Pons, 83-118.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (1984): *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos.
- RAMALINGAM, Ben, Karen PROUDLOCK y John MITCHELL (2008): «The Global Food Price Crisis: Lessons and Ideas for Relief Planners and Managers», *ANALP Lessons papers* [en línea] <<https://www.alnap.org/help-library/the-global-food-price-crisis-lessons-and-ideas-for-relief-planners-and-managers>>.
- SCHMID, Boris V., Ulf BÜNTGEN, W. Ryan EASTERDAY, Christian GINZLER, Lars WALLØE, Barbara BRAMANTI y Nils C. STENSETH (2015): «Climate-driven introduction of the Black Death and successive plague reintroductions into Europe», *Proceedings of the National Academy of Science USA*, 112(10), 3020-3025 [en línea] <<https://www.pnas.org/content/112/10/3020.full.pdf>>.
- SUMPSI VIÑAS, José María (2011): «Volatilidad de los mercados agrarios y crisis alimentaria», *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, 229, 11-35.
- TORIBIO DÁVILA, Juan José (dir.) (2003): *Globalización, desarrollo y pobreza*, Madrid: Círculo de Empresarios.
- (2012): *La Cadena Agroalimentaria en España*, Barcelona: IESE.
- TROTTA, Tiziana (2012): «Otra crisis alimentaria, los mismos síntomas», *El País*, 25 de agosto [en línea] <https://elpais.com/economia/2012/08/25/actualidad/1345925991_569681.html>.
- UNESCO (2007): «Homenaje a las víctimas de la Gran Hambruna (Holodomor) en Ucrania» [en línea] <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000153838_spa>.
- VÍA CAMPESINA (2003): «Qué es la Soberanía Alimentaria» [en línea] <<https://viacampesina.org/es/que-es-la-soberania-alimentaria/>>.
- VIÑAS Martín, Ángel (1980): «Autarquía y política exterior en el primer franquismo (1939-1959)», *Revista de Estudios Internacionales*, 1, 61-92.
- VON CRAMON-TAUBADEL, Stephan (2009): «La volatilidad de los precios en los mercados agrarios de la Unión Europea», *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, 221, 19-43.
- WFP (2020): «La COVID-19 duplicaría el número de personas que hacen frente a crisis alimentarias si no se actúa con rapidez» [en línea] <<https://es.wfp.org/noticias/covid-19-duplicara-numero-personas-hambre-si-no-se-actua>>.

ANEXO

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PREVISIÓN, GESTIÓN Y SOLUCIÓN DE CRISIS ALIMENTARIAS DE PRECIOS Y ABASTECIMIENTO

INSTRUMENTOS GLOBALES

1. INSTRUMENTOS DE ANÁLISIS Y ALERTA

1.1. EL SISTEMA MUNDIAL DE INFORMACIÓN Y ALERTA (SMIA) DE LA FAO

Constituido en 1995 por el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial, el Sistema Mundial de Información y Alerta sobre la alimentación y la agricultura (SMIA, GIEWS por sus siglas en inglés) es una red de vigilancia e información continua sobre la oferta y demanda de alimentos en todo el mundo. Supervisa la situación de seguridad alimentaria global y alerta de la escasez de alimentos. Su base de datos es la fuente de información más importante del mundo sobre los precios de los alimentos nacionales e internacionales y se ha convertido en una red de alcance mundial en la que participan 115 gobiernos, 61 ONG y numerosas organizaciones comerciales, de investigación y de medios de comunicación.

El SMIA estima la oferta y la demanda mundiales de alimentos reuniendo la información de ámbito nacional. Los precios de exportación de los mercados mundiales se obtienen a diario y semanalmente, y se vigila constantemente el comercio en las principales bolsas internacionales de cereales. El organismo informa sobre los acontecimientos importantes en el mercado y sobre las tendencias subyacentes en variables fundamentales, advierte en los casos de riesgo de una elevación importante de los precios de los productos alimenticios y vigila incluso el estado de los cultivos mediante el Índice de Estrés Agrícola (ASI, por sus siglas en inglés), un indicador rápido desarrollado en 2014 para la identificación temprana de zonas agrícolas afectadas por déficits hídricos o, en casos extremos, por la sequía.

El SMIA constituye una fuente de información potentísima y de fácil acceso cuya página web es atractiva y fácil de utilizar. Utiliza, además, otros medios de transmisión de información como sus boletines y alertas, entre los que hay que destacar necesariamente el llamado «Global Food Price Monitor».

Una de las herramientas más interesantes del SMIA es el sitio web sobre Seguimiento y Análisis de los Precios Alimentarios (FPMA, por sus siglas en inglés), que constituye una solución técnica avanzada para la difusión y el análisis de información sobre los precios. La herramienta fue desarrollada en 2010 como parte de las iniciativas de la FAO para hacer frente al aumento de los precios de los alimentos y está vinculada a la base de datos del FPMA, que incluye precios mensuales y semanales, al por menor y/o al por mayor, de varios productos alimentarios en mercados seleccionados de cada país.

Para saber más:

- <http://www.fao.org/giews/background/es/>.

1.2. LOS DESAPARECIDOS INSTRUMENTOS DE INFORMACIÓN Y ALERTA DEL BANCO MUNDIAL

El Banco mundial creó hace años varios instrumentos de información y alerta sobre los precios de los alimentos. Por un lado, posee un boletín, inicialmente trimestral y actualmente bianual, de alertas sobre el precio de los alimentos (Food Price Watch) cuya página web no se actualiza desde 2015. Afirma disponer, además, de otros instrumentos (Crisis Monitor, Food Riot Radar y Policy Monitor) que en la actualidad no parecen operativos, pues no ofrecen datos desde 2015.

No obstante, el Banco Mundial participa en numerosas iniciativas, alguna de ellas sobre información y alerta. Por ejemplo, es un importante socio en el Sistema de Información sobre los Mercados Agrícolas (AMIS por sus siglas en inglés).

Para saber más:

- <https://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/publication/food-price-watch-home>.

1.3. EL SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE LOS MERCADOS AGRÍCOLAS

En la reunión celebrada los días 22 a 23 de junio de 2011, los ministros de Agricultura del G20 crearon el Sistema de Información del Mercado Agrícola (AMIS), una iniciativa colaborativa de información alimentaria.

AMIS no es una organización internacional, sino una plataforma de conocimiento y almacenamiento de datos que, utilizando las bases de datos ya existentes, las complementa a la vez que mejora la información del mercado mundial de alimentos. Eso lo hace uniendo en una gran plataforma a los países, las organizaciones internacionales y el sector privado para trabajar colaborativamente a fin de mejorar la confiabilidad, oportunidad y frecuencia de estos datos. El sistema está enfocado en los productos alimenticios mundiales y, al menos inicialmente, en asuntos relacionados con el trigo, el maíz, el arroz y la soja.

