

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 11/2012

CONSEJO EDITORIAL:

Tomás S. Vives Antón

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

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

María José Añón Roig

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

COMITÉ CIENTÍFICO:

Gregorio Peces-Barba Martínez

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Javier de Lucas Martín

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

María Rosario Valpuesta Fernández

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Emilio Beltrán Sánchez

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo de Madrid

Marta Lorente Sariñena

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

José Ramón Cossío Díez

Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de México

Owen M. Fiss

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

Ruth Zimmerling

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

Héctor Olásolo

Catedrático de Derecho Internacional Penal y Procesal de la Universidad de Utrecht (Países Bajos)

Angelica Nußberger

Juz del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

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

E-mail: teoria.derecho@uv.es. Sitio web: www.tirant.com/teoriayderecho

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: 1888-3443

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Diseño y maquetación: PMc Media

Imprime: Guada Impresores, S.L.

SUMARIO

DEBATE

Biotecnología y Derecho. Encuentros y desencuentros

Presentación: Biotecnología y Derecho. Encuentros y desencuentros	9
<i>Cecilia Gómez-Salvago Sánchez</i>	
Derechos de la persona y lógicas de la investigación clínica.....	26
<i>Carlo Casonato</i>	
Investigación Clínica y Discapacidad. Una aproximación desde la Convención Internacional de derechos de las personas con discapacidad.....	40
<i>Miguel Ángel Ramiro Avilés</i>	
Régimen jurídico internacional y comparado de la clonación terapéutica	58
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	
El debate sobre el mejoramiento humano y la dignidad humana. Una crítica a Nick Bostrom	82
<i>Vicente Bellver Capella</i>	
La promoción de las innovaciones tecnológicas, un desafío económico y jurídico para las biopartes	94
<i>Carlos María Romeo Casabona</i>	
Los sistemas de protección intelectual de las plantas cultivadas	112
<i>Emilio Rodríguez-Cerezo</i>	
The contested futures of biobanks and intellectual property	132
<i>Edward S. Dove y Yann Joly</i>	

ESTUDIOS

<i>Sofi Law</i> y sus efectos en el ámbito del Derecho europeo de los derechos humanos.....	150
<i>Luis López Guerra</i>	
Ley, lenguaje y libertad (Sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal)....	168
<i>Tomás S. Vives Antón</i>	
La dispensa de declarar de las víctimas de violencia de género.....	218
<i>Ana Montesinos García</i>	
La potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial y la regulación del mercado de reutilización de resoluciones judiciales	250
<i>David Blanquer Criado</i>	

TEMAS DE HOY

La Universidad española y sus facultades de derecho. Diagnóstico y propuestas de tratamiento	276
<i>Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado</i>	
Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella	296
<i>Francisco Muñoz Conde</i>	

VARIA

Geografía y justicia: una alianza potencial. A propósito de <i>Seeking Spatial Justice</i> , de Edwar Soja.....	309
<i>Josep Vicent Boina</i>	
Sobre <i>Nationales strafrecht in rechtsvergleichender darstellung</i>	315
<i>Jacobo López Barja de Quiroga</i>	
Normas de la revista	333

SUMMARY

DISCUSSION

Biotechnology and Law: understandings and misunderstandings

Presentation: Biotechnology and Law: understandings and misunderstandings.....	9
<i>Cecilia Gómez Salvago</i>	
Personal Rights and Logic of clinical Research.....	26
<i>Carlo Casonato</i>	
Clinical Research and Disability. An approach from the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities.....	40
<i>Miguel Ángel Ramiro Avilés</i>	
The International and comparative legal regime on therapeutic cloning.....	58
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	
The debate on human enhancement and human dignity. A critic to Nick Bostrom	82
<i>Vicente Bellver Capella</i>	
The promotion of technological innovation: an economic and legal challenge for bio-patents...	94
<i>Carlos María Romeo Casabona</i>	
Intellectual protection systems for cultivated plants	112
<i>Emilio Rodríguez-Cerezo</i>	
The Contested Futures of Biobanks and Intellectual Property.....	132
<i>Edward S. Dove, Yann Joly</i>	

STUDIES

Soft Law and its effects in the field of European Human Rights Law.....	150
<i>Luis López Guerra</i>	
Law, language and freedom (on determinism, constitutional liberties and criminal law)	168
<i>Tomás S. Vives Antón</i>	
Victims of gender-based violence and their right not to testify.....	218
<i>Ana Montesinos García</i>	
The regulatory authority of the General Council of the Judiciary, and the regulation of the market for reuse of legal rulings.....	250
<i>David Blanquer Criado</i>	

TODAY'S ISSUES

Spanish Universities and their Law Schools. Diagnosis and proposed treatment	276
<i>Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado</i>	
Some thoughts about life imprisonment and other similar sanctions	296
<i>Francisco Muñoz Conde</i>	

VARIA

Geography and Justice: a potential alliance. Regarding <i>Seeking Spatial Justice</i> , Edwar Soja.....	309
<i>Josep Vicent Boira</i>	
About <i>Nationales Strafrecht in Rechtsvergleichender darstellung</i>	315
<i>Jacobo López Barja de Quiroga</i>	
Rules of the journal	333



DEBATE

Biotecnología y Derecho Encuentros y desencuentros

Presentación: Biotecnología y Derecho. Encuentros y desencuentros

Cecilia Gómez-Salvago Sánchez

Derechos de la persona y lógicas de la investigación clínica

Carlo Casonato

Investigación Clínica y Discapacidad. Una aproximación desde la Convención Internacional de derechos de las personas con discapacidad

Miguel Ángel Ramiro Avilés

Régimen jurídico internacional y comparado de la clonación terapéutica

Francisco Oliva Blázquez

El debate sobre el mejoramiento humano y la dignidad humana. Una crítica a Nick Bostrom

Vicente Bellver Capella

La promoción de las innovaciones tecnológicas, un desafío económico y jurídico para las biopatentes

Carlos María Romeo Casabona

Los sistemas de protección intelectual de las plantas cultivadas

Emilio Rodríguez-Cerezo

The contested futures of biobanks and intellectual property

Edward S. Dove y Yann Joly



PRESENTACIÓN: BIOTECNOLOGÍA Y DERECHO. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

Cecilia Gómez-Salvago Sánchez

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

1. La investigación biotecnológica y en ciencias de la salud es un instrumento clave para mejorar la calidad y expectativa de vida de los ciudadanos y para aumentar su bienestar. En los últimos años, ha cobrado enorme relevancia el tratamiento de las muestras biológicas con fines de diagnóstico y de investigación; son cada vez más frecuentes las investigaciones que implican procedimientos invasivos en seres humanos y la utilización de gametos, embriones o células embrionaria en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa. Los progresos de la ciencia y de la tecnología hacen posible numerosas formas de intervención sobre el cuerpo y sobre sus componentes biológicos impensables en tiempos atrás. «El cuerpo puede ser observado en su estructura molecular más compleja; puede ser aislado de su entorno natural, puede ser conservado, «etiquetado y hacerlo trazable», y puede ser manipulado, con alteraciones de sus procesos naturales, para exigencias y fines diversos. La hipótesis más común es la de intervenciones con el fin de curar a la persona interesada; pero en otros casos, el cuerpo, o más exactamente, el material biológico humano, constituye el objeto de uso o disfrute por parte de terceros,

en el ámbito comercial, terapéutico o experimental» (Resta: 2011: 806).

España, como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley de Investigación Biomédica (LIB 14/2007, de 3 de julio), ha pretendido con esta norma dar respuesta a las principales incertidumbres éticas y jurídicas que generan estos avances científicos, pero no por ello el debate se ha cerrado. El presente debate centra su atención en algunos de estos aspectos. El orden en que aparecen estructurados responde a su clasificación en tres grandes apartados: el primero (con las colaboraciones de Carlo Casonato y Miguel Ángel Ramiro Avilés) está dedicado al consentimiento informado, en cuanto manifestación del principio de dignidad del ser humano cuando la investigación biomédica implica intervenciones en su cuerpo; el segundo (Francisco Oliva Blázquez y Vicente Bellver Capella) se enfoca en el uso de embriones humanos con fines de experimentación y en las terapias de mejoras genéticas; el tercer apartado (con los estudios de Carlos Romeo Casabona, Emilio Rodríguez-Cerezo y Yann Yoly) se relaciona con la patentabilidad de los resultados obtenidos de la investigación sobre seres vivos —no sólo seres humanos,

sino también plantas— y otros mecanismos de protección intelectual en el ámbito de las biotecnologías. De este modo, atendiendo a un hipotético proceso investigador, cada uno de los apartados es continuación lógica del anterior: consentimiento informado (etapa inicial del proyecto), investigación con células madre o terapias de mejoras genéticas (desarrollo del proyecto) y patentabilidad o protección de los resultados obtenidos (momento de la aplicación industrial y comercialización).

2. Dentro de los derechos de nueva generación, que vienen a dar respuesta a situaciones derivadas de la aparición y progresiva implantación de novedosas biotecnologías, se encuentran los relativos a un nuevo *estatuto jurídico sobre la vida humana*. Entre ellos, el derecho de autodeterminación física y el derecho de autodeterminación informativa ocupan un importante lugar. Son derechos que posibilitan una correcta interpretación jurídica de muchos de los problemas que se presentan en la era biotecnológica actual; entre ellos, el principio del consentimiento informado.

Como pone de relieve Carlo Casonato en *Derechos de la persona y lógica de la investigación clínica*, este principio es el resultado del encuentro entre la potencialidad de la nueva biomedicina y el nuevo protagonismo cultural y científico de la persona. El fundamento filosófico que está detrás de la obligación de obtener el consentimiento informado de las personas antes de someterlas a una investigación es su autonomía; más concretamente, el origen de la doctrina y la práctica del consentimiento informado se sitúa en “la filosofía kantiana y el papel central que en ella tiene la autonomía personal” (Ramiro Avilés), en el “imperativo kantiano de que nadie puede ser utilizado como un medio sino como un fin en sí mismo”, que “cobra especial importancia en el ámbito de la investigación clínica”. De este punto de partida arranca el estudio de Miguel Ángel Ramiro Avilés, *Investigación Clínica y Discapacidad. Una aproximación desde la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad*.

La naturaleza del consentimiento no cambia por el hecho de que el ámbito en el que se adopta sea el terapéutico o el de la investigación (Casonato); si bien en este último presenta características peculiares señaladas por el autor, no sólo por la circunstancia de que la incidencia de la muestra sobre la salud del sujeto fuente sea eventual o esté incluso excluida, sino por el papel que juega el interés colectivo, pues “la experimentación clínica tiene su fundamento en el interés de la colectividad y de las futuras generaciones en el progreso de la medicina” (Casonato).

El imperativo kantiano “cobra especial importancia en el ámbito de la investigación clínica” (Ramiro Avilés), porque en ella participan seres humanos; lo que la distingue de la investigación biomédica en general que opera sobre las muestras biológicas separadas del cuerpo humano, y por lo tanto, sin incidencia directa en la salud del sujeto fuente, lo que permite que puedan ser “tratadas” en el proceso investigador con cierta autonomía e independencia. En ambas el objetivo principal “no es beneficiar directamente al participante sino producir conocimiento generalizable que beneficie a terceras personas. El beneficio, pues, no debe entenderse exclusivamente desde el punto de vista individual sino también desde el colectivo ya que la investigación puede contribuir a mejorar el conocimiento que se tiene de la enfermedad y cómo ésta se desarrolla en las personas, máxime si son personas con discapacidad” (Ramiro Avilés).

Una muestra biológica humana es una parte separada del cuerpo que alberga ácidos nucleicos y que contiene la dotación genética de la persona; se caracteriza por ser parte del cuerpo, pero separada del mismo, y por albergar la información genética de la persona. La muestra es, pues, una parte del cuerpo elemento material o físico, —y un soporte de datos— elemento informacional al ofrecer datos decisivos sobre la salud, identidad biológica, paternidad,... del sujeto. La muestra presenta la posibilidad de una autónoma circulación pero mantiene una relación indisoluble con el cuerpo del que procede, pues la información

seguirá estando conectada al sujeto fuente. Desde un punto de vista jurídico, los problemas derivados del tratamiento de la muestra biológica se deben enmarcar en el ámbito de los derechos de la personalidad; en concreto en el derecho a la intimidad, y no en sede de derecho real de propiedad sobre la muestra en sí misma considerada. De hecho, en el ámbito de los biobancos con fines de investigación, la separación jurídica entre la muestra física y los datos informacionales asociados a la misma, se percibe cada vez más como artificial y tiende a hacerse borrosa (ver Alkorta: 2008: 24) hablándose de encuadrar ambas realidades (muestras-datos) bajo el concepto de “bases de datos”, “material biológico”, o expresiones parecidas.

La configuración jurídica de la muestra es distinta según se trate del ámbito terapéutico o del investigador. Así, “el consentimiento en el ámbito de la investigación es bien distinto de su homólogo”, utilizado en los tratamientos sanitarios, señala Casonato: “Mientras este último nace y se desarrolla por referencia a una voluntad que legitima un acto que incidirá sobre la integridad física, sobre el cuerpo de la persona misma, el consentimiento en el ámbito de los biobancos tiene que ver con la recogida de las muestras, de información, de datos personales del sujeto. Desde el punto de vista de la integridad física, la existencia de una potencial lesión de la investigación con las muestras parece nula, diferenciándose así la terapia de la investigación”.

Los valores constitucionalmente protegidos difieren en uno u otro contexto. Casonato, con referencia a la Constitución italiana lo señala: “en el ámbito de la investigación, el consentimiento no se coloca dentro de la tutela de los derechos inviolables, de la libertad personal y del derecho a rechazar tratamientos sanitarios, sino sobre todo en un derecho a la no discriminación, dada la existencia de datos sensibles y potencialmente discriminatorios sobre el perfil genético de una persona”.

No obstante, “existe una razón para asimilar el principio del consentimiento en los tratamientos y el principio del consentimiento en

la investigación: el hecho de que ambos son decisiones de naturaleza moral” (Casonato). Se trata de una afirmación que hace el autor al hilo de una última literatura surgida en el ámbito de las muestras biológicas depositadas en Biobancos con fines de investigación, en las que “con bastante frecuencia” se apoyan tesis a favor de la no necesidad del consentimiento de la persona, en aras de “la utilidad general, el progreso de la medicina”, y que “el respeto al consentimiento sería un obstáculo de carácter burocrático al bien individual y colectivo”. Para quienes así opinan, el consentimiento podría sustituirse por dos instrumentos: el primero, con la intervención de los Comités de Ética; el segundo, con el recurso a la anonimización de los datos personales, lo que garantiza la protección de la intimidad (Casonato).

Ambos instrumentos, en tanto en cuanto mecanismos sustitutorios del consentimiento, son rechazados por Casonato. El primero, porque los Comités de Ética “pueden realizar agudas observaciones desde el punto de vista científico, estadístico, jurídico y ético de los proyectos de investigación, pero “nunca pueden considerar si la investigación propuesta a los participantes es coherente con sus orientaciones culturales, con sus estructuras morales, o con sus voluntades y modos de entender la vida”. El segundo, entre otras razones, porque la anonimización no es una técnica infalible, además de no ser viable en el ámbito de ciertas investigaciones que exigen operar con los datos secundarios del sujeto fuente.

Precisamente la presencia de intereses económicos en la actividad investigadora impone la exigencia del consentimiento informado en las investigaciones biomédicas; si se quiere mantener la confianza de los ciudadanos en las ventajas de la investigación —y; no se olvide, su altruismo en la donación de las muestras—, el ciudadano debe confiar en que la investigación no va a verse sesgada por intereses económicos en función de los resultados de la misma, máxime si se tiene en cuenta que “el sistema” diseñado excluye a los sujetos fuente de cualquier participación en los resultados económicos obtenidos de las investigaciones.

Desde esta perspectiva, el consentimiento resulta imprescindible tanto en países en los que predominen los biobancos de carácter privado, como en aquéllos en los que jueguen un papel preponderante los biobancos públicos.

Con ello no se trata de obstaculizar la investigación, sino todo lo contrario. El objetivo a cumplir es armonizar “el respeto del consentimiento y con él, la dimensión moral del participante, con procedimientos que no obstaculicen de manera excesiva la realización de la investigación”; ello pasa por modelos de consentimiento informado de “*geometría variable*” (Casonato), que permitan a la persona elegir entre el rechazo total a participar con sus muestras en cualquier investigación, o su aceptación, o el rechazo sólo en determinadas investigaciones; el sujeto podrá demostrar su favor hacia el desarrollo de estudios independientes o sostenidos por medios públicos, o su adhesión, en términos de confianza a cualquier investigación que se realice en el futuro (Casonato).

Por lo que se refiere a España, la LIB parte de la necesidad del consentimiento expreso del sujeto fuente para la obtención y utilización de las muestras-datos (arts. 58.1,2 y 60.1 respectivamente), como afirmación de “la libre autonomía de la persona”. Sin embargo, es fácil constatar que el catálogo de principios que imperan en este debate (intimidad personal, consentimiento del sujeto y confidencialidad de los datos) resulta insuficiente para hacerse cargo de todos los problemas éticos que pueden surgir en el uso de los biobancos para la investigación. El más evidente tiene que ver con la dificultad de obtener un consentimiento genuino cuando se contempla la posibilidad del uso futuro (y por lo tanto impredecible en sus detalles) de las muestras almacenadas en un biobanco de investigación.

Es este caso el primer ejemplo de ese “consentimiento de geometría variable” del que habla Casonato, que a su vez, supone un alejamiento del marco tradicional, porque si genuinamente el consentimiento se vincula con la información sobre la finalidad a la que se destinarán las muestras-datos, la propia LIB (art.

60.2) permite mediante un único acto de consentimiento que el donante pueda consentir a otros usos posteriores, para “otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta, incluidas las realizadas por terceros”, pero sin concretar una finalidad expresa.

Avanzando un paso más en otros ejemplos, la LIB permite, incluso, prescindir del consentimiento informado (art. 58.2 inciso segundo) para los llamados “usos secundarios” de las muestras, distintos de los consentidos originariamente, cuando obtener el nuevo consentimiento resulta difícil o no es posible.

La primera hipótesis de “uso secundario” se piensa por la LIB para cuando existe un consentimiento original específico para una investigación concreta, pero resulta desproporcionado el esfuerzo a realizar para recontactar con el sujeto fuente para destinar la muestra en otros usos. Aunque pensada con carácter muy excepcional, exclusivamente para muestras almacenadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, recogidas con otros propósitos distintos ajenos a la investigación (DT 2ª LIB), el texto final del articulado la extendió sin embargo a las muestras posteriores, lo que ha sido muy criticado por la doctrina.

La segunda de las hipótesis se sitúa en el contexto de las investigaciones con muestras procedentes de sujetos fallecidos cuando los proyectos tienen una duración mayor a la vida de dicha persona. ¿Qué sucede con la información y las muestras cuando la muerte del paciente impide que éste vuelva a dar su consentimiento? ¿Un tercero puede dar ese consentimiento? ¿Es posible usar esta información y muestras para proyectos de investigación? (Tassé-Budin-Ljosne, Knoppers-Harris: 2010, 741-745). En nuestra legislación, este supuesto de extracción de muestras de personas fallecidas procede en defecto de declaración expresa de voluntad del sujeto —a cuyos efectos habrá que consultar si otorgó testamento vital— y de no oposición del mismo en vida, para lo que será necesario consultar a los familiares u otras personas vinculadas al fallecido por relación análoga, así como a los profesionales que le atendieron en el centro sanitario, y se dejará

constancia de las consultas realizadas. En ambos casos, se requiere informe previo favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro. Solo cuando esta consulta sea imposible o suponga un esfuerzo irrazonable, se justifica la vía excepcional de sustitución de la ausencia del consentimiento por el informe de este Comité.

3. “El principio de autonomía supone que las personas tienen la capacidad de formar sus propios valores, con los que va a construir una concepción de la buena vida, un plan de vida o un proyecto de florecimiento humano que le conduzca a la salvación o a la felicidad” (Ramiro Avilés). “Decidir implica seleccionar de entre una serie de alternativas, que en el caso de la investigación clínica se concreta, por ejemplo, entre participar o no en el ensayo clínico con medicamentos. ¿Qué requisitos debe tener el consentimiento informado para que pueda afirmarse que una persona ha adoptado una decisión autónoma en el caso de que se le haya ofrecido formar parte de una investigación clínica?” (Ramiro Avilés). A su juicio, son tres: a) información, b) voluntariedad y c) competencia, aplicables también a la investigación clínica en personas con discapacidad.

El derecho a la información de las personas que participan en una investigación biomédica aparece reconocido por el art. 4 LIB, pero en la investigación clínica, el detalle con el que se debe dar la información es una cuestión “todavía no resuelta”, “en especial la información sobre los riesgos y beneficios potenciales que entraña la participación en la investigación clínica” (Ramiro Avilés). De seguir el criterio de la información a medida, exigiría no partir de la hoja de información estandarizada, que se hace a escala global, sino “mediante una entrevista en la que el potencial participante puede formular al investigador todas las preguntas que estime pertinentes”. “Si una persona con discapacidad recibe información accesible, adaptada a sus necesidades y registrada en un formato adecuado, recibe los apoyos necesarios durante todo el proceso de toma de decisiones y tiene las capacidades de entender, comunicar,

razonar, deliberar y de tener objetivos y valores, no hay ningún impedimento para que sea incluida en una investigación clínica en igualdad de condiciones que el resto de las personas sin que produzca explotación y sin necesidad de establecer medidas paternalistas que la protejan. No hacerlo así supondría un trato discriminatorio ya que se estaría tratando de forma desigual dos situaciones iguales y no existiría una justificación racional” (Ramiro Avilés).

Por otra parte, “no cabe excluir a ningún colectivo de la investigación clínica y la discusión se debe centrar en cómo se puede realizar de forma ética” (Ramiro Avilés). El principal reto lo plantean las personas con discapacidad profunda. “¿Cómo entender y justificar que el representante legal se desvíe del mejor interés para el paciente embarcándolo en una actividad, la investigación clínica, que busca beneficiar a terceras personas?” (Ramiro Avilés). Para el autor estas personas “no pueden ser excluidas completamente de la investigación clínica ya que los peligros derivados de su situación de vulnerabilidad pueden evitarse nombrando a un representante” (Ramiro Avilés), si bien “sólo deben ser incluidas en la investigación clínica si se dan unas cláusulas adicionales (mínimo riesgo, misma enfermedad, preferencia de persona competente)”. “Esas salvaguardas adicionales limitarían la participación de personas con discapacidad mental severa a los casos en que no se puede realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento y cuando la investigación vaya a contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable” (Ramiro Avilés). Con este significado cobra especial valor lo establecido en el art. 20 LIB.

Si además se tiene en cuenta que el consentimiento informado debe ser un proceso en el que la información se proporcione antes, durante y después de la investigación clínica (ver art. 4.5 y 59.g LIB), los problemas se acentúan: “¿De qué resultados hay obligación de

informar?” (Morente Gallego: 2008: 887). “La duda surge en relación con la técnica utilizada, el valor clínico de estos datos y el beneficio posible para el paciente. Así, podríamos preguntarnos por el beneficio real que tiene para el paciente el comunicarle resultados logrados mediante técnicas no validadas; igual ocurre con los datos resultantes aunque hayan sido logrados mediante técnicas estándar. En el mundo clínico no se admite un nuevo marcador o determinación hasta que no exista un amplio grado de confirmación; la llamada medicina basada en la evidencia y los resultados de un estudio aislado no deben ser considerados de valor clínico. ¿Deben estos casos ser transmitidos a los pacientes?, ¿en qué les beneficia realmente?, ¿qué daño puede causarles un dato aparentemente asociado a mal pronóstico pero que no está validado por la evidencia?” (Morente Gallego: 2008: 889).

Tampoco está resuelta la gestión de la información cuando existe un riesgo genético (Oystein Ursin: 2010). La pregunta es si, desde el punto de vista médico, está justificada ética y profesionalmente la divulgación de esos datos confidenciales, sobre todo cuando se considere que los terceros, como pueden ser los familiares o cercanos pueden tener interés relevante en conocer esa información.

Similares planteamientos podemos hacerlos en el caso de resultados cuyo conocimiento no permite modificar el pronóstico o terapia del paciente, ni prevenir nuevos episodios en el grupo familiar. ¿A quién beneficia conocerlos? ¿Qué daños psicológicos puede causar su conocimiento? (ver Black L., Glendon G., Avar D.: 2010). La cuestión sigue sin estar resuelta por el legislador (en España ver art. 32 Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica. Para Andalucía, ver art. 11.3 de la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, reguladora del consejo gené-

tico, de protección de los derechos de las personas que se sometan análisis genéticos y de los bancos de ADN humano).

Las anteriores consideraciones tienen especial valor en el contexto presente en el que recientes voces, a la luz del impacto de la Directiva 2001/20/CE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, exigen su modificación; los efectos perniciosos de esta norma como consecuencia de la creciente burocracia que comporta la realización de ensayos clínicos, el costo de los ensayos clínicos independientes y el tiempo medio para su puesta en marcha, que se ha prolongado sensiblemente por causa de las crecientes trabas, o la aplicación divergente en cada uno de los estados miembros por la desigual aplicación de las consideraciones éticas en cada uno de ellos, son consecuencias negativas que se ponen de manifiesto y que pasan por una revisión de la misma con el fin de añadir valor y facilitar la labor investigadora; pero de modo que no comprometa la seguridad del paciente, su información, voluntariedad, competencia, y la fiabilidad de los datos.

4. El material biológico humano constituye el objeto de uso o disfrute por parte de terceros para fines terapéuticos, experimentales o comerciales. Si nos fijamos en particular en las células madre embrionarias, su obtención genera el problema ético de que para obtenerlas es preciso destruir el embrión para extraer su masa celular interna, pues hasta ahora la ciencia no ha conseguido obtener células del blastocisto sin romper la estructura que lo envuelve (Beriáin: 2008: 102). La respuesta que se dé a este conflicto puede influir en las normas que regulan la investigación en cada país, así como condicionar la patentabilidad de los resultados que se obtengan de las investigaciones.

El estudio de Francisco Oliva Blázquez, *Régimen jurídico internacional y comparado de la clonación terapéutica*, refleja el estado de esta cuestión y el “¿por qué esta técnica ha causado

y sigue provocando en la actualidad tanta controversia?”. Para el autor, “la razón reside en que en la clonación se refleja de forma dramática la sempiterna ambivalencia de los avances científicos”: quienes la ven como un medio para obtener células sanas para la lucha contra enfermedades incurables y “quienes piensan que el precio a pagar por tales “logros hipotéticos” (hoy por hoy, debe reconocerse que los resultados obtenidos son muy pobres) es demasiado alto: la creación artificial de un embrión que posteriormente se acabará sacrificando, esto es, destruyendo para poder obtener del mismo las células pluripotenciales con las que investigar y, en su caso, tratar al enfermo. Tal comportamiento resultaría contrario a la necesaria protección de la vida y la dignidad humana en todos sus estadios, desde el mismo origen, y por lo tanto algo nítidamente reprochable”.

El recorrido que hace el autor, “al objeto de obtener una mejor visión de cómo se han reflejado estas posturas antagónicas en los diferentes instrumentos normativos y ordenamientos jurídicos nacionales”, le permite sostener, entre otras conclusiones, que “el Convenio de Oviedo y el Protocolo adicional únicamente prohíben con claridad y rotundidad la clonación de seres humanos con fines reproductivos, mientras que guardan silencio respecto al recurso a la clonación de embriones con la finalidad de obtener células madre para experimentación”; que “la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea descarta la posibilidad de que una ley de un Estado miembro regule la clonación terapéutica”, o finalmente que “la resolución de 7 de septiembre de 2000 del Parlamento Europeo es posiblemente una de las más categóricas y contundentes al mostrar su rechazo a cualquier forma de clonación” (Oliva Blázquez).

Interesa especialmente su valoración de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana*, 8 de marzo de 2005, “cuyos antecedentes resultan especialmente útiles para comprender la declaración”, porque “pone de manifiesto el carácter extremadamente complejo que tiene la redacción de textos internacionales sobre cuestiones tan delicadas y vin-

culadas a principios morales, éticos y religiosos que, curiosamente, son volubles y pueden acabar variando con el paso del tiempo” (Oliva Blázquez).

La regulación jurídica de la clonación le “permite alcanzar de manera inmediata una primera conclusión: no existe, ni por asomo, uniformidad en la forma en la que los legisladores abordan esta cuestión en los diferentes países del mundo”, como ejemplifica con los distintos grupos de aproximaciones legislativas posibles. La disparidad entre los países miembros de la Unión Europea es consecuencia de la libertad que rige para cada Estado en la determinación de las normas que deben regir el campo de la investigación científica con células madre (Convenio de Oviedo, art. 18). En consecuencia, el conflicto está servido, al ser muy diferente la regulación de la investigación con células madre embrionarias en Europa (Gómez-Salvago: 2010: 51).

En el fondo lo que late es el problema de qué se entiende por embrión. El epílogo con el que concluye Oliva Blázquez es bien significativo: “*Oliver Brüstle v. Greenpeace*, ¿hacia un concepto europeo de embrión excluyente de la clonación?”. Para el autor, esta reciente Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea, de 18 de octubre de 2011 (DOUE 10.12.2011 C362/5), “parece poner en tela de juicio la legalidad de la clonación con fines terapéuticos al afirmar que todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura constituye un embrión humano”.

La sentencia “debe valorarse en sus justos y propios términos, lo que implica tener en todo momento en cuenta cuál es el origen del litigio y qué problemas se pretenden resolver” (Oliva Blázquez). En este sentido, el contexto del fallo es el de la interpretación del art. 6, apartado 2, letra c de la Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas; en concreto la cláusula de moralidad o de orden público que prohíbe patentar las invenciones que utilicen embriones humanos con fines industriales o comerciales. Hasta ahora el significado de esta expresión,

a los efectos de su patentabilidad había sido fijado por la Oficina Europea de patentes, con unas pautas que aparecían contradichas por las leyes de algunos países miembros que aceptaban como no contrarias al orden público las investigaciones con embriones humanos que observaran determinados requisitos.

Con esta sentencia se da un paso que tendrá repercusiones directas en las empresas biotecnológicas emergentes de Europa, y que además puede provocar una tendencia del legislador interno hacia la uniformización de la actividad investigadora y, con ello, indirectamente, hacia una concepción uniforme de cómo entender el orden público en el ámbito de los embriones humanos —si bien encubierta en el contexto legal de las normas internas de investigación y/o de patentes—. Por ello, no es tan seguro que “el órgano jurisdiccional se limit(e), previa petición del Tribunal Supremo de Alemania, a aclarar qué es un “embrión humano no patentable” a efectos europeos, nada más”. Ciertamente que la hermenéutica estrictamente literal del fallo, recogiendo las palabras del Abogado General, enmarcan la *ratio decidendi* en la prohibición de patentabilidad, y ello en términos “estrictamente jurídicos”, “para evitar cualquier connotación moral o ética” (no se olvide que detrás de todo esto se encuentra el tema del aborto). Cautela, pues en las palabras utilizadas — “...nos parece útil precisar que la definición jurídica que vamos a proponer se sitúa en el marco de la Directiva técnica examinada y que, a nuestro entender, no pueden extraerse consecuencias también jurídicas en otros ámbitos que afectan a la vida humana pero que se sitúan en un plano completamente distinto y, ante todo, fuera del Derecho de la Unión”—, que no obstante distan mucho de recoger todos los matices, antecedentes, presiones y contextos que han motivado el fallo.

Para Oliva Blázquez, “los jueces del Tribunal no tuvieron la intención de definir un concepto comunitario de embrión, superando y poniendo fin a las distintas tradiciones existentes en Europa (señaladamente la del Reino Unido y la de Alemania), sino de resolver un problema puntual de aplicación de una Direc-

tiva”. Puede que sea así. Pero no por ello las consecuencias del fallo van a quedar ceñidas a este ámbito. La primera, señalada por Carlos Romeo Casabona, *La promoción de las innovaciones tecnológicas, un desafío económico y jurídico para las biopatentes*: “la exclusión de patentabilidad de productos o procedimientos que sean contrarios al orden público o a la moralidad, aparte de otras consecuencias, comporta una desincentivación de la investigación sobre productos o procedimientos que pueden merecer tacha, pues en el fondo son contrarios a los valores más compartidos en la sociedad”.