El AMIS es administrado por una Secretaría conjunta ubicada en la FAO, e incluye dos grupos de trabajo y estudio: el Grupo Global de Información del Mercado de Alimentos, que recopila y analiza la información del mercado alimentario y el Foro de Respuesta Rápida, que discute las respuestas políticas en caso de graves riesgos para la seguridad alimentaria.

Para saber más:

- <http://www.amis-outlook.org/amis-about/en/>.

2. INSTRUMENTOS DE ORIENTACIÓN Y POLÍTICAS

2.1. EL COMITÉ DE SEGURIDAD ALIMENTARIA MUNDIAL (CSA)

El CSA fue creado en 1975 a propuesta de la primera Cumbre Mundial de la Alimentación celebrada en 1974 y se concibió como un comité intergubernamental integrado en la FAO para supervisar los resultados de dicha cumbre y, en particular, para ayudar a los países en desarrollo a establecer reservas alimentarias nacionales y coordinar su gestión.

La Cumbre Mundial de la Alimentación celebrada en 1996 revisó y reforzó el papel del CSA, asignándole la responsabilidad de supervisar la ejecución de su Plan de Acción. El papel de las ONG se amplió y robusteció en el seno del CSA. También asumió el seguimiento de la Cumbre Mundial de la Alimentación de 2002.

El CSA fue acusado de no cumplir de forma eficiente su papel como foro político y órgano de monitorización. Se le reprochaba que era un organismo sin debate interno, ajeno a la sociedad civil, poco transparente e incapaz de ejecutar sus acuerdos. Por este motivo, la III Cumbre Mundial de la Alimentación de noviembre de 2009 aprobó su reforma, tras la que asumió la coordinación de los debates y las políticas de seguridad alimentaria y nutrición a escala global, el apoyo y asesoramiento a los Estados sobre este tema, la aplicación práctica de las Directrices Voluntarias* sobre el derecho a la alimentación, así como el desarrollo de un Marco Estratégico Global para la Seguridad Alimentaria y la Nutrición.

El CSA es la principal plataforma internacional e intergubernamental destinada a promover la colaboración de todas las partes interesadas en garantizar la seguridad alimentaria y la nutrición para todos. El Comité rinde cuentas a la Asamblea General de las Naciones Unidas por conducto del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) y de la Conferencia de la FAO.

El CSA formula y aprueba recomendaciones en materia de políticas y orientación sobre una amplia gama de temas relativos a la seguridad alimentaria y la nutrición. Dichas recomendaciones y orientación se elaboran a partir de los informes científicos, basados en datos objetivos, del GANESAN o de trabajos realizados con el respaldo técnico de la FAO, el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), el Programa Mundial de Alimentos

* *Voluntary Guidelines to Support the Progressive Realization of the Right to Adequate Food in the Context of National Food Security*: Los jefes de Estado y de Gobierno invitaron al Consejo de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación a establecer en su 123º período de sesiones un Grupo de Trabajo Intergubernamental en el contexto del seguimiento de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación, con el mandato de elaborar, con la participación de las partes interesadas y en un período de dos años, un conjunto de directrices voluntarias para apoyar los esfuerzos de los Estados miembros orientados a lograr la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el marco de la seguridad alimentaria nacional. El objetivo de estas Directrices Voluntarias es proporcionar orientación práctica a los Estados en su aplicación de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional a fin de lograr los objetivos del Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación (FAO, 2005).

(PMA) y los representantes del Grupo asesor del CSA. El CSA celebra cada año un período de sesiones plenarias en Roma, sede de la FAO, durante el mes de octubre.

Para saber más:

- <http://www.fao.org/cfs/es/>.

2.2. EL FONDO INTERNACIONAL DE DESARROLLO AGRÍCOLA

El FIDA es un organismo especializado de las Naciones Unidas creado en 1977 y, al mismo tiempo, una institución financiera internacional que otorga préstamos subvencionados y donaciones a gobiernos de países en desarrollo destinados a la realización de proyectos agrícolas y de desarrollo rural. El Fondo proporciona financiación principalmente a proyectos y programas concebidos específicamente para introducir, ampliar o mejorar los sistemas de producción de alimentos y reforzar las políticas e instituciones conexas.

El FIDA cuenta con 177 Estados miembros, pero también son asociados a este fondo importantes fundaciones, empresas, la Unión Europea, el Mercosur, el Banco Mundial, varios bancos regionales de desarrollo, organizaciones no gubernamentales de acción específica, organizaciones de productores o universidades.

Aparte de apoyar económicamente todo tipo de proyectos relacionados con la agricultura, la ganadería y la pesca, el FIDA se implica directamente en el diseño de políticas agrícolas, ganaderas, pesqueras, de alimentación y desarrollo rural. Para el FIDA, la participación efectiva en el proceso de formulación de políticas es el proceso a través del cual el Fondo colabora, de forma directa e indirecta, con los gobiernos asociados y otras partes interesadas de cada país. El objetivo del Fondo es influir en las prioridades políticas o en la formulación, aplicación y evaluación de las políticas oficiales que dan forma a las oportunidades para lograr la transformación rural inclusiva y sostenible (FIDA, 2020). En esta labor, el FIDA realiza actividades que ayudan a fortalecer la capacidad de los gobiernos nacionales para formular y aplicar políticas y evaluar su eficacia, pero también la de las organizaciones de comunidades rurales para participar en el diálogo sobre las políticas con sus respectivos gobiernos. Además, interviene en todas las fases del ciclo de formulación de las políticas: la determinación de los problemas, el diseño y la aprobación de las políticas, su aplicación y la evaluación de su impacto y eficacia, sin condicionar su ayuda económica a los proyectos al seguimiento de sus recomendaciones.

En todo caso, su labor es ingente: en el trienio 2016-2018, el Fondo financió proyectos por 3300 millones de dólares, con sus correspondientes seguimientos y evaluaciones, con un importante impacto en los países que más lo necesitan. Los proyectos en curso en 2018 sumaban 7050,9 millones de dólares, que se repartían entre cinco regiones: América Latina-Caribe, África Occidental y Central, África Oriental y Meridional, Cercano Oriente, África del Norte y Europa, y Asia-Pacífico.

Para saber más:

- https://www.ifad.org/documents/38714170/41203550/AR2018_s_LONG.pdf/fc1862d6-b6c2-a05c-4fd1-2b56cd39e89d.

- <https://www.ifad.org/es/history>.
- <https://www.ifad.org/es/country-level-policy-engagement>.
- <http://revistas.uned.es/index.php/REPPP/article/view/13360/1219>.

3. INSTRUMENTOS EJECUTIVOS DE GESTIÓN DE CRISIS

3.1. EL PROGRAMA MUNDIAL DE ALIMENTOS

El Programa Mundial de Alimentos (PMA, WFP por sus siglas en inglés), fundado en 1961, es el organismo de asistencia alimentaria del Sistema de las Naciones Unidas. Cada año alimenta a más de 97 millones de personas en más de 80 países y es la organización humanitaria líder en la lucha contra el hambre en el mundo: brinda asistencia alimentaria en situaciones de emergencia y trabaja con las comunidades para mejorar la nutrición y crear resiliencia.

El PMA está gobernado por una Junta Ejecutiva de 36 estados miembros. Trabaja en estrecha colaboración con la FAO y el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola. El PMA está asociado con más de mil ONG nacionales e internacionales para ofrecer asistencia alimentaria e intentar acabar con las causas del hambre.

El PMA no tiene una fuente independiente de ingresos y todos sus fondos provienen de donaciones. El origen de estos ingresos es diverso: los Estados (unos 60), las empresas y los particulares. Todas estas donaciones (en efectivo o en especie) deben estar acompañadas del dinero necesario para trasladar, administrar y monitorear la asistencia alimentaria del PMA. Hasta tal punto el Programa carece de una fuente independiente de ingresos que recientemente (en 2014 y 2017) ha tenido que rebajar sus raciones por falta de aportaciones.

Gracias a la asistencia financiera externa del FIDA, en 2018 el PMA recaudó la cifra récord de 7200 millones de dólares, con los que pudo comprar 3,6 millones de toneladas de alimentos, lo que supuso distribuir aproximadamente 15.000 millones de raciones. Al menos, tres cuartas partes de los alimentos adquiridos proviene de países en vías de desarrollo.

Los esfuerzos del PMA se centran en la asistencia frente a emergencias, el alivio y la rehabilitación, la ayuda para el desarrollo y las operaciones especiales. Dos tercios de su trabajo se desarrolla en países afectados por conflictos, donde las personas tienen tres veces más probabilidades de sufrir desnutrición que aquellas que viven en países sin conflictos. En las emergencias, el PMA brinda inmediata asistencia alimentaria a las víctimas de guerras, conflictos civiles, sequías, inundaciones, terremotos, huracanes, pérdidas de cosechas y desastres naturales. Cuando la emergencia termina, el PMA ayuda a las comunidades a reconstruir sus vidas y los medios de sustento afectados.

Para saber más:

- <https://es.wfp.org/panorama>.
- <https://eacnur.org/es/programa-mundial-de-alimentos>.

INSTRUMENTOS EUROPEOS

1. LA ORGANIZACIÓN COMÚN DE MERCADOS ÚNICA

Hasta 1992, el instrumento jurídico de que disponía la Política Agrícola Común de la Unión (PAC) para regular los mercados agrícolas eran las comúnmente conocidas OCM, las Organizaciones Comunes de Mercado o conjunto de normas que regían el mercado de un producto concreto. Había OCM de los cereales, de las oleaginosas y proteaginosas, de la leche, del arroz, del aceite de oliva, de frutas y hortalizas, y así hasta 21. Hoy solo existe una OCM, la llamada OMC única, que se rige por el Reglamento (UE) N° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013.

El Reglamento 1308/2013 es un texto complejo que consta nada menos que de 232 artículos. Aunque el texto legal regula decenas de medidas de toda clase y condición, aquí centraremos nuestra atención únicamente en las que están orientadas a resolver crisis como las que puede plantear la pandemia de COVID-19, recogidas bajo la rúbrica «Medidas Excepcionales» (artículo 219 y siguientes).

El Reglamento otorga poderes extraordinarios a la Comisión Europea para que esta pueda dictar reglamentos delegados adoptando las medidas de mercado que sean necesarias, dentro de un marco, cuando se produzcan perturbaciones que amenacen con producir incrementos o bajadas significativos de los precios y que se concretan en dos ámbitos: por una parte, una crisis alimentaria derivada de un problema sanitario alimentario y de las consecuencias que este provoque en la confianza de los consumidores y, por otra, una crisis derivada de desequilibrios graves en los mercados.

El artículo 220, por ejemplo, regula las medidas relacionadas con enfermedades animales y con la pérdida de confianza de los consumidores debido a la existencia de riesgos para la salud pública o la sanidad de los animales o las plantas. Se trataría de una respuesta para hacer frente a los efectos de una crisis alimentaria de carácter sanitario.

Por su parte, el artículo 222 del Reglamento 1308/2013 autoriza a que la Comisión permita, durante dichos periodos, no aplicar la prohibición del artículo 101.1 TFUE a los acuerdos y decisiones de las organizaciones de productores reconocidas, de las asociaciones de estas y de las organizaciones interprofesionales reconocidas pertenecientes a cualquiera de los sectores a que se refiere el artículo 1, apartado 2 del Reglamento 1308/2013 siempre que tales acuerdos y decisiones no menoscaben el correcto funcionamiento del mercado interior, tengan como única finalidad estabilizar el sector afectado y se encuadren en una o más de las siguientes categorías:

- retirada del mercado o distribución gratuita de sus productos;
- transformación y procesado;
- almacenamiento por operadores privados;
- medidas de promoción conjunta;
- acuerdos sobre requisitos de calidad;

- adquisición conjunta de insumos necesarios para combatir la propagación de plagas y enfermedades en los animales y las plantas en la UE, o de insumos necesarios para hacer frente a los efectos de las catástrofes naturales en la UE; y
- planificación temporal de la producción, teniendo en cuenta la naturaleza específica del ciclo de producción.

La aplicación de este precepto es problemática. En primer lugar, por su carácter excepcional: la regla general sigue siendo la aplicación del artículo 101.1 TFUE, por lo que la interpretación y aplicación de el artículo 222 debe ser restrictiva. En segundo lugar, porque «desequilibrios graves» es un concepto jurídico indeterminado cuya necesaria interpretación queda en manos de la Comisión, y es obvio que la ambigüedad de la expresión puede propiciar la arbitrariedad. Y, en tercer lugar, porque el apartado 2 del artículo 222 determina que el apartado 1 únicamente se aplicará si la Comisión ya ha adoptado una de las medidas mencionadas en el capítulo I («Medidas Excepcionales»), si los productos han sido adquiridos en el marco de una intervención pública o si se ha concedido ayuda al almacenamiento privado al que se refiere la parte II, título II, capítulo I del Reglamento 1308/2013.

Precisamente, la crisis de la COVID-19 ha puesto a prueba este sistema de medidas. Así, haciendo uso de sus prerrogativas, la Comisión Europea ha aprobado un conjunto de Reglamentos de ejecución en los que ha acordado la concesión de ayudas al almacenamiento privado de carnes de ovino y caprino, bovino, mantequilla, leche desnatada en polvo y queso (Reglamentos de ejecución de la Comisión números 2020/595, 2020/596, 2020/597, 2020/598 y 2020/591).