Además de consecuencias nocivas sobre la industria biotecnológica europea, la sentencia podrá repercutir en las legislaciones nacionales europeas que admiten la clonación terapéutica. Hay que tener presente que la sentencia da un concepto de embrión, y “muy amplio”, además, “lo que puede ser objeto de discusión” (Romeo Casabona). Así, incluye como tal “también el óvulo humano no fecundado al que se han aplicado las técnicas de transferencia nuclear o de partenogénesis, sin esperar a comprobar si ese óvulo inicia el proceso de división celular y se estabiliza en sus primeras fases, que es como se ha venido entendiendo de forma general, a la luz de la relevancia que indican los científicos que tiene el aseguramiento de que ese proceso de división celular se ha iniciado de forma efectiva, al no ser un proceso fisiológico esperable, como lo es en relación con el ovocito humano fecundado por un espermatozoide también humano”. Esta amplitud es contraria al entendimiento del tema en nuestra LIB, por ejemplo.

Se hace preciso recordar que los problemas sobre qué significa ser un ser humano, en una sociedad pluralista como la europea, son grandes, como señala Geertrui Van Overwalle (2004: 21) y que las nuevas invenciones biotecnológicas han contribuido a centrar los términos del debate, no ya en si el embrión es o no persona, sino en si la técnica empleada es capaz de generar embriones. Si nos fijamos en la legislación española, el legislador ha querido preservar escrupulosamente la definición bio-

lógica tradicional de embrión, considerando como tal el fruto de una fecundación, si bien es cierto que optando por la poca ortodoxa vía de dividir esta figura en dos conceptos diferentes: el de preembrión y el de embrión en sí mismo (Berriáin: 2008). De este modo, el concepto queda limitado al ente resultante de la fusión del material gamético masculino y femenino desde que se produce dicha fusión hasta 56 días después. Pero se ha puesto de relieve (Berriáin: 2008: 125 y concordantes) la necesidad de impulsar una nueva definición del embrión humano, y “caracterizarlo no ya por su origen sino por una de sus cualidades internas, esto es, por su potencialidad para dar origen a una persona, tal y como se ha plasmado en algunas legislaciones, como la alemana, belga, holandesa, o japonesa”. ¿Habrá que modificar en Europa los correspondientes pronunciamientos legales a la vista de la Sentencia del caso Brüstle del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea, de 18 de octubre de 2011 (DOUE 10.12.2011 C362/5)?

Por lo demás, y para terminar, “llama poderosamente la atención (por contradictorio) el hecho de que el Tribunal, después de haber reivindicado la necesidad de crear un concepto europeo y uniforme de embrión, se contente ahora con remitir esta delicadísima cuestión de la calificación de las células madre embrionarias a la consideración de cada juez nacional” (Oliva Blázquez). También para Romeo Casabona “es discutible el acierto de haber dejado en manos de los jueces nacionales decidir este asunto “a la luz del avance de la ciencia”, por la diversidad de criterios a que puede dar lugar la aplicación de una misma norma jurídica europea...”. Y añade: “Debe reconocerse que es una tarea muy compleja, tanto desde el punto de vista jurídico como desde las tradiciones culturales de los Estados miembros establecer un concepto uniforme de embrión en relación con las células troncales, sin olvidar que, en cambio, el TJE no ha renunciado a hacerlo en otros aspectos polémicos, como la clonación y la partenogénesis, que vinculan a todos los investigadores del espacio de la UE. Cuando menos, y tal vez por razones prácticas, podría

haberse reservado explícitamente el TJE la posibilidad de dirimir esta cuestión en el futuro si es requerido para ello, igual que lo ha hecho ahora respecto a otros aspectos del precepto estudiado”.

5. Señala Habermas (2002: 146) que “el avance de las biociencias y el desarrollo de las biotecnologías no sólo amplía las posibilidades de acción humana ya conocidas sino que posibilitan un nuevo tipo de intervenciones. Lo que hasta ahora estaba “dado” como naturaleza orgánica y como mucho podía “cultivarse” (por ejemplo la dotación genética de un individuo) se ha convertido en un ámbito acerca del cual podemos decidir la intervención”. La distinción entre la terapia génica para combatir enfermedades genéticas frente a las terapias para la mejora genética es el punto de partida del estudio de Vicente Bellver Capella, *El debate sobre la dignidad humana y el posthumanismo*. A pesar de que la terapia génica para la corrección de rasgos potencialmente inaceptables desde el punto de vista social, o la mejora de las deseables, puede mejorar la calidad de vida de un individuo, algunos especialistas en ética temen que la terapia genética para el mejoramiento de rasgos pueda afectar negativamente a lo que la sociedad considera “normal” y así promover el aumento de la discriminación hacia aquellos rasgos “indeseables” y que, a medida que la viabilidad de la terapia génica avanza y se descubren más genes que causan diferentes rasgos, podría haber una “pendiente resbaladiza” en lo que respecta a los genes que se utilizan en futuros experimentos. En concreto, se teme que pueda conducir a la terapia para el mejoramiento genético. El debate público sobre los problemas en torno a la terapia génica continúa a medida que avanza la ciencia para apreciar la pertinencia de estas nuevas terapias y para llevar las normas éticas a los avances en este campo de la investigación. “Se trata ahora de un nuevo tipo de problemas, que concierne a cuestiones que afectan a la especie, de tal modo que ya no es lícita la abstención filosófica” (Andreoli: 2003), sino que “constituye todo un desafío filosófico, en

la medida en que nos coloca frente a las preguntas que la humanidad se ha hecho desde los inicios de la filosofía: ¿qué es el hombre?, ¿qué es la naturaleza?, y ¿qué debemos hacer?” (Bellver Capella). Decisivo en el debate es la posibilidad de diagnósticos de preimplantación, es decir de pruebas genéticas preventivas, que abre la posibilidad al descarte de embriones portadores de enfermedades de origen genético antes de su implantación para la gestación. “La controversia se suscitó al plantearse la posibilidad de intervenir no sobre las células enfermas de un paciente, sino sobre las células germinales humanas (óvulos y espermatozoides) con el objeto de introducir “mejoras” genéticas en los futuros seres humanos”: “¿se debía permitir que los seres humanos fueran producidos con unas características genéticas elegidas por otros? ¿Nos encontrábamos ante una insidiosa forma de dominio de unos seres humanos sobre otros o ante la emancipación de la especie humana frente a las cadenas de su propia biología?” (Bellver Capella).

Para profundizar en el concepto de mejoramiento humano propone Bellver Capella cinco criterios de clasificación, considerando que la complejidad moral de la intervención se incrementa en la medida en que afecta a capacidades más vinculadas a la libertad humana. Así los problemas más graves provendrían de una eventual actuación sobre la capacidad moral del ser humano; y sucesivamente los derivados de afectar las capacidades cognitiva, emocional y físicas: dentro de éstas, resultan más problemáticas desde el punto de vista ético las intervenciones suprahumanas que las potenciadoras, y “obviamente, es mucho mayor la problemática moral que plantean las mejoras irreversibles que las reversibles”. De la combinación de los criterios mencionados, concluye que “las intervenciones genéticas en la línea germinal humana son, con diferencia, las mejoras que plantean problemas éticos de mayor entidad. Se trata de mejoras que pueden afectar a la totalidad de las capacidades del individuo, no sólo incrementando sus rendimientos sino incorporando nuevas capacidades. Son mejoras irreversibles, que se llevan a cabo en

los hijos y lógicamente sin poderles consultar su parecer”.

El autor se alinea con el concepto de dignidad humana de Habermas, que se pronuncia “a favor de un derecho a una herencia genética en la que no se haya intervenido artificialmente, como un derecho de salvaguarda del capital genético abierto a que la formación democrática de la voluntad pública pueda limitarlo a favor del uso beneficioso de la eugenesia negativa” (Andreoli: 2003: 128). Habermas señala, como diagnóstico de la situación actual que estamos viviendo, un proceso en el que se produce un desplazamiento desde una eugenesia negativa, que comienza por imponer como sentido común la deseabilidad de evitar el desarrollo de enfermedades hereditarias, graves primero, y crecientemente ampliadas después, bajo la premisa de que no debemos gravar a la siguiente generación estando en nuestro poder evitarlo, hasta llegar al predominio de una perspectiva liberal que impulsa someter a las leyes de mercado las crecientes posibilidades de una eugenesia positiva; es decir, desplazar las flexibles fronteras móviles entre intervención terapéutica e intervención perfeccionadora (Andreoli: 2003: 127).

Desde esta perspectiva, Bellver Capella critica la postura de Bostrom para quien las técnicas de mejoramiento humanas no atentan contra la dignidad humana y que los seres creados mediante su utilización son acreedores a esa dignidad. Según sus palabras: “comparto con Bostrom el reconocimiento de la dignidad para los seres posthumanos: en principio los posthumanos no serán más que seres humanos con capacidades potenciadas al máximo o incluso con nuevas capacidades. Ahora bien, discrepo de él en dos puntos esenciales. Primero, crear seres posthumanos es un atentado contra su dignidad. Segundo, crear seres posthumanos contribuye decisivamente a romper la igualdad esencial entre todos los seres humanos” (Bellver Capella). Para el autor, “la existencia humana es un continuo esfuerzo por emanciparse de (al menos ciertos) límites que le impone tanto la naturaleza externa como propia del individuo. Pero lo que ha hecho

de ese esfuerzo algo valioso no ha sido tanto la mera liberación del “yugo” natural (lo que podríamos denominar la *libertad respecto de*) sino la consecución de un objetivo que facilite nuestra existencia como seres humanos (lo que podríamos denominar la *libertad para*). Por tanto, podemos hablar realmente de mejora cuando contribuye a que el ser humano alcance su plenitud como humano, no cuando da paso a un ser superior y distinto al humano”.

6. La relación de las normas de patentes con la actividad investigadora es evidente y ha sido puesta de manifiesto con creces por la doctrina, tanto para señalar los efectos positivos como los negativos que producen las primeras sobre las segundas (ver por todos Gold/Joly/Caulfield: 2005). A los efectos de la patentabilidad, la finalidad de la invención debe ser lícita; esto es, la importancia de los fines perseguidos es crucial desde el punto de vista de la protección de los resultados obtenidos, tal y como demuestra el control legal a través de la cláusula de orden público del art. 6.2 c) de la Directiva 98/44/CE, cuya aplicación por la Oficina Europea de Patentes (EPO) en el tema particular de las células madre embrionarias fue fijada ya en el Caso Warf, G 0002/06 por la Decisión de la Alta Cámara de Recursos de 25 noviembre 2008, que es de sobra conocida, hasta llegar a la sentencia del Caso Brüstle en unos términos que también han sido examinados en este debate (ver Oliva Blázquez y Romeo Casabona). Si de la óptica del interés general se pasa a la del interés particular de quien ha financiado la actividad, la patente por su propia naturaleza está dirigida a la comercialización de lo patentado. Es innegable que el interés del que financia la actividad investigadora en un campo como el biotecnológico, que exige invertir grandes recursos económicos, es el de obtener el monopolio de lo patentado y explotar comercialmente la invención —bien directamente, o previa concesión de licencias a terceros—, de modo que se recuperen los costes invertidos. En este sentido, pese a los grandes intereses económicos presentes en este ámbito, la cláusula de orden público impediría la co-

mercialización de los resultados; lo que supone un triunfo político frente a las grandes empresas biotecnológicas, al menos de momento, así como un desincentivo a la investigación.

Por otra parte, “algunas conductas infractoras de los derechos de propiedad industrial pueden dar lugar a la comisión de un delito”; casos en los que “la legislación de patentes se convierte en cierta medida en la norma que va a completar la descripción de la infracción penal, convirtiéndose así esta última en “ley penal en blanco”, pues se remite implícitamente a la primera” (Romeo Casabona), lo que supone para el autor “la observancia de los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad del Derecho Penal”.

Concretamente, en cuanto a la creación de embriones humanos con fines de investigación, o la utilización de células troncales procedentes de embriones humanos supernumerarios o sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, “en los derechos internos de los Estados miembros de la UE hay posiciones muy diferentes”; pero en todo caso, señala Romeo Casabona, “una cosa es que esté permitida o no la actividad o el uso del producto, y otra bien distinta es que se reconozca o no la patente del producto o procedimiento en el que descansa dicha actividad”. Sin embargo, tiene que reconocer que “es indudable que la exclusión de la patente introduce mecanismos indirectos de protección frente al producto o procedimientos afectados”. En definitiva, las cláusulas de exclusión de la patente tienen efectos sobre la propiedad industrial y la actividad económica, en cuanto ésta se destina a la explotación comercial de productos y procedimientos que pueden y son susceptibles de patentarse.

Uno de los argumentos de mayor peso frente a la biopatente es el debate acerca de si los genes y sus partes pueden o deben ser patentados, en cuanto “lo que realmente interesa como objeto de una posible explotación económica es la información, y ésta ya existe en la naturaleza, por lo que desde este punto de vista sería un descubrimiento y no un invento” (Romeo Casabona).

El Myriad Case (EEUU) ha desencadenado que la comunidad jurídica se pregunte sobre los límites del sistema de patentes y que se confronte con los efectos, en algunos casos no deseables, que puede provocar en la salud de los ciudadanos, en el fomento de la investigación, así como con la necesidad de aportar soluciones. El fallo del Tribunal de Apelación en el caso Myriad es importante porque vuelve a la situación inicial y no cambia lo establecido en Europa, cuando se afirma en la Directiva 98/44 que el elemento aislado es patentable «aún en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural». A juicio de Hawkins (2010: 458), el legislador comunitario utiliza aquí una ficción jurídica y es una cuestión de grado, que puede variar según las circunstancias, cuya determinación le corresponde a la Oficina Europea de Patentes, y en su caso, a los Tribunales.

Para Pedro Talavera (2004/2: 239), la Directiva 98/44 evita plantearse el núcleo último de la cuestión, esto es, si puede variar el estatuto ontológico del ADN cuando ya no se encuentra en una célula sino que ha sido aislado en un laboratorio. Esa es, precisamente, una de las dos cuestiones fundamentales que deben ineludiblemente afrontarse: si el ADN humano posee, como realidad biológica, un valor intrínseco (ontológico y moral) que pueda conectarse con la dignidad humana, y si una intervención técnica (proceso de aislamiento de ADN) es capaz de cambiar la cualidad ontológica de los genes en estado natural y conseguir que tengan otra cualidad distinta en el laboratorio. Para entender mejor los términos de la cuestión, resulta esencial distinguir, por un lado, el *genoma humano* —la dotación total de ADN presente en cada una de nuestras células—, que ha sido declarado (en sentido simbólico) patrimonio de la humanidad y que, en principio, no puede ser patentado bajo ningún concepto y, por otro lado, las partes que componen su estructura, llamadas *genes*, cuya patentabilidad se discute, aunque ha sido aceptada tanto en la legislación norteamericana como en la europea. Resulta complejo, señala Talavera Reina, determinar el significado y la protección que debe dispensarse a algo que es «patrimonio común de la humanidad», pero sólo en un «sentido simbólico», tal como lo expresa el art. 1 de la Declaración de la UNESCO. Ciertamente, si se le otorgara este significado absoluto a la protección del genoma humano, cabría afirmar una correlativa protección de cada una de las partes que lo constituyen (los genes o sus secuencias parciales); pero tal interpretación no acaba de encajar demasiado bien con el ineludible matiz que introduce la expresión «en sentido simbólico» y con la

ausencia de toda mención directa o indirecta hacia las patentes de genes humanos. De ahí que, tácitamente, se haya respetado la inmunidad del genoma frente a las patentes, pero haya sido aceptada, aunque sea con polémica, la posibilidad de patentes sobre la estructura y funciones de genes específicos o sobre secuencias parciales de genes. No obstante, las patentes de genes son cada vez más discutidas en los foros legales, como se pone de relieve en esta obra, no sólo para los genes humanos (Dove/Joly, *The Contested Futures of Biobanks and Intellectual Property*), sino también en el ámbito de las plantas (Rodríguez-Cerezo).