El mecanismo adoptado por la UE consiste, esencialmente, en sustituir la tradicional intervención pública —es decir, la retirada de estos productos del mercado por parte del Estado o los Estados— por una retirada privada realizada por los particulares, a los que se financia con ayudas para que lleven a cabo el mismo cometido. Se supone que el resultado es el mismo, pero mucho más barato.

Para saber más:

- <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/107/los-instrumentos-de-la-pac-y-sus-reformas>.
- https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/farming/coronavirus-response_es.
- <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/108/el-primer-pilar-de-la-pac-i-la-organizacion-comun-de-mercados-ocm-de-los-product>.

2. EL MECANISMO ALIMENTARIO

El 18 de diciembre de 2008, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron el Reglamento 1331/2008 por el que se creaba el Mecanismo Alimentario, un sistema de ayudas

por un importe de 1000 millones de euros que constituyó la principal respuesta de la UE a la crisis alimentaria 2007/2008. Tal sistema de ayudas tuvo como objetivos prioritarios:

- i) Fomentar una reacción positiva, concretada en un aumento de la oferta, del sector agrícola de los países y regiones objetivo.
- ii) Apoyar actividades destinadas a responder rápida y directamente con el fin de reducir los efectos negativos de la volatilidad de los precios de los productos alimenticios sobre las poblaciones locales, de acuerdo con los objetivos mundiales relativos a la seguridad alimentaria, incluidas las normas de las Naciones Unidas en materia de necesidades nutricionales.
- iii) Fortalecer las capacidades productivas y la gobernanza del sector agrícola con el fin de incrementar la sostenibilidad de las intervenciones.

Ejecutado a través de la FAO, el Mecanismo Alimentario, que fue extraordinariamente útil, se aprobó solo para el trienio 2009-2011, por lo que se agotó justamente cuando se produjo otra crisis de precios en 2011. Prestó apoyo a proyectos y programas de 23 países en desarrollo: Afganistán, Bangladesh, Burkina Faso, Birmania/Myanmar, Burundi, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Cuba, Eritrea, Etiopía, Gambia, Guinea-Bissau, Haití, Honduras, Kenia, Liberia, Malí, Mozambique, Pakistán, Palestina, Filipinas, Sierra Leona y Zimbabue.

El problema estriba en que este proyecto fue solo temporal. La Unión no respondió de una forma tan contundente a la crisis de precios de 2011 ni ha anunciado que pueda hacerlo en esta nueva crisis, más allá de las medidas de mercado ya aprobadas y comentadas *supra*. La Comisión publicó en marzo de 2010 una Comunicación (Com (2010) 127 final al Consejo y al Parlamento Europeo) sobre un marco estratégico de la UE para ayudar a los países en vías de desarrollo a enfrentarse a los retos relativos a la seguridad alimentaria. Su objetivo es establecer un enfoque integral por parte de la UE y sus Estados miembros en la lucha contra el hambre y la desnutrición en el mundo en vista del progreso desigual e insuficiente hacia la consecución de la seguridad alimentaria y los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que, si bien son metas tan necesarias como ambiciosas, no constituyen una medida tan directa, quirúrgica y eficaz como lo fue en su día el Mecanismo Alimentario.

Para saber más:

- https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_09_490.
- <http://www.fao.org/europeanunion/eu-projects/eu-food-facility-details/es>.

3. FOOD SECURITY INFORMATION NETWORK

La Red de Información sobre Seguridad Alimentaria, en inglés Food Security Information Network (FSIN), es un más que interesante proyecto conjunto entre la UE y la Agencia de Desarrollo Internacional de Estados Unidos.

FSIN constituye un fenomenal *think tank* alimentario, una plataforma técnica para intercambiar experiencia y mejores prácticas sobre seguridad alimentaria y análisis nutricional que suministra información independiente y basada en el consenso y resuelve lagunas críticas de datos, al tiempo que constituye:

- i) Una plataforma técnica para el intercambio de experiencias y mejores prácticas para mejorar la seguridad alimentaria y la medición de la nutrición.
- ii) Una entidad de apoyo al desarrollo coordinado de los sistemas de seguridad alimentaria y nutricional.
- iii) Una instancia que intermedia entre las necesidades de desarrollo de capacidades de los países y regiones y los socios de desarrollo.
- iv) Un organismo que promueve la adopción de decisiones oportunas, independientes y basadas en evidencia sobre seguridad alimentaria y nutrición.

La FSIN emite un interesante Informe Global sobre Crisis Alimentarias («Global Report on Food Crisis») de periodicidad anual que está a disposición del público.

Para saber más:

<https://www.fsinplatform.org>.

MECANISMOS GLOBALES DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

1. PROGRAMA MUNDIAL PARA LA AGRICULTURA Y LA SEGURIDAD ALIMENTARIA

Se trata de un fondo de intermediación financiera que canaliza subvenciones para las partes interesadas de diferentes maneras que se adaptan a sus necesidades: a los países a través de sus gobiernos; a las empresas del sector privado y los agronegocios a través de paquetes de financiamiento innovadores; y a las organizaciones de agricultores a través de proyectos piloto creativos.

Sus donantes son numerosos gobiernos (entre ellos, el español) y la Fundación Bill & Melinda Gates, y está sujeto a la supervisión de organismos internacionales como la FAO, el PMA, el IFAD o el IFC en lo que respecta a las cuestiones financieras.

Para saber más:

– <https://www.gafspfund.org/approach>.

2. IFPRI-CGIAR

El International Food Policy Research Institute es un instituto internacional dedicado a la investigación sobre política alimentaria. Fundado en 1975, el IFPRI trabaja para ofrecer

soluciones políticas basadas en la investigación con el objetivo de reducir de forma sostenible la pobreza, el hambre y la malnutrición en los países en desarrollo.

Dispone de una enorme panoplia de donantes, entre los que se hallan Estados, fundaciones, institutos de investigación y de desarrollo, universidades, bancos regionales, empresas, ONG y organizaciones internacionales.

Pertenece al CGIAR, el Grupo Consultivo en Investigación Agraria Internacional creado en 1971 como una plataforma científica global para combatir el hambre. Dispone también de numerosos donantes, tanto públicos como privados.

Para saber más:

- <https://www.ifpri.org>.
- <https://www.cgiar.org>.

Fecha de recepción: 31 de julio de 2020.

Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2020.

DEL PASADO AL PRESENTE DE LAS FUNDACIONES. REFLEXIÓN
SOBRE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES Y LA COVID-19
*FROM THE PAST TO THE PRESENT OF FOUNDATIONS. REFLECTION
ON BUSINESS ACTIVITIES AND THE COVID-19*

Alejandro Rosillo Fairén

Profesor del Instituto de Estudios Bursátiles

Doctor en Derecho-Abogado

María Núñez Carrasco

Graduada en Derecho

RESUMEN

El artículo analiza en primer lugar el histórico cambio normativo que han experimentado las fundaciones en España desde la aprobación de la Constitución de 1978, a pesar de que hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1994 —posteriormente renovada por la Ley 50/2002— no existió una regulación normativa sistematizada sobre la materia. El trabajo aborda asimismo la cuestión de la posible realización de actividades económicas por las fundaciones y la disyuntiva entre la permisividad de tales actividades y la consecución de sus fines sociales. Finalmente, tomando como referencia la excepcional situación sanitaria generada por la COVID-19, se lleva a cabo una valoración de las singulares modificaciones de nuestra vigente Ley de Fundaciones y su adaptación al contexto social, económico y sanitario.

PALABRAS CLAVE

Constitución Española, interés general, fundación, doctrina, empresas, protectorado, patronato, COVID-19.

ABSTRACT

This article explains the historical regulatory change that the institution of foundations has undergone through in Spain, which was achieved with the Constitution 1998. However, a systematized regulatory regulation was not obtained until the entry into force of Law 30/1994, modified later with the Law 50/2002, both of them on Foundations. In addition, the article also presents the possible performance of economic activities by foundations. This implies a dilemma between their permissiveness and the achievement of their social aims. Finally, due to the exceptional health crisis of Covid-19, an assessment is made about the singular modifications of the current Law on Foundations adapted to the social, economic and health panorama.

KEY WORDS

Spanish Constitution, general interest, doctrine, business, protectorate, board, COVID-19.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.020

DEL PASADO AL PRESENTE DE LAS FUNDACIONES. REFLEXIÓN SOBRE LAS ACTIVIDADES EMPRESARIALES Y LA COVID-19

Alejandro Rosillo Fairén

Profesor del Instituto de Estudios Bursátiles
Doctor en Derecho-Abogado

María Núñez Carrasco

Graduada en Derecho

Sumario: 1. El fenómeno fundacional dentro del constitucionalismo español. 2. Inclusión en el Código Civil y posterior desarrollo normativo. 3. En torno a la realización de actividades empresariales. 4. Las fundaciones y la COVID-19. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. EL FENÓMENO FUNDACIONAL DENTRO DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

Como es bien conocido, la Constitución Española de 1978 reconoce en su art. 34 el «derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley». Aunque hoy pueda parecernos un precepto que, con toda lógica, encaja perfectamente en el articulado de una moderna carta magna, en la época de la aprobación de la CE-78 la citada disposición supuso la ruptura de una cierta inercia que mal podría ser calificada de «tradicición». La

constitucionalización del derecho de fundación implicó un cambio sustancial respecto a una posición indiferente e incluso contraria a su reconocimiento.

Efectivamente, en el constitucionalismo español no existe ningún antecedente en la materia no solo en el siglo XIX, sino tampoco en el siglo XX, de ahí que sea lícito hablar de un cambio radical en los poderes públicos al respecto.

Esa base tan frágil provocó que la figura de la fundación estuviera regulada básicamente por normas de carácter reglamentario. Ello motivó que se alcanzara un grado de dispersión normativa verdaderamente desmedido que no solo dificultaba el conocimiento de las disposiciones vigentes, sino que, en último término, propiciaba que todo lo no previsto por normas de rango de ley —en la práctica, la mayor parte de la materia— quedara al arbitrio de lo que cada gobierno decidiera en su ámbito potestativo.

No puede olvidarse que en España las fundaciones fueron vistas con suma desconfianza tras la instauración del liberalismo constitucional. No podía ser de otro modo para una concepción acérrimamente liberal y, por tanto, reacia a admitir la existencia de las denominadas «manos muertas», emplazadas fuera del tráfico jurídico ordinario y consideradas, por ello, un verdadero vestigio del por entonces ya extinto Antiguo Régimen y una rémora incompatible con el nuevo orden económico.

La desamortización consiguió el objetivo de transformar esas manos muertas en «vivas». Por lo demás, no resulta posible obviar el estrepitoso fracaso de esta vía, ya que no logró —ni mucho menos— ninguno de los otros objetivos que, en principio, parecía perseguir: acabar con los latifundios existentes y llevar a cabo la reforma agraria. No obstante, en el resto de Europa la situación era similar, como lo demuestra el silencio de otras constituciones de la época.

Afortunadamente, el contexto cambió totalmente en 1978 con el advenimiento de la democracia. En este sentido, es preciso recordar que la interpretación del precitado art. 34 CE debe ser realizada en estricta consonancia con el tenor literal del artículo primero de nuestra carta magna: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho».

La primera conclusión de lo dicho es que ese reconocimiento del art. 34 CE no es sino una manifestación del carácter «social» del Estado, que el constituyente antepuso al propio reconocimiento de la democracia. Únicamente pueden quedar bajo la salvaguarda constitucional aquellas fundaciones que desarrollen «fines de interés general».

Eso implica, por un lado, que, conforme a las exigencias constitucionales, la regulación de las fundaciones ha de realizarse por ley, aunque esta previsión no implica que se haya roto definitivamente con el pasado más inmediato y se haya excluido en esta materia la potestad reglamentaria del Gobierno. Más bien al contrario, aquella ha de supeditarse a lo que la Constitución y las leyes que la desarrollen puedan determinar. Lo que sí ha de descartarse categóricamente es la viabilidad de cualquier tipo de iniciativa que pretenda deslegalizar las fundaciones y regularlas exclusivamente a través de reglamentos.

Por otro lado, debe desterrarse la eventual creación de cualquier fundación que no satisfaga fines de interés general, opinión confirmada doctrinal y jurisprudencialmente, hasta el punto de que se ha señalado que «[...] es un peligro que realmente no tiene viabilidad». Además de subvertir el propio concepto de fundación, la armonización de semejante supuesto con la Constitución sería más que dudosa. Por ello, es preciso reiterar la necesidad de reforzar los caracteres básicos de la fundación establecidos por la doctrina, más aún cuando esta figura se halla cada vez más extendida en el tráfico jurídico y goza de plena actualidad.

2. INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y POSTERIOR DESARROLLO NORMATIVO

El CC español, promulgado con indudable retraso debido a las especiales dificultades que mediaron en nuestro proceso codificador, vio la luz cerca ya del siglo XX, nada menos que casi un siglo desde la aprobación del CC francés de 1804. Semejante retraso provocó que, a diferencia de este último —y de otros Códigos, por ejemplo el austriaco—, nuestro CC fuera, al menos en lo que respecta a las fundaciones, la lógica consecuencia de una evolución histórica.

De los antaño bienes vinculados se dio pasó a una desamortización que no sería injusto calificar como «poco afortunada», ya que, pese a convertir a las manos «muertas» en «vivas», solo logró consolidar a la burguesía como estrato dominante en la sociedad.

Ya a fines del siglo XIX, y tras el impulso dado por la Ley General de Beneficencia de 20 de julio de 1849, se produjo el pleno reconocimiento de las fundaciones como personas jurídicas a través de su inclusión en el art. 35 del CC.