7. La historia de los últimos treinta años ha estado dominada por la idea de que la conjunción entre el progreso científico y el libre mercado habría producido beneficio en favor de todos (Berlinguer/Rufo: 2011). El problema ahora es que las biopatentes pueden afectar negativamente a la oferta de servicios genéticos y a la investigación, por causa principalmente de la concesión de patentes biotecnológicas con una función muy amplia, que cubren un abanico excesivamente amplio de aplicaciones, y por la política de licencias (Herder/Johnston: 2009: 173).

Existen posiciones críticas “en relación con la capacidad del derecho de patentes tradicional —léase, actual— para dar respuestas jurídicas adecuadas a las nuevas situaciones emergentes”; sobre todo “es dudoso que el sistema sea lo suficientemente ágil para los inversores cuando se trata de productos complejos que pueden ser tributarios de una variedad de patentes parciales de sus respectivos componentes” (Romeo Casabona). ¿Existen vías alternativas? ¿Existen otras formas de proteger la propiedad intelectual? La respuesta es afirmativa. Un ejemplo son las plantas cultivadas, cuyo régimen de protección intelectual presenta la peculiaridad de que convive con el sistema de patentes. El artículo de Emilio Rodríguez-Cerezo, *Los sistemas de protección intelectual de las plantas cultivadas*, nos presenta un sistema en el que “coexisten distintos tipos de instrumentos, los *sui generis* (derechos de obtentor) y las patentes, lo que hace la situación interesante y complicada a la vez”. La razón para esta coexistencia de regímenes la encuentra Rodríguez-Cerezo “en la naturaleza especial, por el

componente emocional y tradicional que la alimentación y la agricultura han tenido siempre”, que han motivado “un desarrollo lento y distinto a otras actividades industriales”, sin perjuicio de que “en las últimas décadas, empujados por la industria de la biotecnología y sus costosas inversiones, tienden a converger hacia instrumentos convencionales basados en patentes”. En términos parecidos, Botana Agra (2003: 402).

La importancia socio-económica del sector industrial de las semillas y materiales de reproducción agrícola en Europa, “muy intensivo en I+D, con plazos de desarrollo de producto muy largos (10 años es el plazo típico de desarrollo de una nueva variedad) y con alto riesgo en la inversión (cambio de condiciones de mercado, y otros factores que hacen que una variedad no tenga aceptación comercial)”, genera unanimidad en la necesidad de una protección legal mediante la concesión de un derecho de exclusiva al obtentor: “Una vez comercializada con éxito la nueva variedad, el obtentor necesita protección frente a la competencia industrial, que puede copiar la variedad o producir una similar a partir de las semillas comerciales con cambios mínimos y a coste menor, y frente a los agricultores, que pueden “auto-reproducir” el producto” (Rodríguez-Cerezo). La necesidad de tutelar jurídicamente las creaciones vegetales “reside en la vital importancia de las mismas para el desarrollo económico y social de una nación”. Con esta tutela se protegen: “1. Los intereses del creador, quien obtiene una recompensa a su investigación o inversión, y 2. Los intereses de la sociedad que se va a beneficiar de la labor investigadora llevada a cabo por el creador” (Soler Lerma: 2007: 121), doble vertiente que aparece recogida en la Constitución española (arts. 20.1.b, 33 y 44.2).

El Convenio UPOV (Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones vegetales) de 1961 modificado en 1978, “establece por primera vez la protección de variedades (obtenciones) vegetales como una modalidad específica de propiedad industrial o intelectual. Se le concede un derecho al obtentor de

una variedad de cultivo que cumpla cuatro criterios: ser nueva, distinta, uniforme y estable. Se concede un derecho exclusivo por un tiempo limitado sobre la variedad, de forma que sólo el obtentor y los terceros autorizados pueden producir la variedad con fines comerciales y vender la semilla de la variedad protegida” (Rodríguez-Cerezo). En otras palabras, el régimen presenta grandes similitudes con el previsto para la protección de las invenciones por medio de patentes; “posee una vertiente positiva y una vertiente negativa o *ius prohibendi*” (Petit Laval: 2011), y al igual que sucede con cualquier otro derecho de propiedad, “no es absoluto, sino que está limitado. Se establecen así una serie de excepciones o limitaciones al derecho del obtentor, con un gran paralelismo a las previstas en el Derecho de patentes”; es decir, “actuaciones que quedan fuera del ámbito de protección del derecho del obtentor”; entre otras, la excepción o privilegio del agricultor y la excepción del mejorador (actos realizados en el ámbito privado y sin finalidad comercial).

La extensión de la protección del obtentor al producto de la cosecha constituye una de las principales diferencias europeas con el sistema estadounidense. Entre ambos sistemas aprecia Rodríguez-Cerezo diferencias de calado, que tienen su fundamento en razones históricas y variadas”, relacionadas con “el peso del sector agrario en la política”. En el sistema estadounidense, “cuyo acceso a la convención UPOV se materializó en la aprobación de la Ley de Protección de Variedades vegetales (*Plant Variety Protection Act*, PVPA) de 1970”, se introdujeron “importantes limitaciones al derecho de los obtentores” —por las razones que apunta— “manteniendo una amplísima excepción o privilegio del agricultor”; “lo que limita de facto los derechos del obtentor”; el agricultor no sólo puede usar la semilla para producir su cosecha propia (práctica conocida como *bin run*), sino que “también permitía a los agricultores que compraran una variedad protegida la utilización de semilla de su cosecha no sólo para uso propio sino para venta o cesión a terceros” (práctica conocida como *brown bagging*) lo que “en otras palabras”, significa que

“se convertían en competidores de las empresas productoras de semillas”. “El resultado ha sido una desincentivación de la investigación...”. Finalmente se modificó en 1994 la PVPA para confinar la excepción del agricultor a la práctica del *bin run*, recogiendo así la versión del UPOV de 1991 (Rodríguez-Cerezo).

Otra novedad “importada del Derecho de patentes” es la ampliación del ámbito de protección de las obtenciones vegetales a las variedades esencialmente derivadas (Petit Laval: 2011: 108). El privilegio del mejorador fue consagrado por el UPOV de 1978, con el fin de favorecer a los competidores, al poder usar libremente las variedades protegidas de terceros para obtener a partir de ellas nuevas variedades vegetales distintas y mejoradas. “Se trataba de diferenciar los derechos de obtentor sobre las plantas cultivadas de las patentes tradicionales y de evitar el monopolio sobre métodos de mejora o caracteres agronómicos importantes para el sustento de la población, de forma que la libertad de operar fuera completa” (Rodríguez-Cerezo). Este privilegio se limita claramente en la versión del convenio UPOV de 1991 “que, aunque sigue incluyendo el privilegio del mejorador, introduce el concepto de *variedad esencialmente derivada*... De esta manera se protegen los derechos de los obtentores, que de otra manera perderían el valor de su título en un corto lapso de tiempo (como ocurría en realidad, cuando un mejorador hacía cambios “cosméticos” sobre una variedad previa sin pagar derechos por ella)” (Rodríguez-Cerezo).

Desde el punto de vista de la interrelación con el Derecho de patentes, también el artículo 11 de la Directiva 98/44/CE sobre protección de invenciones biotecnológicas admite y especifica el privilegio del agricultor, de forma idéntica a lo descrito en el artículo 14 del Reglamento 2100/94 sobre títulos de obtención de variedad. Es decir que admite el *bin run* limitado a ciertos cultivos, a agricultores de tamaño pequeño, etc. (Rodríguez-Cerezo), “de modo que en este aspecto la patente en Europa es idéntica a la protección conferida por los títulos de obtentor, algo que no ocurre en Es-

tados Unidos”. Ello explica que en Europa se acuda al sistema de protección de los derechos del obtentor, pues en palabras del autor “son más sencillos de obtener y más baratos. Obtener un certificado de protección de una variedad no implica más que una descripción relativamente sencilla de la variedad que demuestre su carácter distinto, uniforme y estable (criterios DUS) y una descripción genealógica y del proceso de cruzamientos (si se conoce)”.

“Esta información no es comparable con los requisitos, el coste y la especialización profesional necesarios para solicitar una patente y describir la innovación que conlleva. Proceso riguroso en el que el inventor debe describir la invención de forma que pueda ser replicable por cualquier otro inventor, demostrar que la invención no es obvia, y demostrar su utilidad. En una solicitud de patente es necesario revelar de forma muy detallada la tecnología empleada para obtener la variedad vegetal. En particular, la ausencia del requisito de *no obvia*, que es uno de los más determinantes para que un examinador decida si el material es patentable o no, hace atractiva la ruta de los derechos de obtentor. En resumen, la patente es costosa pero ofrece una protección muy sólida a cambio de revelar exhaustivamente la tecnología utilizada, mientras que un certificado de derechos de obtentor tipo UPOV ofrece una protección similar pero menos costosa y a cambio de revelar una información de menor calidad” (Rodríguez-Cerezo).

En cuanto a la coexistencia de ambos sistemas en EEUU, se refleja el estado de la cuestión por Rodríguez-Cerezo: “Para las nuevas variedades de cultivo, el mejorador puede utilizar en EEUU el derecho específico de las variedades vegetales (los certificados tipo UPOV según la PVPA) para las variedades de semillas, con su conocida (y amplia) excepción a favor del agricultor (*bin run*) y del mejorador”; además, también se pueden utilizar patentes (al contrario que en Europa donde la patente debe cubrir y demostrar utilidad en taxones superiores a la variedad, y las variedades concretas no son patentables, sólo protegibles con títulos de obtentor)”. “En esta situación, señala el autor,

no es de extrañar que los obtentores de variedades se hayan pasado masivamente en EEUU a la protección por patentes en detrimento de los derechos del obtentor”.

8. La posibilidad de las patentes biotecnológicas ha sido siempre un tema debatido, como reflejan los dos últimos casos jurídicos, el Myriad Case (EEUU) y el Brüstle Case (Europa), que han tenido una gran repercusión mediática y en los foros doctrinales, puestos de manifiesto en este debate. Además de si los embriones humanos o los genes pueden patentarse, otros fenómenos sociales conectados con los avances biotecnológicos pueden servir para reactualizar el régimen de las patentes biotecnológicas. Una propuesta de cambio de la legislación de patentes, que parta de situar la propiedad intelectual en “its historical context”, y que rinda cuentas con la realidad social de los Biobancos de investigación, es el punto central del artículo que presentan Edward S. Dove y Yann Joly, *The Contested Futures of Biobanks and Intellectual Property*.

El punto de partida es la idea de que la propiedad industrial opera en un mundo cerrado, simbolizado por los autores “a Chinese box-like framework of national laws and regulations, international treaties or agreements, and bilateral or multilateral agreements”, cuyo común denominador es la formación de una “comunidad epistémica” formada por abogados (incluidos los agentes de patentes), legisladores, jueces, que deciden las políticas de la propiedad intelectual, con la mente puesta como motor de las mismas en la idea de la Innovación, sin ninguna participación de los ciudadanos (“little if any communication between the epistemic community and citizens”).

Este mundo no tiene en cuenta otra realidad actual, como la de los Biobancos, con la que tienen mucho que ver, aunque exista un abismo entre ambas: frente al interés público de los biobancos (basado en los principios de gratuidad y de altruismo) se opone el estricto interés particular de los derechos de propiedad intelectual; frente al principio de la confian-

za de los ciudadanos, médula del gobierno de los biobancos, la ciudadanía no participa en la gestión de los derechos de propiedad intelectual.

Los biobancos emplean tiempo y energía en lograr la confianza de los ciudadanos “(e.g. community dialogue, small group meetings, focus groups, polls) that depend on cultural, socio-political, financial, and other contexts”; pero cualquiera que sea la forma en que lo hagan, y con independencia de su fuente de financiación, “it is important to discuss intellectual property aspects of the biobank infrastructure” (Dove/Joly). Efectivamente, los aspectos económicos o comerciales están muy presentes en la realidad de los biobancos; de ahí que los autores aprovechen para replantarse si el marco de los derechos de propiedad intelectual, tal como está diseñado, se corresponde con el espíritu de los biobancos; por ejemplo, ¿debe el sujeto fuente que cede la muestra biológica al biobanco para su tratamiento en la investigación tener derecho a recibir beneficios económicos derivados de la comercialización del fármaco o del producto una vez que ha sido patentado?; ¿la cesión de las muestras por los ciudadanos debe ser siempre gratuita? ¿Se pueden negar los sujetos que ceden las muestras a la patentabilidad de los resultados?

Desde luego que la respuesta a esta última cuestión es clara para los autores, tanto si los biobancos son públicos como privados: si los participantes manifestaran una oposición clara para la no comercialización de los resultados obtenidos a partir de las investigaciones de sus muestras y los investigadores continúan con los proyectos, la confianza ciudadana, piedra angular de los biobancos, quedaría erosionada: “Even if biobanks are committed to public engagement and fulfil international guidelines in carrying out various consultations, what will happen if many in the community, due to cultural, religious, political, or other significant and meaningful values, express an opposition to IPRs?” (Edward Dove/Yann Joly). El ejemplo de los copyrights sobre las bases de datos genéticas es el referente que les sirve a los autores para confrontar la propiedad intelectual con el

espíritu de los biobancos, cuyas “consequences for the public are profound: the potential for infinite control of data by the “closed world” domain of intellectual property and an impediment towards the interoperability of data at a global level due to differing legal standards of database protection”.

La cuestión de si los sujetos fuente pueden percibir una remuneración por la cesión de la muestra al biobanco ya ha sido planteada en orden al doble standard que permite a los investigadores y empresas biotecnológicas aprovecharse de las invenciones científicas obtenidas gracias a la gratuita donación de los tejidos y muestras humanas para la investigación (Lorraine Sheremeta & Bartha Maria Knoppers: 2003: 92-93).

Claro está que la perplejidad entonces la provoca un sistema que se centra en el paradigma de la solidaridad, pero no prevé mecanismos efectivos de *benefit sharing*. “Sharing, as opposed to exchanging or licensing, of information and resources is the predominant ethos in the “open world” of biobanking”, es una de las propuestas de Dove/Joly. En lo que se refiere a los genes y el problema del acceso a la información y al material, se ha apostado porque su propiedad debiera ser pública y no privada, como las de las costas, los parques públicos o los ríos navegables, sin que ello impida que tales recursos no puedan desarrollarse con fines de lucro, sino de garantizar el acceso a los mismos con ciertas restricciones. En el tema de las células madre embrionarias se apuesta por la necesidad de establecer registros de en-

sayos clínicos, entendidos como bases de datos públicas y disponibles, sobre los ensayos clínicos en humanos durante toda la etapa de su desarrollo (Isasi: 2009), cuyo acceso sea simple, sin costos y adecuado para el uso por la población.

Democratizar el conocimiento con pleno respeto al derecho a la intimidad de las personas (Dove/Joly). En este contexto, se propone la incentivación del movimiento «Open Biotechnology», que asegura el fomento de la investigación científica y el bien común inspirándose en el movimiento de libre acceso a las tecnologías (Joly, Yann: 2010), que ahora se enfatiza por los autores: «Releasing data rapidly into the public domain (known invariably as “open access” and “open science”), subject to certain restrictions such as legal and ethical obligations to research participants on matters like privacy and informed consent, may be viewed as a primary means of providing benefit sharing and promoting broad social benefits» (Dove/Joly). Sirve esta democratización del conocimiento para contrarrestar los desajustes de las patentes, sobre todo cuando recaen sobre las herramientas de la investigación.

La inclusión de la perspectiva de los derechos humanos en la legislación de propiedad intelectual serviría, por lo demás, como una restricción operativa en la comunidad epistémica, que les exigiría tener en cuenta el posible impacto de sus políticas antes de ser ejecutadas, además de reconocer la policromía de actores existente en este ámbito (Dove/Joly).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Alkorta, Itziar, “Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: Biobancos poblacionales”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 22. enero-diciembre 2008, pp. 9-56.

Andreoli, M., “Reseña: Jürgen Habermas, El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?, Barcelona, Paidós Ibérica, 2002. Traducción de Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, Francfort del Meno, Suhrkamp Verlag, 2001”. Actio 2.1, octubre 2003 <http://www.fhuce.edu.uy/public/actio/Textos/II-1/Andreoli.pdf>.