Sin duda, de la lectura de este último precepto puede inferirse que los redactores del CC llegaron a la conclusión de que, dado que el requisito del interés público era obligatorio, resultaría imposible que la fórmula fundacional sirviera para un eventual renacimiento de las vinculaciones, toda vez que se consideraba sin vacilaciones que estas últimas eran contrarias al progreso y lo dificultaban. De ahí que, en última instancia, el legislador fuera el obligado a remover todos los obstáculos para que esos bienes dejaran de ser *res extra commercium* y se integraran plenamente en el libre juego de la oferta y la demanda.

La principal característica de este periodo fue que el desarrollo y complemento del Código se llevó a cabo por vía reglamentaria; el CC tan solo proporcionaba un raquíptico marco que posibilitaba la existencia de las fundaciones, pero no más.

Si a ello se une una indudable inexistencia de voluntad política durante tan largo periodo para afrontar la creación de una ley de fundaciones —muy probablemente porque había otras prioridades—, el resultado fue que la Administración quedó convertida *de facto* en la única instancia responsable de arbitrar una completa regulación. De ahí que, en un país como España, con profusos cambios de gobierno y aun de régimen, esto supusiera, como acertadamente se ha señalado, un verdadero «desconcierto».

En este sentido, puede afirmarse sin ningún género de dudas que la doctrina es plenamente unánime a la hora de señalar el caos normativo existente antes de 1994. En palabras de Piñar Mañas:

«Jurídicamente, la situación previa a la Ley de Fundaciones era insostenible. La regulación de las fundaciones era caótica, decimonónica, obsoleta. La seguridad jurídica era casi una desconocida. Las normas o no se aplicaban o se aplicaban sin certeza sobre su efectiva vigencia, sobre todo tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 [...] Y se había producido una situación de hiperregulación que no podía ser resuelta con la sola derogación de las normas, sino que requería de una labor normativa simplificadora y unificadora».

Esta necesaria labor sistematizadora no llegó a producirse, pese a que había sobrados motivos para ello. Más aún cuando, en los años sesenta del siglo XX, ya no podía discutirse la importancia y la decidida actualidad del fenómeno, relevancia vinculada a la incipiente creación de las primeras grandes fundaciones encuadradas en el marco del denominado desarrollismo, iniciado, como se sabe, con el denominado Plan de Estabilización de 1959.

Entre otros objetivos, estos entes perseguían uno que entonces era prioritario —aunque también sigue siéndolo ahora—: la construcción de viviendas de carácter social para aquellos sujetos que no tenían la posibilidad de acceder a los inmuebles ofertados en el mercado. También es preciso hacer referencia a las famosas «fundaciones laborales». En todo caso, y como ya se ha dicho, para su reconocimiento al más alto nivel jerárquico del ordenamiento hubo que esperar a la promulgación de la Constitución Española de 1978. El desarrollo legislativo del artículo 34 CE se demoró nada menos que dieciséis años, es decir, hasta la aprobación la Ley 30/1994, de 30 de noviembre, de Fundaciones.

La actuación legislativa del Estado llegaba con retraso. Prueba de ello es el hecho de que en tan prolongado íterin ya habían aparecido diversas normas en el ámbito autonómico, fruto de la descentralización territorial regulada en el Título VIII de la carta magna. La exposición de motivos de la ley estatal reconocía sin tapujos el caos normativo existente y se pronunciaba con bastante contundencia contra el pasado más inmediato, haciéndose eco de los requerimientos doctrinales en pro de la simplificación, la claridad, la racionalidad y la seguridad jurídica.

La Ley 30/1994 constituye la primera regulación sistemática del fenómeno fundacional en la historia de España. Aunque apenas estuvo en vigor ocho años, supuso un verdadero revulsivo para esta institución y contribuyó a incrementar el auge que ya se había producido con el advenimiento de la democracia. En los cinco años posteriores a su entrada en vigor se crearon nada menos que 872 fundaciones, efervescencia que se produjo antes de que se promoviera con tanto ímpetu ese talante «dinamizador» y supresor de determinados controles administrativos incluso respecto a la enajenación o gravamen de bienes propios. Junto a este desarrollo tuvo lugar un paulatino cambio en las actividades de las fundaciones. Aunque actualmente la asistencia social es todavía el área en la que, en términos porcentuales, desarrollan su actividad la mayoría de estos entes, en los últimos lustros esta labor ha dejado de ser la preocupación prioritaria de las fundaciones.

Ello se debe a la extensión y el desarrollo del moderno Estado del bienestar, construido en los países occidentales centrales tras el fin de la Segunda Guerra Mundial y definitivamente consagrado en España con la aprobación de la CE. Pese a que el entramado estatal del bienestar social fuera constitucionalizado en 1978, constituye un grave error considerar que para llevar a cabo las diversas funciones del Estado social es suficiente la labor desarrollada por los poderes públicos. A ese desarrollo debe contribuir activamente tanto la sociedad civil —cada ciudadano a título individual o preferentemente asociado con otros a fin de lograr la máxima coordinación y los mejores resultados— como las fundaciones surgidas de aquella, tal y como se encargó de recordar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 18/1984, de 7 de febrero.

La aprobación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones dio un nuevo y definitivo impulso a este sector. La exposición de motivos de la ley es, en este sentido, sumamente esclarecedora: «Resulta necesario acoger en nuestro sistema jurídico algunas experiencias innovadoras que se han desarrollado en los últimos años en el Derecho comparado, y que pueden servir para fortalecer el fenómeno fundacional en nuestro país. Por otro lado, la reforma da respuesta a las demandas de las propias fundaciones, en un sentido general de superar ciertas rigideces de la anterior regulación, que, sin significar claras ventajas para el interés público, dificultaban el adecuado desenvolvimiento de la actividad fundacional: simplificación de trámites administrativos, reducción de los actos de control del Protectorado, reforma del régimen de organización y funcionamiento del Patronato, etc.».

Por lo que luego se dirá, es especialmente relevante que la dotación mínima para constituir una fundación sea de 30.000 euros (art. 12.1) y que deba ser destinado a la realización de los fines fundacionales al menos el 70 % de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato (art. 27.1).

3. EN TORNO A LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

En la doctrina española de los años sesenta del siglo XX, determinadas voces plantearon tempranamente la cuestión del desarrollo de actividades empresariales por parte de las fundaciones y sostuvieron que tal posibilidad era lícita. Sin embargo, también se puso de manifiesto que la utilización de una fundación con fines exclusivamente económicos podría propiciar el abuso de la personalidad jurídica para perseguir móviles especulativos.

No obstante, este tipo de supuestos aun no estaba expresamente previsto por el ordenamiento jurídico español ni siquiera de forma reglamentaria. El verdadero punto de partida de la realización de actividades económicas por parte de las fundaciones españolas ha de situarse en el art. 28 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y de los Servicios administrativos

encargados del Protectorado de las mismas. La formulación del citado Decreto era marcadamente restrictiva, dado que establecía la sujeción a un régimen de autorizaciones previas y limitaba las actividades económicas de las fundaciones a las «estrictamente necesarias».

Considerando lo expuesto hasta aquí, podría afirmarse que el legislador postconstitucional ha tratado de corregir esa regulación mediante cambios que han propiciado una semejanza tendencial entre el régimen de estas entidades y el de las propias sociedades mercantiles.

En todo caso, permanece un sustrato en el que encontramos una persona jurídica, con un patrimonio, unos fines, unos estatutos debidamente inscritos y un órgano de gobierno que actúa en el tráfico jurídico sin dificultad alguna bajo el amplio paraguas de las actividades «complementarias o accesorias», como prevén los incisos 1 y 2 del artículo 24 de la Ley 50/2002:

- «1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia [...]
2. Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca».

El desarrollo de ese tipo de actividades plantea un dilema jurídico, ya que su pleno encaje en el art. 34 de la Constitución Española genera dudas. El hecho de prescindir de las denominadas «fundaciones-empresa» teóricamente no atentaría contra el contenido del precepto constitucional.

Aunque desde el punto de vista dogmático las previsiones del legislador pueden interpretarse como un respaldo a la ampliación del ámbito de libertad de las fundaciones, debemos realizar una matización. No puede obviarse que las actividades mercantiles se caracterizan por un componente de «riesgo» que es inherente a la propia actividad empresarial. Las empresas asumen riesgos de toda índole que, en último término, pueden provocar que se pierda la propia aportación realizada en origen.

La cuestión, por tanto, radica en determinar si ese riesgo puede resultar «asumible» por las fundaciones. Algunas voces provenientes de la doctrina han expresado sus reservas al respecto, señalando que la incorporación a los estatutos del desarrollo de una «actividad empresarial» debería requerir la autorización del Protectorado. Efectivamente, este órgano debería ser el que evaluara —previa presentación de una memoria y del ofrecimiento de caución por parte de los patronos u otros— hasta qué punto puede considerarse justificable la realización de inversiones en sociedades al objeto de robustecer la realización de fines de interés social, más aún cuando estos pueden devenir del todo punto imposibles si se pierde la aportación realizada, lo que conllevaría la propia disolución de la fundación, cuyo funcionamiento deviene inviable sin un sustrato patrimonial suficiente. A estos efectos, el art. 31 c) de la Ley 50/2002 dispone: «La fundación se extinguirá [...] c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional [...]».

Planteamos aquí el problema de si puede ser «asumible» dicha inversión —aunque si hay algo claro, es que es posible, y no solo desde las leyes de 1994 y 2002—.

Por ello, y sin criticar dicha posibilidad, es necesario mantener cierto equilibrio y moderar las posturas excesivamente favorables al desarrollo ilimitado de actividades mercantiles.

Y ello por la delicada situación que puede crearse, dado que en todo momento debe velarse por la consecución de los fines fundacionales y por la preservación de la propia entidad en el futuro. Lo contrario no tendría sentido ni sería «justo» para el fundador, que, sin duda alguna, al constituir la fundación pretendía que la obra de interés social realizada tuviera la máxima duración posible.

Sin embargo, ese «dinamismo» parece ser más acorde con el mundo empresarial, donde las entidades, en su lícito afán de lucro, buscan nuevos mercados, atraen a los clientes de la competencia, mejoran sus productos y desarrollan otros nuevos... al igual que, en ocasiones, sucumben porque son víctimas de los cambios tecnológicos, de las huelgas, del aumento de los costes laborales, del precio las materias primas, de los tipos de interés y, por desgracia, de los cambios acaecidos en 2020 tras la irrupción de la COVID-19.

Debemos reconocer que se ha iniciado una dinámica en la que no hay señal alguna de remisión. Por el contrario, parece que en el futuro se agravará. En virtud de este fenómeno, las fundaciones se asimilan y se asimilarán cada vez más a las empresas.

No hablamos ya de una tendencia que eventualmente pueda desarrollarse en el futuro, sino de una realidad tangible. Existe cierta conciencia de que la gestión patrimonial de la fundación ha de estar regida por criterios empresariales, y de que aquella exige recursos suficientes, gestionables de forma rápida y rentable.

4. LAS FUNDACIONES Y LA COVID-19

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, modificado por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, recoge una serie de medidas que afectan a las personas jurídicas de Derecho privado, entre ellas las fundaciones estatales y autonómicas.

Entre las que se establecieron en ambos decretos, destaca el mantenimiento, el gobierno y la gestión de las fundaciones tanto durante la vigencia el estado de alarma como a lo largo del confinamiento.

Los artículos 40.1 y 40.2 del RDL 8/2020 previeron la celebración de las reuniones de patronato, bien por videoconferencia, bien por escrito y sin sesión aun cuando no estuviera previsto en los estatutos de la fundación. En ambos casos se consideraba que las reuniones tenían lugar en el domicilio de la fundación.

Sin embargo, se decretó la suspensión de los plazos legales fijados para la formulación y aprobación de las cuentas anuales.

No obstante, el RDL 8/2020 estableció que, una vez finalizado el estado de alarma, la fundación contaría con un nuevo período de tres meses para formular sus cuentas. Asimismo, en el caso de que, a la fecha de declaración del estado de alarma, la fundación ya hubiera formulado las cuentas del ejercicio anterior, la norma dispuso que el plazo para la verificación contable de esas cuentas se entendería prorrogado por dos meses a contar desde la finalización del estado de alarma, con independencia de que la auditoría fuera obligatoria o voluntaria.

Además, otra de las grandes preocupaciones de todas las fundaciones ha sido garantizar la seguridad de las personas. Al respecto, una gran iniciativa ha sido la de la Asociación Española de Fundaciones, que ha puesto a disposición un servicio de voluntarios digitales para que las entidades estén continuamente informadas de los cambios normativos (cumplimiento de obligaciones legales, plazos, acceso a financiación, etc.).

Por ello, las fundaciones de ámbito sanitario, residencial y de alimentación a los colectivos más desfavorecidos han asumido un papel esencial. Incluso tras la finalización del estado de alarma, tienen como objetivo seguir en contacto con sus beneficiarios.

Ni que decir tiene que ciertas fundaciones están desarrollando una transformación completa de su actividad, ya que no han podido desempeñar su labor natural propia y, por tanto, han sido sustituidas por otras, entre ellas la creación de equipamientos y material sanitarios o la cesión de espacios.

En suma, durante los meses de duro confinamiento y estado de alarma la pandemia ha creado una situación de contratiempo extraordinario y ha impactado vigorosamente en todo el país, pero también ha generado numerosas muestras de solidaridad.