Beriaín, *La clonación, diez años después*, Granada 2008.

Beriaín, “El concepto de embrión en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica”, en Salomé Adroher Biosca y Federico de Montalvo Jääskeläinen (Directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, ed. Aranzadi, 2008, pp. 991 ss.

- Berlinguer/ Rufo, "Mercato e non mercato nel biodiritto", Stefano Rodotà e Paolo Zatti (dir.), *Trattato di Biodiritto*, Milano 2011, Tomo I, pp. 1009-1025.
- Black L., Glendon G., Avarid D., "Revelación al Interior de la Familia de Información sobre el Riesgo Genético de Cáncer de Mama Hereditario: ¿Un Marco de Comunicación?" (2010) 8:2 *GenEdit*, 1-6, disponible on line en <http://www.humgen.org/int/GE/es/2010-2.pdf>.
- Botana Agra, "El privilegio del agricultor como límite del derecho de obtentor vegetal", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XXIV (2003). Comentarios de Jurisprudencia española, pp. 299-408. Id. vLex: VLEX-221088203 <http://vlex.com/vid/agricultor-raquo-mite-obtentor-vegetal-221088203>
- European Society for Gene Therapy: 2002), *Position paper on social, ethical and public awareness issues in gene therapy* (November 2002). Online: http://www.esgct.eu/downloads/position_2
- Gold, Joly, Caulfield, "Genetic Research Tools. The Research Exception and Open Science", en *GenEdit*, 2005, Vol. III, N.º 2.
- Gómez-Salvago, C., "Human Stem-Cells research. Their relation with Patent law", Daniel García San José (coord.), Editorial Laborum 2010, pp. 41-67.
- Habermas, J., *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2002. Traducción de Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?, Francfort del Meno, Suhrkamp Verlag, 2001.
- Hawkins, N., «Human Gene Patents and Genetic Testing in Europe. A reappraisal», en *Scripted*, vol. 7. Issue 3, December 2010, pp. 453-473.
- Herder/ Johnston, "Access Concerns and Business Models in Public-Sector Technology Transfer of Genetic Inventions", Richard Gold and Bartha Knoppers, *Biotechnology IP & Ethics*, 2009, pp. 165-198.
- Isasi, R., "Registration of Stem Cell-Based Clinical Trials: A Scientific and Ethical Imperative", *World Stem Cell Report 2009 (Florida: Genetics Policy Institute, 2009)*.
- Joly, Y., "Open biotechnology: licenses needed", *Nature Biotechnology*, vol. 28, n. 5, May 2010.
- Morente Gallego, M., "Problemas legales de la investigación biomédica tras la aprobación de la ley: la visión del investigador", Adroher Biosca y Montalvo Jääskeläinen (directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Pamplona 2008, pp. 887.
- Novelli e Pietrangeli, "I campióni biologici", Stefano Rodotà e Paolo Zatti (dir.), *Trattato di Biodiritto*, Milano 2011, Tomo I, pp. 1027-1061.
- Oystein Ursin, L., "Privacy and Property in the Biobank Context", *HEC Forum* (210) 22:211-224.
- Petit Laval, M. V., "Ámbito de protección de las obtenciones vegetales en derecho europeo y español", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º.23, sección Artículos, septiembre-octubre 2011, Editorial La Ley (14760/2011).
- Resta, Giorgio, "La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione", *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti. *Il governo del corpo*, Tomo I, 2011, 805-854.
- Sheremeta & Knoppers, "Beyond the Rethoric: Population and Benefit-Sharing", *Health Law Journal*, vol. 11, 2003, 89-118.
- Soler Lerma, S., "Las obtenciones vegetales y sus diferencias con otras modalidades de propiedad industrial", Amat Llombart, Pablo (Coord.), *La propiedad industrial sobre obtenciones vegetales y organismos transgénicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Talavera Fernández, P., "Patentes sobre genes humanos: entre el derecho, el mercado y la ética", *Cuad. Bioèr.* 2004/2, 213-255, p. 239. Online en http://garritz.com/andoni_garritz_ruiz/documentos/Lecturas.CS.%20Garritz/PGH.Bioetica/Patente.genes.humanos.pdf.
- Tassé-Budin-Ljosne-Knoppers-Harris, "Retrospective access to data. The ENGAGE consent experience", *European Journal of Human Genetics* (2010) 18, 741-745.
- Van Overwalle, G., "Patentability of human stem cells and cell lines", en "The ethics of patenting human genes and stem cells". *Conference Report and Summaries. Held in Copenhagen 28 september 2004, Organized by The University of Copenhagen. The Danish Council of Ethics Biotik*. www.biotik.dk/sw293.asp. p. 21.
- Viens, A. M., "Morality provisions in Law concerning the commercialization of human embryos and stem cells", Aurora Plomer and Paul Torremans (ed.), *Embryonic Stem Cell Patents. European Law and Ethics*, Oxford 2009, pp. 85-114.
- Zika-Paci, Schulte in den Bäumen- Braun-Rijkers-Defrasne-Deschênes-Fortier-Laage-Hellman-Scerri-Ibarreta, "Bio-banks in Europe: Prospects for Harmonization and Networking", *European Commission, Joint Research Centre, Institute for Prospective Technological Studies* (Seville), EUR 24361 EN-2010.

PERSONAL RIGHTS AND LOGIC OF CLINICAL RESEARCH

RESUMEN

Este artículo trata de la protección de los derechos del individuo en el campo de los biobancos, y se centra en asuntos relacionados con mantener los requisitos del consentimiento informado en investigación llevada a cabo con muestras y datos genéticos ya almacenados. La naturaleza del consentimiento informado, descrito como opción moral, conduce a la necesidad de informar a la persona de quien proviene la muestra o los datos y a pedirle su consentimiento. Aunque la persona no sea físicamente afectada, tiene, no obstante, un interés protegido por decidir si la investigación es o no consistente con su estructura moral y sus ideas sobre el progreso médico.

PALABRAS CLAVE

Consentimiento informado, investigación clínica, biobanco, bio-derecho, datos genéticos.

ABSTRACT

The article deals with the protection of individual rights in the field of biobanks, focusing on the issues related to the keeping of informed consent requirement in researches on biological samples or genetic data already stocked. The very nature of informed consent, described as a moral choice, leads to the need to inform the person from whom the samples or the data come from and to ask for his/her consent. Even though the person is not physically touched, nevertheless he/she has a protected interest in deciding if the research is consistent or inconsistent with his/her moral structure and idea of medical progress.

KEY WORDS

Informed consent Clinical research Biobanks Biolaw Genetic data

DERECHOS DE LA PERSONA Y LÓGICAS DE LA INVESTIGACIÓN CLÍNICA

Carlos Casonato*

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Trento

Sumario: 1. El consentimiento informado como elección moral. 2. Consentimiento e investigación clínica: especificidades. 3. ¿Existe un deber de participar en la investigación clínica? 4. Las razones para el mantenimiento —reflexionado— del consentimiento: algunos casos. 5. Un consentimiento de geometría variable y la relación simétrica de solidaridad. 6. Perspectivas.

1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO ELECCIÓN MORAL

Los temas del papel y de la tutela de la persona y sus derechos en el ámbito de la investigación clínica y de los biobancos evocan una serie de perfiles entre los cuales cabe situar el llamado principio del consentimiento informado. Ante todo, parece pues oportuno definir ese principio en cuanto tal; en efecto, su naturaleza (ésta es la tesis que se defiende) no cambia por adoptarse en contextos parcialmente diferentes, como el terapéutico o —precisamente— el de investigación.

De entre las diversas reconstrucciones que puedan darse al principio del consentimiento, la más convincente lo divide en dos componentes, sin duda relacionados pero con características distintas: una información de carácter *técnico* y una elección de carácter *moral*¹.

El primer perfil, el informativo, se resume en porcentajes de éxito, contraindicaciones, efectos secundarios, estadísticas de riesgo, alternativas: datos que deberán explicarse detalladamente a la persona, a menos que ella misma no los quiera conocer. Por el contenido *técnico-científico* de dicha información, en esta primera fase la figura central es la del *médico* al que el paciente acude. Sin embargo, en el momento en que el enfermo, a raíz de la información recibida, debe decidir si acepta un tratamiento o rechaza lo que se le proponga (segundo perfil), su decisión no es de carácter técnico, sino *moral*, al consistir en un juicio de coherencia de la propuesta médica con la propia estructura moral, con la representación de la propia humanidad, con la imagen que cada cual tiene de sí mismo: dicho de otra forma, con la idea que cada uno tiene de la propia *dignidad*. En esta fase —y, para ejemplificar, piénsese en los casos en que hay que elegir entre tratamientos vitales o en fases fina-

* Carlo Casonato es profesor numerario de Derecho constitucional comparado y responsable del proyecto *BioDiritto* del DSG de la Universidad de Trento.

les de la existencia— no son los porcentajes y las estadísticas los que dictan la elección, sino *significados de sentido y juicios de valor* referidos a momentos cruciales de la propia existencia como cuando uno cae gravemente enfermo.

Dicho esto, parece lógico que, si la voluntad de la que debe depender la decisión sobre un determinado tratamiento tiene que ser el resultado de un *proceso de participación* entre el profesional y el paciente (en este sentido, el consentimiento no debe reemplazar la soledad del “médico paternalista” con la soledad del enfermo), en caso de desacuerdo, que sea el *carácter moral de la elección* a adoptar lo que imponga la *prevalencia de la voluntad de la persona* (agente moral, precisamente) a la que está destinado el tratamiento.

Dicha lógica no parece ser exclusiva de la época contemporánea sino que, mirando al pasado, ya está presente en la antigüedad.

Al respecto, en el cuarto libro de *Las leyes* (cuarto siglo a C.), Platón describe dos clases de médicos. Los médicos de los esclavos —esclavos a su vez— se limitan, por así decir, a “reparar un instrumento de trabajo”, sin establecer algún tipo de relación con los enfermos: «ninguno de tales médicos da ni admite explicación alguna sobre la enfermedad particular de cada uno de los esclavos, sino que les prescriben lo que les parece según su experiencia, como si estuvieran perfectamente enterados, engreídos como un tirano, *para luego correr presurosos a atender a otro esclavo enfermo*». *El médico de los hombres libres, en cambio, trata de conciliar lo que hoy llamaríamos principio de beneficio con la autonomía del paciente: él «atiende y examina las enfermedades de la gente libre, enfermedades que investiga desde su inicio y por sus fundamentos naturales, intercambia impresiones con el propio enfermo y sus seres queridos, y al mismo tiempo que él personalmente aprende cosas de los pacientes, instruye, en la medida que le es posible, al propio enfermo y no le receta nada hasta haberlo convencido; entonces, tranquilizándolo con su persuasión, prepara al paciente tratando de cumplir con su cometido de restituirle la salud»* (cursiva añadida). Así pues, ya en aquel entonces la decisión de la persona

sobre sus propios tratamientos se vincula estrechamente a su libertad.

Más allá de ese arquetipo, que aquí se menciona sólo para confirmar incluso desde un punto de vista histórico el carácter moral del consentimiento, hay que decir que el principio del consentimiento informado empezó su camino jurídico de consolidación a principios del siglo pasado. Ya en 1905 (caso *Mohr contra Williams*), el Tribunal Supremo de Minnesota afirmó en términos muy claros que «el primero y más importante derecho de todo ciudadano libre, que es la base de todos los demás derechos y que está universalmente reconocido, es el derecho a la inviolabilidad de la persona o, dicho de otra forma, el *derecho a sí mismo*; este derecho prohíbe estrictamente al médico o al cirujano, aunque éste sea experto y afamado, violar sin permiso la integridad física de su paciente» (cursiva añadida)². Y con el mismo punto de vista, en el caso *Salgo* de 1957, el Tribunal de Apelación de California instituyó la obligación por parte de los médicos de informar al paciente sobre los riesgos relacionados con una determinada operación antes de pasar por quirófano³.

Sin olvidar estos antecedentes, hay que decir que fue hacia mediados del siglo pasado cuando se asentó el principio del consentimiento como *resultado del cruce de potencialidades de la nueva biomedicina con el nuevo protagonismo cultural y jurídico reconocido a la persona*. A partir de los años 50 y 60, desde Estados Unidos llega una serie de avances tecnológicos que permiten tomar decisiones que repercuten tanto cuantitativa como cualitativamente en la existencia humana: aparecen las primeras máquinas para la diálisis, se realizan con éxito los trasplantes de órganos, se multiplican las unidades de terapia intensiva con el uso de aparatos de respiración y la alimentación e hidratación artificiales capaces de mantener con vida a personas con una función cerebral muy comprometida. Hay más, nace la ingeniería genética, se perfeccionan los diagnósticos prenatales, se extiende el uso de los métodos anticonceptivos y de las técnicas médicas para la interrupción voluntaria del embarazo.

En términos genéricos, los años 60 son testigos de una suerte de “revolución científica y tecnológica” que hace que la medicina intervenga cada vez más de una forma intensa y especialmente decisiva en la vida y la muerte de las personas; sin embargo, esta capacidad no puede implicar su uso automático generalizado, sino que impone la determinación de criterios que permitan elegir tanto el *an* como el *quomodo* de su aplicación, y ante todo imponen localizar la persona más adecuada para tomar tales decisiones. En especial, surge el dilema sobre si confiar las decisiones pertinentes a la salud de las personas al médico o a los mismos enfermos.

Para contestar a esta pregunta, cabe recordar una segunda “revolución” que, siempre en aquellos años y siempre allende el océano, se ha cruzado con los avances de la medicina ya mencionados: una revolución que, esta vez, no es tecnológica, sino *cultural y jurídica*.

Precisamente en los Estados Unidos de los años 60 se desarrolla el movimiento de los *civil rights* que reivindica para los afroamericanos y otras comunidades minoritarias nuevas posibilidades y derechos; y cobra protagonismo el feminismo con las luchas para que se reconozca la voluntad de la mujer también en materia sexual y reproductiva. La cultura, la política y el derecho se ocupan con mayor interés y profundidad de los temas de la igualdad y de la antidiscriminación (*Brown contra Board of Education*, el caso que declara anticonstitucional el sistema escolar separado para blancos y negros se remonta a mayo de 1954, una *Civil Rights Act* a 1964 y la *Voting Rights Act* a 1965). En general, a partir de aquellos años, se consolidan una serie de movimientos dirigidos a reconocer a toda persona, sin hacer distinción de género u origen, *un tendencial derecho de libre elección respecto a la propia vida, el propio cuerpo y la propia salud*. Aumenta el interés por los derechos individuales, se transforma la percepción de muchas instituciones tradicionales —entre ellas, la familia, la iglesia, la escuela—, y también se abordan las nuevas dimensiones de los derechos de los pacientes (el caso *Salgo* de 1957, *In re Quinlan* de 1976), las temá-

ticas en materia de libertad sexual y de aborto (*Griswold contra Connecticut* es de 1965, *Roe contra Wade* de 1973), hasta llegar a aquellas —como veremos— relacionadas con la experimentación clínica (la declaración de Helsinki es de 1964 y el *Belmont Report*, a raíz de los experimentos de Tuskegee, es de 1978). Dichos progresos constituyen el marco más genérico dentro del cual se desarrolla y se afirma el derecho individual a decidir incluso sobre la propia salud; un derecho que, obviamente, tiene en cuenta también la hipótesis de un rechazo de los tratamientos propuestos.

En síntesis, en aquellos años la ciencia médica perfecciona una serie de nuevos equipos y técnicas que permiten que algunos acontecimientos vinculados a la salud, la vida y la muerte, estén a disposición de un individuo a quien la cultura y el derecho están a punto de reconocer dimensiones de gran libertad y tendencial igualdad.

Tras aclarar el significado más convincente que hay que dar al consentimiento informado, queda por averiguar lo que refleja el derecho positivo de su naturaleza y contenidos.