Las fundaciones han reafirmado su razón de ser como instrumentos de colaboración y respaldo social perfectamente ejercitados cuyos objetivos son, entre otros, distribuir ayudas, aportar información y compartirla con los beneficiarios y otras fundaciones en aquellos momentos en los que el amparo y la solidaridad son más necesarios.

5. CONCLUSIONES

En pleno siglo XXI, las fundaciones se han convertido en pieza clave del desarrollo español en múltiples áreas y han complementado —cuando no sustituido— la labor de los poderes públicos. Como hemos visto, existe un vínculo tangencial entre las fundaciones y las empresas. No obstante, el hecho de que las fundaciones puedan realizar actividades mercantiles nos lleva a considerar que la dotación prevista por el legislador, 30.000 euros, resulta un tanto exigua. No en vano, se trata de una cifra que es la mitad del importe exigido para constituir una sociedad anónima. Debería, por tanto, al menos equipararse la dotación mínima de las fundaciones con la de las sociedades anónimas, sobre todo si se tiene en cuenta la precitada «aproximación» entre ambos tipos de entidad. Para ser honestos, debemos subrayar que resulta difícil concebir proyectos fundacionales de interés general para la sociedad que puedan tener una repercusión mínimamente útil con la dotación mí-

nima actualmente prevista. Y también debería establecerse un mayor porcentaje dedicado a reservas. No en vano, la crisis de la COVID-19 ha puesto en evidencia la necesidad de replantear muchas situaciones que parecían inmutables, y todas aquellas medidas que puedan mitigar futuras y no descartables pandemias han de ser bienvenidas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1960): «La persona jurídica», *Revista de Derecho Notarial*, VIII (XX-VIII).
- (162004): *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Madrid: Edisofer.
- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (32002): *Derecho Político Español. Según la Constitución de 1978. Volumen II. Derechos Fundamentales y Órganos del Estado*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- (1978): *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid: Ed. del Foro.
- CAFFARENA, Jorge (1991): *El régimen jurídico de las Fundaciones: estudio para su reforma*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales.
- CAPILLA RONCERO, Francisco (21993): «Artículos 17 a 41 del Código Civil», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, v. 3., Madrid: EDERSA.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (2004): «Actividades económicas (mejor empresariales) de las fundaciones», en J.M. Porras y F.F. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, v. I. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- DE PRADA José María (1997): «La constitución de las fundaciones», en J.L. Piñar Mañas y I. Olmos Vicente (dirs.), *Las fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley*, Madrid: Ed. Fundación Alfonso Martín Escudero-Dykinson.
- DEL CAMPO ARBULO, José Antonio (1996): *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Madrid: Centro de Fundaciones.
- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (161981): t. IV, Buenos Aires: Ed. Heliasta.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN BALLESTEROS (102001): *Sistema de Derecho Civil*, v. I., Madrid: Tecnos.
- DÍEZ PICAZO, Luis (2003): «Sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 33.
- ESCUADERO, José Antonio (1995): *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*, Madrid: Solana e hijos, A.G, S.A.
- ESTEBAN ALONSO, Jorge (1993): *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, José (2004): «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de Fundación», en S. Muñoz Machado, M. Cruz Amorós y R. de Lorenzo (dirs.) *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, Madrid: Iustel.
- GARRIDO FALLA, Fernando (32001): *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas.
- GONZÁLEZ CUETO, Tomás (2003): *Comentarios a la Ley de Fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor: Aranzadi.
- Gran Enciclopedia Rialp* (1973): Madrid: Rialp.
- HUERTA HUERTA, Rafael y César HUERTA IZAR DE LA FUENTE (1998): *Fundaciones. Régimen civil, administrativo y fiscal*, t. I, Barcelona: Bosch.
- LINARES ANDRÉS, Lucía (1998): *Las fundaciones. Patrimonio, funcionamiento y actividades*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LÓPEZ JACOISTE, José Javier (1965): «La Fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», *Revista de Derecho Privado*.

- MALUQUER DE MOTES, Carlos (1983): *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)*, Barcelona: Publicaciones la Universidad de Barcelona.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José (1998): *Legislación sobre fundaciones*, Madrid: Tecnos.
- (2006): «Artículo 35», en R. Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor: Thompson-Aranzadi.
- MARTÍNEZ NIETO, Antonio (2003): «El nuevo Derecho de Fundaciones en el Estado de las Autonomías», *Diario La Ley*, 5.897, año XXIV, 20 de noviembre.
- MINISTERIO DE CULTURA, SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA (1995): *Fundaciones culturales privadas*, Madrid: Ministerio de Cultura.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, Miguel CRUZ AMORÓS y Rafael DE LORENZO GARCÍA (dirs.) (2005): *Comentarios a las leyes de fundaciones y mecenazgo*, Madrid: Iustel.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus (⁶1949): *Código Civil. Tomo I. Artículos 1 a 41* (revisado y actualizado por P. Marín Pérez), Madrid: Instituto Editorial de Reus.
- NIETO ALONSO, Antonia (1996): *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, La Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza Conde de Fenosa.
- Nueva Enciclopedia Jurídica* (1968): Barcelona: Ed. F. Seix.
- OLMOS VICENTE, Ignacio y José Luis PIÑAR MAÑAS (1997): *Las Fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley*, Madrid: Fundación Alfonso Martín Escudero-Dykinson.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (1999): *La distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA.*, en A.L. Ruiz Ojeda (coord.) *Manual de Fundaciones*, Madrid: Civitas.
- (1996): «El Derecho de Fundación como Derecho Constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, 9, mayo-agosto.
- RAE (1992): *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid: Real Academia de la Lengua Española.
- RAPOSO ARCEO, Juan J. (1999): «La Constitución de Fundaciones en la Ley 30/1994 de 24 de noviembre: análisis del capítulo II, del Título I», en A.L. Ruiz Ojeda (coord.), *Manual de Fundaciones*, Madrid: Civitas.
- RICO PÉREZ, Francisco (1982): *Las Fundaciones en la Constitución Española*, Madrid: Artes Gráficas Maribel.
- SÁENZ DE MIERA, Antonio (2000): *El azul del puzzle. La identidad del tercer sector*, Oviedo: Nobel.
- SALELLES CLIMENT, José Ramón y Rafael VERDERA SERVER (1997): «El patronato de la fundación», *Revista de Derecho de sociedades. Colección de monografías*, 9.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando (²⁴2002): *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid: McGraw Hill.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia (2000): *Las Fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid: Civitas.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1995): «Estudio Previo», en R. de Lorenzo, M.A. Cabra *et al.*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid: Marcial Pons-Escuela Libre Editorial.
- (1983a): *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid: Tecnos.
- (1983b) *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona: Ariel.
- VALERO AGÚNDEZ, Urbano (1969): *La fundación como forma de empresa*, Valladolid: Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones.

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2020.

Fecha de aceptación: 2 de diciembre de 2020.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com