Partiendo de un contexto internacional, encontramos una serie de documentos a menudo de *soft law* (legislación indicativa) que prevé el respeto a la autodeterminación individual en algunos sectores particulares. Con respecto a la experimentación clínica, se pueden citar el llamado código de Núremberg, la Declaración de Helsinki (redactada y periódicamente actualizada por la *World Medical Association*), la *Guidelines for Good Clinical Practice* de la Organización Mundial de la Salud y otras guías redactadas por diferentes asociaciones (como el *Council for International Organizations of Medical Sciences*). Es un auténtico tratado internacional la mencionada Convención de Oviedo de 1997 sobre los derechos humanos y la biomedicina, que prevé en términos más comprensivos que «no podrá llevarse a cabo intervención alguna en una persona —en materia de salud— sin su consentimiento informado y libre»⁴.

Como confirmación del planteamiento aquí adoptado (que une consentimiento, elección moral y dignidad), también la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea establece expresamente que en el ámbito de la medicina y de la biología debe respetarse el consentimiento informado y libre de la persona interesada. En especial, resulta muy significativa la *sedes materiae* de dicha disposición que se encuentra entre las primeras de la Carta (art. 3) y en el Primer Apartado, dedicado precisamente a la «Dignidad». En estos términos, cabe subrayar que el *Bill of Rights* de la Unión Europea ha reconocido expresamente el principio de voluntariedad de los tratamientos que, a su vez, se basa en el reconocimiento del carácter moral y por tanto personal de la elección.

Además, con respecto al derecho italiano, puede decirse en este contexto que el Tribunal Constitucional ha reconducido el principio del consentimiento a los tratamientos dentro de una lectura constitucionalmente orientada y, más exactamente dentro de un marco señalado por la garantía de los derechos inviolables (art. 2), por la tutela de la libertad personal (art. 13) y por el derecho a no ser sometidos a tratamientos sanitarios obligatorios, a menos que estos tratamientos no estén dispuestos por una ley la cual, a su vez, no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana (art. 32.2). En palabras del mismo Tribunal «hay que evidenciar que el consentimiento informado, entendido como expresión de la consciente adhesión al tratamiento sanitario propuesto por el médico, se configura como un verdadero derecho de la persona que se fundamenta en los principios expresados en el art. 2 de la Constitución, que tutela y garantiza los derechos fundamentales, y en los arts. 13 y 32 de la Constitución, los cuales establecen, respectivamente, que “la libertad personal es inviolable” y que “nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley» (sentencia n. 438 de 2008).

2. CONSENTIMIENTO E INVESTIGACIÓN CLÍNICA: ESPECIFICIDADES

Si podemos decir que el consentimiento informado en relación con los tratamientos a llevar a cabo en el propio cuerpo para sanar es fruto del cruce de dos “revoluciones” (la médico-científica y la cultural-jurídica) y que la voluntad de la persona a la que los tratamientos están destinados prevalece sobre otros intereses como consecuencia de la naturaleza de la *elección moral sobre sí mismo*, cabe preguntarse si la misma lógica puede valer también para el consentimiento respecto a la investigación clínica. En efecto, en el primer caso no parece que haya otros intereses (colectivos o de terceros) que puedan prevalecer sobre la voluntad de una persona capaz la cual, informada y consciente, decide aceptar o rehusar un posible tratamiento; en el caso de la investigación, en cambio, el marco de los intereses se complica.

En este contexto, en primer lugar, el derecho individual a la salud se queda en un segundo plano, precisamente por la distinción, por otro lado no siempre muy clara, entre terapia y experimentación. En efecto, la mejoría de la salud individual en el campo de la experimentación sigue siendo una variable aún por demostrar; puesto que, si el medicamento, o el dispositivo, por ejemplo, ya se consideraban eficaces, no se necesitaba realizar ninguna experimentación. Para un porcentaje de participantes en un protocolo experimental (piénsese en el grupo de control en un ensayo aleatorizado, doble ciego, donde ni el médico ni el paciente conocen la naturaleza real, terapéutica o de placebo, de la sustancia suministrada), la posibilidad de conseguir un tratamiento más eficaz con respecto a los que ya existen se excluye por definición, sin que ni siquiera puedan ser informados de ello los pacientes o los médicos implicados. Por tanto, si la prevalencia del consentimiento a los tratamientos se basa en el derecho al (propio) bienestar, que cada cual puede interpretar y perseguir como mejor considere, un discurso diferente debe hacerse para el consentimiento en el ámbito de la investi-

gación clínica, donde un valor añadido para la propia salud individual es totalmente eventual, y a veces excluido desde un principio.

En segundo lugar, en los dos ámbitos en cuestión (terapia e investigación) la salud colectiva juega un papel similar pero no coincidente. El Estado, entre cuyas funciones tiene también la de cuidar de los ciudadanos, no puede imponer a una persona un tratamiento sanitario contra su voluntad con el único fin de tutelar la salud individual. Así, pues, ante personas con todas sus capacidades intelectuales intactas, el interés colectivo por la salud pierde fuerza frente a la autodeterminación individual, y por supuesto no puede llegar a configurar un “deber de curarse o de mantenerse sano”. El Tribunal Constitucional italiano lo deja bien claro al respecto desde 1990, cuando tuvo la ocasión de expresar el principio en el art. 32 de la Constitución (que tutela la salud como «derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad» y establece que nadie “podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana»), en virtud del cual se permite la obligación de someterse a determinados tratamientos contra la voluntad individual sólo allí donde el bien a proteger sea un interés colectivo, como en el caso específico de las vacunaciones; impidiendo, en cambio, el sometimiento cuando se trate de tutelar sólo la salud individual. De hecho, «la obligatoriedad de un tratamiento sanitario establecida por ley no es incompatible con el art. 32 de la Constitución en caso de que el tratamiento esté dirigido no sólo a mejorar o preservar el estado de salud de quien esté a él sometido, sino también a preservar el estado de salud de otras personas, puesto que es la finalidad de proteger la salud como interés de la colectividad lo que, solamente, justifica la merma de la autodeterminación de la persona que pertenece al derecho individual a la salud en cuanto derecho fundamental» (Tribunal Constitucional, sentencia n. 307 de 1990). Por tanto, en el ámbito de la aceptación de los tratamien-

tos, la voluntad individual puede mermar por exigencias vinculadas a una *mejora demostrada* de la salud colectiva. En el clásico caso de los tratamientos sanitarios obligatorios, o sea las vacunaciones, se trata de sacrificar el derecho individual a la negativa frente a la erradicación *cierta* de patologías que a lo largo del tiempo han causado centenares de miles de muertos e inválidos.

También en el ámbito de la investigación reviste mucha importancia el interés colectivo, aunque esté vinculado a una dimensión totalmente *eventual*, a una *hipótesis* —precisamente— de descubrimiento y divulgación de terapias, tests, medicamentos o dispositivos globalmente más eficaces que los ya existentes. Como ya se ha dicho, mientras que la salud individual cuenta sólo “de rebote”, la experimentación clínica se justifica justamente por su interés para la colectividad o las generaciones futuras, tras los avances de la medicina. Dicho de otra forma, es una actividad que de alguna forma *utiliza* a los participantes en las investigaciones a fin de hacer progresar a la medicina y de encontrar tratamientos más eficaces que, una vez comprobados por conclusiones científicas adecuadas, podrán beneficiar más a los futuros enfermos que a los que se sometan a la investigación. De esta misma consideración surge un primer motivo para mantener y, si acaso, reforzar —lo veremos más adelante— el principio del consentimiento: en efecto, la participación en una investigación no tiene como finalidad directa la mejora de la salud de quien toma parte en ella, sino un posible avance de la medicina en términos generales. A fin de evitar, pues, que se trate a los participantes como meros instrumentos de cara a objetivos a ellos ajenos (según la sintética fórmula kantiana de dignidad), es al menos necesario que se les informe sobre el plan de la investigación y que decidan de forma consciente y convencida: la solidaridad es ciertamente deseable, pero no podrá ser objeto de un deber jurídico. Las diferencias en las finalidades y en la visión de conjunto entre el consentimiento en la terapia y el consentimiento en la investigación, además, se reflejan también en la perspectiva de

la tutela jurídica correspondiente: en efecto, el consentimiento en la investigación ya no se sitúa dentro de la mencionada triangulación constituida, en Italia, por la tutela de los derechos inviolables (art. 2), de la libertad personal (art. 13) y del derecho a rehusar tratamientos sanitarios (art. 32.2), sino más bien, siempre dentro de un marco de derechos fundamentales, en una tutela de signo antidiscriminatorio (art. 3 de la Constitución) en relación con un conjunto de datos muy sensibles y potencialmente indicativos del perfil genético de la persona (con todas las consecuencias prácticas que puedan derivarse).

Sobre la base de ese dato distintivo, profundizando en lo que se acaba de decir, ahora podemos preguntarnos si el hipotético avance de la medicina, que en las últimas décadas ha llevado a un aumento de la cantidad de vida y a una mejora de su calidad sin precedentes (al menos en los países más ricos desde el punto de vista económico), no es beneficio suficiente para superar el principio del consentimiento y para poder justificar la legitimidad de una obligación a participar en las investigaciones.

3. ¿EXISTE UN DEBER DE PARTICIPAR EN LA INVESTIGACIÓN CLÍNICA?

Ante todo, la respuesta a este interrogante puede variar según el sacrificio que se le pida a la persona que toma parte en el ensayo.

Nadie más —se quiere pensar— podría ya considerar legítimo imponer, incluso con supuestos fines de avance científico, tratamientos inhumanos como los que se llevaron a cabo en los *lager* nazis. A raíz de aquellos hechos —recordemos— se adoptaron documentos fundamentales en materia de investigación clínica que podríamos definir de *soft law* como los ya mencionados Código de Núremberg (1948) y la Declaración de Helsinki (adoptada en 1964 con ocasión de la *World Medical Association* y luego repetidamente integrada hasta las modificaciones de Seúl, en octubre de 2008).

Sin embargo, a lo largo de la historia se han repetido casi hasta nuestros días experiencias, si no tan brutales, ciertamente lesivas de cualquier derecho fundamental y sentido de humanidad. El caso más conocido es el de los experimentos de Tuskegee donde el *Public Health Service* estadounidense, a partir de los años 30 y hasta 1972, realizó una serie de estudios experimentales sobre la sífilis no tratada en la población de raza negra de esa ciudad. A ningún participante se le informó sobre los experimentos: cuatrocientas personas fueron infectadas deliberadamente y un número indeterminado de éstas murió. La negación de todo sentido ético y jurídico en la conducción de los experimentos fue agravada por el hecho de que se continuó trabajando en ellos incluso después de descubrir, en los años 50, la eficacia de la penicilina para combatir la enfermedad.

Ante la condena unánime de dichas investigaciones, menos unívoca podría resultar la desaprobación respecto de estudios experimentales que no perjudican la salud de los participantes y que se llevan a cabo según las buenas prácticas actuales, con excepción de la solicitud del consentimiento. En estos casos, a diferencia de los mencionados anteriormente, se harían únicamente participar en un ensayo experimental a personas desinformadas, sin por ello reducir o modificar los tratamientos. Actuando de esta forma, parece que muchos autores llegan a justificar la ausencia de la solicitud del consentimiento en los casos en que la experimentación se haya realizado en muestras biológicas ya existentes en un biobanco, y por tanto no sería necesario ni siquiera someter a la persona a otra toma.

En la literatura científica, precisamente en materia de estudios en que se utilizan muestras biológicas almacenadas en biobancos o bien información que pueda obtenerse de ellas, ya se leen con cierta frecuencia artículos dirigidos a que no se considere necesario el consentimiento de la persona. La utilidad general, el progreso de la medicina y la necesidad de no impedir e incluso promover estudios que podrían beneficiar a los mismos participantes, llevan a algunos autores a afirmar que el respe-

to al consentimiento se ha convertido en un paradójico obstáculo de carácter burocrático para el bienestar individual y colectivo. Una teoría similar, por ejemplo, ha sido recientemente defendida en el *British Medical Journal* por algunos investigadores de la Universidad de Uppsala que se basan en el hecho de que, por un lado, los costes y los tiempos para los procedimientos de obtención del consentimiento podrían emplearse mejor en realizar investigaciones útiles al progreso médico, y que, por el otro, las características de las personas que aceptan participar en las investigaciones son tendencialmente distintas de aquellas que niegan su consentimiento. Sobre estas bases, la solicitud del consentimiento, aparte de ser un coste inútil, constituiría también una traba inicial en el desarrollo de la misma investigación⁵. Además, visto que «as individuals living together in a society we limit our freedom in many ways in order to achieve common goals», no se entiende por qué no habría que limitar la autodeterminación individual de cara a objetivos de interés tan grande para la humanidad. La conclusión del razonamiento lleva a considerar «rational to accept that samples are used for research without obtaining informed consent».

Dicha posición podría reforzarse apoyando que la falta de solicitud del consentimiento, podría sustituirse con dos instrumentos encaminados, en cualquier caso, a tutelar las necesidades individuales.

En primer lugar, podrían (deberían) adoptarse procedimientos de seguridad que permitan la anonimización o la “codificación” de los datos personales o el respeto total de la intimidad. De esta forma, no habría preocupaciones vinculadas a la divulgación y al abuso de información tan delicada y expresiva como la genética, evitando los temidos riesgos de *genetic discrimination*.

En segundo lugar, la falta del consentimiento individual podría (debería) de alguna manera suplirse y cubrirse con la actuación de los comités éticos o *institutional review boards* (IRB), con la tarea de valorar la sostenibilidad ética, jurídica y científica de las investigaciones

correspondientes. Dicha actuación, gracias a la pluralidad y representatividad en la composición de esos órganos y a la competencia de los miembros, podría sustituir, con garantía y mayor eficacia, al consentimiento individual, por lo general más inadvertido y menos consciente.

4. LAS RAZONES PARA EL MANTENIMIENTO —REFLEXIONADO— DEL CONSENTIMIENTO: ALGUNOS CASOS

Sin duda, estas dos estrategias son útiles y parecen imprescindibles en el desarrollo de cualquier tipo de investigación; sin embargo, llevan consigo algunos problemas si se entienden como equivalentes o sustitutivas del consentimiento.

Con respecto a la tutela de la intimidad (*rectius confidentiality*) del participante, se ha puesto de manifiesto que los sistemas de seguridad no son seguros al 100%. Por tanto, el riesgo de una divulgación dolosa o negligente y de un uso abusivo no puede evitarse. Además, con respecto a la anonimización total de los datos, hay que decir que este procedimiento podría garantizar al máximo la confidencialidad de los participantes, pero impediría su seguimiento (*follow up*) en caso de que surgieran tratamientos que podrían ser indicados para quienes habían permitido la utilización de sus muestras luego anonimizadas.

En segundo lugar, la actuación de los comités éticos o de los IRBs puede sin duda hacer que el protocolo experimental se estructure de forma coherente y estadísticamente adecuado, tenga puntos finales primarios y secundarios científicamente sostenibles, respete tanto las necesidades éticas y jurídicas de los participantes en el estudio, como a los investigadores y la misma colectividad en la que se lleve a cabo la investigación, y así sucesivamente. Sin embargo, se considera que la evaluación de esos organismos pueda añadirse pero no sustituir

al consentimiento en cuanto acto que se diferencia de este último por su propia naturaleza y esencia. De hecho, comités éticos e IRBs pueden sin duda realizar comprobaciones muy exactas desde un punto de vista científico, estadístico, jurídico y ético; pero nunca podrán tener en cuenta si la investigación propuesta a los participantes es coherente con sus orientaciones culturales, sus estructuras morales, sus voliciones y maneras de entender la vida. Un análisis llevado a cabo también por los principales expertos del sector nunca podrá sustituir a un juicio individual sobre la participación o no en una investigación experimental que también implica, al igual que la decisión sobre los tratamientos, una evaluación de compatibilidad moral, y por lo tanto individual, entre las modalidades y los fines del estudio, por un lado, y la propia *Weltanschauung*, por otro.

Evidentemente, esta consideración se basa en el hecho de que, al igual que la elección de los tratamientos, la decisión de si aceptar o no una investigación que se realice también sólo con muestras biológicas ya recogidas o incluso con la información deducible de ellas tiene una naturaleza esencialmente *moral*. Veamos.

Ante todo, ya hemos explicado cómo el consentimiento informado a adoptar en el contexto de la investigación difiere de su “homólogo” utilizado, más tradicionalmente, para tratamientos sanitarios específicos. Mientras que este último nace y se desarrolla haciendo referencia constantemente a la presencia necesaria de la voluntad individual a los efectos de la legitimidad de un acto que afecta a la integridad física, al cuerpo de la persona misma, el consentimiento en el ámbito de los biobancos tiene más que ver con la recogida y el tratamiento de muestras de tejido, de información, de datos personales del individuo que pueden almacenarse en las unidades de anatomía patológica de muchos hospitales. Desde el punto de vista de la integridad física, el potencial lesivo de una investigación experimental parece nulo o casi, diferenciando así terapia e investigación.

Pero hay otra razón que puede asimilar el principio del consentimiento a los tratamien-

tos y el principio del consentimiento a la investigación: el hecho de que —como se ha dicho— ambas decisiones sean de naturaleza moral.

La investigación científica —hemos anticipado— es la base de los enormes avances médicos que han llevado, por lo menos en las zonas geográficas económicamente más ricas, a un fuerte aumento de la esperanza de vida y de su calidad. No obstante, la misma investigación está vinculada también a enormes intereses económicos que a veces se hacen prevalecer sobre los derechos y sobre la misma dignidad de las personas que han tomado parte en ella. Sin querer adoptar posturas extremas o tomar como paradigma los hechos ocurridos en Tuskegee, pueden sin embargo citarse algunos casos no muy lejanos en los que las lógicas incluso jurídicas de la investigación han entrado en conflicto con la tutela de los intereses y la confianza de las personas que han participado.

En uno de estos casos, *Moore contra Regents of the University of California* de 9 de julio de 1990, el Tribunal Supremo de California afirmó que las personas no tienen derecho de propiedad sobre los propios tejidos y las propias células una vez que han sido extraídos del cuerpo⁶. La historia es la siguiente: John Moore acudió al centro médico de la UCLA (Universidad de California en Los Ángeles) para que le trataran un tipo de leucemia. Tras la extirpación de tejidos del hígado de Moore, justificada con fines terapéuticos, unos médicos (Gold y Quan) utilizaron una parte de ellos con fines de investigación, sin informar al paciente. Además, simulando la necesidad de visitas con fines curativos, los médicos convocaron más veces a Moore (que vivía en Seattle) para que fuera a Los Ángeles por motivos exclusivamente relacionados con la investigación. Al cabo de unos años, durante los cuales se mantuvo el Sr. Moore a oscuras de los fines experimentales, los médicos y la Universidad de California consiguieron una patente para la línea celular obtenida por un valor estimado de 3.000 millones de dólares aproximadamente. El Sr. Moore, entonces, los demandó para conseguir una

parte de los beneficios. El Tribunal Supremo del Estado, aun reconociendo el deber por parte de los investigadores de informar a los participantes en la investigación, afirmó que «the resulting patented cell line was the product of *invention*, not of the *donor* (...). Even if the excised cells initially belonged to an individual, those cells were legally and factually distinct from the resulting research product (...). Thus, the court held that individuals *do not* have an ownership interest in their cells after the cells are removed from their bodies»⁷.

Otro caso, *Greenberg contra el Miami Children's Hospital Research Institute, Inc.* de 29 de mayo de 2003, parece aún más perjudicial para los intereses de los participantes en la investigación además de traicionar el espíritu de solidaridad que se exige a los participantes y que se indica como causa de abandono del principio del consentimiento⁸. El Sr. Greenberg tenía la intención de desarrollar un test que permitiera identificar en fase de investigación prenatal el defecto genético vinculado a la enfermedad de Canavan, una patología rara y mortal que se manifiesta con cierta frecuencia en los grupos familiares judíos Ashkenazi. Con este fin, había pedido asistencia técnico-científica al doctor Matalon, al cual había concedido la utilización de muestras de sangre, de orina y de tejidos de muchas personas pertenecientes a esas comunidades. Tras descubrir la causa de la enfermedad en un déficit enzimático, el test fue elaborado y su uso se extendió gracias al apoyo de algunas sociedades sin ánimo de lucro. Después de algún tiempo, el doctor Matalon, trabajando con las muestras en su poder, consiguió aislar el gen responsable de la enfermedad, permitiendo a la institución a la que estaba afiliado, el Miami Children's Hospital Research Institute, que patentara una serie de aplicaciones, entre las cuales se contaba también el test genético prenatal. A raíz de dicha patente, el instituto de investigación pidió a los centros de diagnóstico interesados el pago de royalties por la utilización del test, los cuales llegaron a producir hasta 375.000 dólares por año. Cuando se enteraron de la necesidad de pagar el test al que habían contribuido perso-

nalmente con las propias muestras biológicas y con financiaciones particulares, el Sr. Greenberg y otros donantes demandaron al doctor Matalon y al instituto de investigación por no haberlos informado sobre el uso de sus propias muestras biológicas para obtener una patente. La U.S. District Court para el Southern District of Florida confirmó los principios de derecho expuestos en el anterior caso *Moore*, afirmando que las personas no pueden alegar un derecho de propiedad sobre las muestras donadas con fines de investigación. En especial, el Tribunal sostuvo que el respeto del principio del consentimiento informado habría obstaculizado excesivamente los trabajos de investigación, en cuanto «it would give each donor complete control over how medical research is used and who benefits from that research». Además, ante la adopción del Code of Medical Ethics de la American Medical Association que requería el consentimiento para cualquier investigación médica, afirmó que el imponer de forma retroactiva el consentimiento «“chill medical research”, as it would force researchers to constantly evaluate whether a “discloseable event” had occurred (...). Because the materials were voluntarily donated without a contemporaneous expectation of return, Greenberg and others had no acknowledged property interest in body tissue and genetic matter they had donated, even though commercial benefit accrued as a result».

Ese razonamiento fue sustancialmente confirmado en un tercer caso, *Washington University contra Catalona* de 31 de marzo de 2006 en el que, esta vez, el Tribunal de Apelación del octavo circuito ratificó los límites al derecho de controlar el uso y destino de las propias muestras biológicas donadas⁹. El doctor Catalona, famoso cirujano oncólogo, había pedido durante años a sus pacientes el poder conservar los tejidos retirados tras la eliminación de un cáncer de próstata. En especial, a los pacientes se les solicitaba firmar un modelo de consentimiento que contenía «(1) acknowledging that the donor was making a “free and generous gift” of tissue to research that may benefit society, and (2) waiving ownership rights in

the donated tissue or any medical or scientific product that resulted from research with the donated tissue (...). All forms provided for patients' withdrawal from the research at will». La Washington University, donde trabajaba el médico, recogió de esta forma más de 30.000 muestras, de las cuales más de una décima parte procedía directamente de los pacientes de Catalana. Cuando el doctor manifestó su intención de trasladar casi 2.000 muestras a un laboratorio privado para proseguir las investigaciones, la universidad se opuso. En el momento en que se trasladó a la Northwestern University, el médico pidió a sus pacientes la autorización para trasladar también sus muestras; la petición fue aceptada por más de 6.000 personas. Ante la negativa de ceder las muestras por parte de la Washington University, algunos pacientes intentaron conseguir el traslado por las vías legales, afirmando que la donación de las muestras se había realizado al doctor por motivos de investigación y no a la universidad para que pudiera comercializarlas. El Tribunal sostuvo que, a pesar de que los participantes en la investigación, en virtud del modelo de consentimiento informado, «retained the right under federal law to withdraw from research and have their samples destroyed (...) they did not have the right to direct and control use of the samples». En conclusión, «individuals who donate biospecimens for research purposes *do not* retain ownership interest that would allow them to direct or authorize the transfer of those materials to a third party».

Casos de este tipo demuestran cómo protocolos de investigación que, a pesar de no violar *formalmente* la intimidad o los derechos de los donantes y que pueden llevarse a cabo también según las buenas prácticas más acreditadas (aparte del respeto al consentimiento), pueden resultar muy perjudiciales para la estructura moral y las más genuinas y solidarias voluntades y expectativas de los participantes en los mismos. Estas soluciones judiciales parecen demostrar toda la debilidad del sistema de tutela establecido hasta ahora (no sólo en los Estados Unidos), donde el principio del consentimiento se ha perjudicialmente limita-

do o abandonado; un sistema fácilmente manipulable por intereses de investigación a veces dirigidos no ya un justo y solidario avance de la humanidad, sino a la especulación económica pura y dura.

Una lógica que corre el riesgo de hacer perder a la investigación clínica las propias finalidades auténticas para plegarse a fines (de prevalencia económica) que no garantizan el respeto a la persona y a sus derechos surge también en otros ámbitos. Uno de ellos tiene que ver con los casos en que las investigaciones experimentales se han realizado en los llamados países en vías de desarrollo sin asegurar todas las garantías previstas también a nivel internacional. Un reciente estudio publicado el 7 de febrero de 2012 en la página web del *Journal of Medical Ethics*, al respecto, contiene una serie de datos que demuestran que si por un lado «comprehension of study information varies among participants in both developed and developing countries», por otro «participants in developing countries appear to be less likely than those in developed countries to say they can refuse participation in or withdraw from a trial, and are more likely to worry about the consequences of refusal or withdrawal»¹⁰.

Estas consideraciones se han reproducido aquí brevemente no para criticar en su conjunto las lógicas de la investigación y de la experimentación clínica, sino porque parecen demostrar que los objetivos de carácter solidario y vinculados al avance de la humanidad de estas actividades *no pueden darse por sentados* y que, por tanto, es razonable pedir —también para los estudios que no afectan a la integridad física sino que utilizan simplemente muestras biológicas, tal vez incluso ya almacenadas—, que sea el *mismo paciente el que considere las finalidades, las modalidades, los patrocinadores de las investigaciones a las que se le invita a participar y que decida si son coherentes con las propias coordinadas morales*.

En este sentido, alguien podría también criticar los modelos de financiación y de desarrollo de la investigación biomédica, cuando éstos concentran gastos ingentes, por ejemplo, en alargar, aunque sea muy poco, la vida de

algunos enfermos, dejando de lado, en cambio, los problemas que afrontan quienes —viviendo en el llamado tercer mundo— sufren y mueren por enfermedades fácilmente curables con costes realmente sostenibles; o cuando las inversiones excluyen las enfermedades raras por no “ser rentables”.

Sin poder entrar en el fondo de esos perfiles, lo que se quiere aquí destacar es el hecho, totalmente verosímil —o en todo caso posible—, de que existan personas que, por razones de orden puramente moral, desconfíen de determinados protocolos de investigación o del modelo de investigación experimental dominante (especialmente si está orientado a fines particulares o financiado por ciertos laboratorios farmacéuticos) queriendo por eso no colaborar ni siquiera proporcionando sus muestras biológicas.

En términos generales —en este sentido— la participación en una investigación supone el uso compartido de determinadas finalidades y modalidades, patrocinadores específicos y relativas fuentes de financiación; además, implica la confianza en un modelo de desarrollo concreto.

Por todo esto, parece lógico considerar que, también en la investigación que se lleva a cabo gracias a los biobancos, el principio del consentimiento, como elección de carácter moral, se basa en la correspondencia entre una “propuesta” (ya sea terapéutica o experimental) y los ideales del directo interesado, sus convicciones y los juicios de valor que cada persona tiene derecho a formular y a que se respeten. Por esto, la anonimización irreversible de los datos (siempre que sea técnicamente posible) y el control por parte de comités éticos e IRBs podrán solucionar también los problemas vinculados a la tutela de la intimidad y a la sostenibilidad ética del protocolo, pero nunca podrán sustituir *por completo* a la falta de un consentimiento individual; en efecto, este último se sitúa en un plano (el respeto a específicas opciones morales e ideológicas) que es totalmente diferente y mucho más amplio que el relativo a la privacidad de los datos o a la ética del proyecto. Así pues, por estos motivos

parece que la recogida de las muestras biológicas y el tratamiento de la información que de ellas pueda obtenerse para fines de investigación exijan un recorrido informativo lo más completo posible, el cual realmente oriente la libre elección de la persona implicada.

5. UN CONSENTIMIENTO DE GEOMETRÍA VARIABLE Y LA RELACIÓN SIMÉTRICA DE SOLIDARIDAD

Una vez dado este amplio fundamento moral al principio del consentimiento en el ámbito de la investigación, se abren diferentes vías para aplicarlo de forma concreta. Como es sabido, existen tipos muy diferenciados de consentimiento, que podrá solicitarse de forma general (*broad consent*) o específica (*specific consent*), podrá tener un alcance limitado o amplio, algunas veces podrá darse por sentado con posibilidad de retractarse (*opting-out*). Sin embargo, lo que parece realmente importante, en la perspectiva aquí adoptada, consiste en la oportunidad de que se informe concretamente a la persona sobre el posible uso de sus muestras biológicas y de los datos que puedan obtenerse de ellas, para estar en condiciones de elaborar su elección de forma verdaderamente libre y plenamente auténtica. Para tratar de conjugar el respeto al consentimiento, y con ello a la dimensión moral del participante, con procedimientos que no obstaculicen de manera excesiva la dirección de la investigación, se podrá, por ejemplo, prever un modelo de consentimiento informado *de geometría variable* que permita a la persona identificar opciones alternativas entre el rechazo total a cualquier utilización de sus propias muestras, la aceptación de todo tipo de investigación también la aún no planteada, o un rechazo destinado únicamente a determinadas actividades de investigación. Así, pues, el participante podrá solicitar que se le informe de forma específica y decidir sobre cada uno de los protocolos, o bien dar el consentimiento a las investigacio-

nes cuyos fines estén directamente relacionados con aquellos para los que da su consentimiento; podrá expresar su beneplácito por el desarrollo de estudios independientes y financiados con fondos públicos y su desaprobación por aquellos costeados por laboratorios farmacéuticos (o por algunos de ellos); o podrá también dar su aprobación, con un espíritu de absoluta solidaridad y confianza, a cualquier posible investigación futura.

Al respecto, puede ponerse como ejemplo los apartados debatidos por el Comité para la bioética de la *Azienda per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma de Trento* (abril 2010) que prevén que la persona que decide participar en una investigación, también en el ámbito de los biobancos, pueda indicar de manera selectiva el «consentimiento al desarrollo de uno o más análisis o investigaciones específicas, o bien de otras investigaciones directamente relacionadas con las primeras, o bien de todos los posibles actuales y futuros análisis o investigaciones y, por tanto: la voluntad o no de volver a ser contactados de cara a otros ensayos; el consentimiento únicamente a un uso sin fines de lucro de los datos extraíbles de la muestra destinada a la investigación; el consentimiento para un uso destinado a la preparación de medicamentos o tests que puedan constituir una fuente de beneficios; la solicitud para que puedan volver a ser contactados o no en caso de que se consiga información útil para la promoción de la salud y la cura de la enfermedad de la persona; la autorización para que sus familiares o descendientes puedan conocer datos útiles también para ellos, extraíbles de dicho material, incluso en caso de que la persona hubiera fallecido».

En esta última perspectiva, cabe recordar que, al decidir la persona donar de forma consciente su propio material para fines de investigación, podría al mismo tiempo excluir la posibilidad de explotación de una patente o una licencia industrial del mismo, lo cual sería la antítesis respecto a la idea de compartir y de utilizar de forma ecuánime los resultados de la investigación. En fin, a diferencia de la lógica jurídica defendida en los casos estadouniden-

ses mencionados anteriormente, debería concederse al participante la posibilidad de entablar una *relación de solidaridad simétrica* con el investigador en la que se combine la confianza del primero y el desinterés económico del segundo y de la estructura para la cual trabaja. El impedir esta opción, en efecto, equivaldría a imponer un espíritu de solidaridad “en sentido único”; en definitiva, a no tomar en serio el consentimiento como elección moral del participante en la investigación.

Hay que reconocer que la propuesta de un consentimiento de geometría variable que permita al participante conectar su propio espíritu solidario con el de los centros de investigación, condicionando el consentimiento al carácter social sin ánimo de lucro de la investigación, conlleva sin duda —si no quiere verse reducido a otro formal e inútil módulo a firmar— una carga de trabajo adicional en términos de tiempo, de selección de las informaciones a proporcionar, de recursos destinados al *counselling* y a la relación investigador-participante; en una perspectiva de equilibrio sostenible de los intereses en juego, esto parece de todas formas no desaprovechar excesivamente algunas de las necesidades implicadas. En perspectiva, además, un enfoque similar podría permitir reconstruir la tutela de la persona con las necesidades más auténticas de la investigación, reconduciendo la primera a un verdadero resultado (también en términos de *outcome*), amén de a un específico supuesto de la segunda.

En resumen, puede decirse que, si esta propuesta puede sugerirse para las colecciones de muestras que deberán recogerse en el futuro, más difícilmente podrá adaptarse a las llamadas colecciones históricas. Cuando se trate de muestras biológicas ya almacenadas para las que no sea posible con un esfuerzo razonable localizar al donante, una prohibición absoluta impuesta a la investigación por falta del consentimiento parecería no equilibrada. No obstante, a falta de una elección de la persona a la que esas muestras pertenecían, el protocolo de investigación debería ser examinado por un comité ético o IRB por ejemplo, según criterios muy estrictos que permitan, en la medida

de lo posible, que un bien que podría utilizarse para el avance de la medicina en beneficio de toda la población, no se convierta en una fuente de lucro para unos pocos en detrimento del bienestar de la mayoría.

6. PERSPECTIVAS

La propuesta que hemos avanzado, tal y como se deduce de los casos citados y como podría ser confirmado por otros hechos a partir de Henrietta Lacks (se remite a R. Skloot, *The immortal Life of Henrietta Lacks*, Crown Publishers, 2010) y de la islandesa *DeCoe*, puede ser acusada de falta de realismo. Este único motivo, por otra parte, no nos parece suficiente para negar su validez y, en definitiva, no hará que dejemos de empeñarnos para hacerla posible en el futuro. Otros casos, res-

pecto a los mencionados antes, como el relativo a la retirada por parte de 39 laboratorios farmacéuticos del recurso contra la *Medicines and Related Substances Control Amendment Act* surafricana que había hecho peligrar los beneficios-ingresos por la distribución de los medicamentos para la cura del SIDA, o como la propuesta de aplicar a las muestras biológicas el concepto de *commons* intelectuales, demuestran que algunos pasos en la dirección aquí descrita pueden hacerse. Con esta propuesta, en efecto, no se quiere ingenuamente aspirar a una investigación separada de la economía y el beneficio; cada estudio experimental presenta unos costes que los laboratorios farmacéuticos sin duda tienen derecho, jurídica y éticamente, a recuperar. Esto, sin embargo —en opinión de quien escribe— no debe hacerse en detrimento del hecho de que quienes no se reconozcan en las lógicas de la investigación no tengan el consiguiente derecho a no participar.

NOTAS

1. Se hace referencia a C. Casonato, *Informed Consent and End-of-Life Decisions: Notes of Comparative Law*, en *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, vol. 18, n. 3, 225.
2. *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, 104 N.W. 12 (Minn. 1905).
3. *Salgo v. Leland Stanford etc. Bd. Trustees*, 154 Cal.App.2d 560 [Civ. No. 17045. First Dist., Div. One. Oct. 22, 1957].
4. Véase también el protocolo adicional a la Convención de Oviedo sobre Biomedical Research de 2005. Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina.
5. J. Stjernschantz Forsberg, M. G. Hansson, S. Eriksson, *Biobank research: who benefits from individual consent?*, *BMJ* 2011; 343:d5647.
6. *Moore v. Regents of the University of California*, 51 Cal. 3d 120.
7. La síntesis del caso y la cita, al igual que las sucesivas, están extraídas de K. E. Schleiter, *Donors Retain No Rights to Donated Tissue*, en *American Medical Association Journal of Ethics*, agosto 2009, volume 11, número 8: 621-625.
8. *Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute, Inc.*, 264 Federal Supplement, 2d Series 1064-78.
9. *Washington University v. Catalona*, 437 F.Supp.2d 985 (Dist. Ct. Missouri, 2006).
10. A. Mandava y otros, *The quality of informed consent: mapping the landscape. A review of empirical data from developing and developed countries*, en *J Med Ethics* doi:10.1136/medethics-2011-100178.

Traducción del italiano de Laura Volpe

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2012

Fecha de aceptación: 4 de abril de 2012

CLINICAL RESEARCH AND DISABILITY. AN APPROACH FROM THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

RESUMEN

Este trabajo analiza desde la óptica de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad un aspecto concreto de la investigación biomédica, el de la investigación clínica en la que participan personas con discapacidad. La relevancia normativa de este aspecto concreto se debe a que la participación de este grupo de personas en la investigación clínica plantea una serie de retos para la teoría de los derechos ya que se cuestiona su capacidad para ejercer los derechos de los que son titulares. Este cuestionamiento parte de la discusión acerca no sólo de cómo es posible llevar a cabo el proceso de información y de cómo se debe obtener el consentimiento sino también de la propia conveniencia de su inclusión. Toda investigación clínica, cuya justificación última se encuentra en los beneficios que puede producir el aumento del conocimiento en términos de mejora de la medicina, debe evitar la explotación, el sometimiento a tratos inhumanos, crueles y degradantes y la discriminación de las personas con discapacidad, y para ello debe hacerse respetando su capacidad para tomar sus propias decisiones. En el caso de las personas con discapacidad, este respeto de su capacidad se logra desarrollando un proceso de información que sea accesible, adecuado a las necesidades concretas de cada persona y adoptando los ajustes razonables de tal forma que le permita con los apoyos necesarios consentir la inclusión en una investigación clínica. Cuando se trate de personas con discapacidad mental profunda será necesaria la presencia de una persona en quien se subroga la decisión.

PALABRAS CLAVES

Investigación clínica, discapacidad, información, consentimiento, competencia, paternalismo

ABSTRACT

This paper examines, from the perspective of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, one particular aspect of the biomedical research-the clinical research involving people with disabilities. The normative relevance of this aspect is that the participation of this group of people in clinical research raises several challenges to the theory of rights-questioning their ability to exercise the rights they are entitled. This questioning is not only about how it is possible to carry out the process of information and how to obtain consent but also the convenience of their own inclusion. All clinical research, whose ultimate justification lies in the benefits that may result in the increase of knowledge in terms of improvement of medicine, must avoid exploitation, subjection to cruel, inhuman and degrading treatment and discrimination against people with disabilities, and it must respect their ability to make their own decisions. For people with disabilities, this respect for their capacity is achieved by developing an information process that is accessible, appropriate to the specific needs of each person, taking reasonable accommodations, allowing them the necessary support to consent the inclusion in clinical research. In the case of profound mental disability, it is required the presence of a person who is subrogated to the decision.

KEY WORDS

Clinical research, disability, information, consent, competence, paternalism

INVESTIGACIÓN CLÍNICA Y DISCAPACIDAD

Una aproximación desde la Convención internacional de derechos de las personas con discapacidad

Miguel Ángel Ramiro Avilés

Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Alcalá

Sumario: 1. Introducción. 2. El objetivo de la investigación clínica. 3. La participación de personas en la investigación. 4. El consentimiento informado: A) Información. B) Voluntariedad. C) Competencia. 5. La inclusión de personas con discapacidad en la investigación clínica. 6. Conclusión. Nota bibliográfica

1. INTRODUCCIÓN

La *Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad* bien podría ser incluida como un hito más en la particular historia accidentada de la investigación clínica. El colectivo de las personas con discapacidad ha sido uno de los principales protagonistas de esa historia (Rosenstein & Miller, 2008). Esta historia suele contarse a través de una serie de casos escandalosos que han sacudido la conciencia de las personas y que han motivado la adopción de una serie de textos legales y de buenas prácticas que de alguna forma regulan y guían la participación de personas en la investigación clínica (Levine, 1988). El principal caso, aunque no el único pero sí posiblemente el más atroz, fue el perpetrado por los médicos e investigadores nazis hasta 1945. De ahí que desde la aprobación del Código de Nuremberg en 1947 hasta la Convención aprobada

en 2006 ha habido diferentes reacciones normativas a la situación de desprotección en la que se encontraba este colectivo de personas. Aparece de esta forma una *dinámica reactiva*, ya que la regulación del gobierno es el resultado de un proceso de cuatro pasos: se produce un hecho escandaloso, el hecho se expone de manera sensacionalista, existe indignación popular, el gobierno reacciona dictando normas o creando instituciones que tratan de evitar que vuelva a producirse (Iacono, 2006).

En el articulado de la Convención se recogen una serie de derechos y libertades que afectan al modo en que se desarrolla la investigación clínica en la que pueden participar las personas con discapacidad. Se recuerda que nadie será sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y especifica que nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento. Esta

norma recoge una salvaguardia fundamental como es la del libre consentimiento, el cual si se quiere que sea real deberá ser informado. Aparecen de esta forma los tres requisitos básicos para que la inclusión de las personas con discapacidad en una investigación clínica no suponga su sometimiento a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: información, voluntariedad y competencia. La persona con discapacidad deberá estar informada para poder consentir; la persona con discapacidad manifestará un consentimiento libre y voluntario; la persona con discapacidad tiene competencia para consentir. Estos tres requisitos serán objeto de análisis en las siguientes páginas, ya que tradicionalmente se ha cuestionado cómo se les informa, cómo pueden manifestar su consentimiento y qué capacidades deben tener para ser competentes. A esto se añade que incluso la propia posibilidad de la inclusión está cuestionada, estableciéndose restricciones a la misma.

El recordatorio anterior se completa con el reconocimiento a las personas con discapacidad del derecho a la igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna; lo cual conlleva la obligación de realizar los ajustes razonables y de adoptar todas las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad. La igualdad formal se complementa con la igualdad material para que las personas con discapacidad disfruten en igualdad de condiciones con el resto de las personas de los mismos derechos y libertades. A esto hay que añadir el derecho a la accesibilidad a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida. La accesibilidad se conforma como un elemento indispensable para el disfrute real y efectivo de los derechos ya que incide directamente en las condiciones que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y como-

dad y de la forma más autónoma y natural posible. La accesibilidad entroncaría con el proceso de generalización de los derechos ya que supone aumentar el número de personas que pueden disfrutar de ellos. Otro derecho reconocido a las personas con discapacidad de vital importancia en la investigación clínica es el reconocimiento de su personalidad jurídica y de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. No sólo son titulares de derechos desde el momento de su nacimiento sino que además pueden ejercerlos una vez cumplidos con los requisitos etarios legales.

De esta manera, la Convención crea un nuevo paradigma basado en los derechos humanos de las personas con discapacidad con el que se pretende que se reconozca una nueva regla según la cual las personas con discapacidad, que son titulares de derechos desde su nacimiento en virtud de su personalidad jurídica, puedan, haciendo uso de su capacidad jurídica, consentir directamente su participación en la investigación clínica una vez que se haya completado un proceso de información adecuado sobre los objetivos que persigue la investigación clínica y de los riesgos que supone dicha participación.

2. EL OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN CLÍNICA

La 'investigación biomédica' tiene como objetivo la mejora o el desarrollo de la práctica médica y en ella se incluyen tanto las investigaciones en las que participan personas como en las que no se produce dicha participación por estar centradas, por ejemplo, en la utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, embriones, fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. La parte de la investigación biomédica en la que se produce la participación de personas se denomina 'investigación clínica'. La investigación clínica implica la investigación en la que participan personas que está diseñada para contribuir al avance de los

finés y objetivos de la medicina mediante el desarrollo de nuevas intervenciones y procedimientos terapéuticos, tanto de diagnóstico como de prevención (Levine, 2008). La participación de personas obliga a que la investigación permita hacer una estimación del valor y de la validez de las consecuencias que se puedan anticipar y para ello la investigación debe estar diseñada correctamente (Freedman, 1987a). Si el diseño de la investigación no fuese el adecuado, entonces la participación de personas podría no ser correcta desde el punto de vista ético al estar sometidas a riesgos excesivos o al poder producirse daños irreparables.

Tanto la investigación biomédica como la investigación clínica están en el campo de la investigación y, como se verá más adelante cuando se desarrolle la cuestión del 'malentendido terapéutico' (*therapeutic misconception*) en la información, es muy importante insistir en la necesidad de establecer una nítida diferencia con la asistencia sanitaria y, por ende, entre las motivaciones y funciones del investigador y del médico. Mientras que el objetivo de la práctica médica asistencial es proveer un diagnóstico, un tratamiento preventivo o terapéutico, el objetivo de la investigación, ya sea biomédica o clínica, es comprobar una hipótesis, elaborar conclusiones y generalizar el conocimiento (Miller & Rosenstéin, 2003). A pesar de que teóricamente se puede establecer dicha diferencia, en la práctica existe una tensión dramática ya que ambas funciones —la de investigador y la de médico— las suele realizar la misma persona (Katz, 1973) y, cuando se trata de investigación clínica, muchas veces el participante potencial es paciente del médico (Brock, 2008). El médico/investigador se ha comparado, usando las imágenes propias de las novelas de espías, a un agente doble con intereses contrapuestos ya que por un lado, en su faceta de médico, debe velar por el bienestar del paciente proporcionándole el mejor tratamiento posible; por otro lado, en su faceta de investigador, ve al paciente como el sujeto idóneo en el que tratar de probar su hipótesis de trabajo (Levine, 1992). La tensión existente entre el investigador y el médico se ejemplifica

a la perfección en el diseño de la investigación clínica basada en la randomización (Levine, 2008).

Una investigación clínica randomizada es un estudio controlado en el que la terapia que va a ser evaluada se administra a una parte de la población del estudio mientras que a la otra parte o bien se le administra otra terapia o bien se le administra placebo, sin poder tener en cuenta exclusivamente el criterio del bienestar del paciente. Esto ha llevado a que se haya argumentado que, dado que el conflicto es irresoluble, las funciones deben realizarse por personas distintas para proteger mejor los intereses de las personas que participan en la investigación (Beecher, 1970). El conflicto se entiende como una tragedia y nada puede hacerse porque el médico/investigador se encuentra solicitado a la vez de forma inexorable por las exigencias de la práctica médica y de la investigación. Otra línea de argumentación, en cambio, es que tal separación no debe producirse porque la mejor garantía de que los intereses de los participantes en la investigación se van a proteger reside en la 'conciencia' del médico (Levine, 1988) o porque es posible manejar dicho conflicto haciendo entender al potencial participante de cómo su relación con el médico se va a modificar en el contexto de la investigación (Brody & Miller, 2003). Esta última postura tiene el mérito de no caer en el paternalismo de la segunda y de apelar a la ética de la responsabilidad ya que se insta al médico/investigador a que se haga cargo y evalúe las posibles consecuencias beneficiosas o perjudiciales que puede tener la inclusión de una persona en una investigación clínica.

3. LA PARTICIPACIÓN DE PERSONAS EN LA INVESTIGACIÓN

La investigación biomédica y la investigación clínica están suficientemente justificadas por el incremento del bienestar que pueden producir al aumentar el conocimiento y con

ello mejorar las intervenciones y los procedimientos terapéuticos, tanto de diagnóstico como de prevención, que repercuten directamente en la protección de la salud de las personas reduciendo las tasas de mortalidad y de morbilidad de las enfermedades, desarrollando nuevas técnicas de rehabilitación, mejorando la calidad de vida. La singularidad biológica del ser humano hace que los resultados obtenidos de la investigación realizada en animales o los modelos obtenidos por ordenador no sean completamente extrapolables. De ahí que, por ejemplo en la fase final de desarrollo de un fármaco y antes de su comercialización, sea necesaria la participación de personas en las distintas fases de la investigación clínica y que la protección de sus derechos sea un elemento clave. Se trata, por lo tanto, de establecer *cómo* debe producirse la investigación clínica en personas, no si ésta puede o no puede reclutar a personas.

El apoyo público que tiene que recibir la investigación clínica se basa en el presupuesto de que ésta debe realizarse de forma ética y las suspicacias que la investigación clínica pueda levantar entre determinados colectivos de personas, siendo las personas con discapacidad uno de ellos, se deben a que en ciertas ocasiones, partiendo de la creencia de que el médico en una sociedad democrática sería un buen padre de familia que cumpliría sus deberes deontológicos, la investigación clínica no se ha realizado éticamente. Así ocurrió, por ejemplo, con la población afroamericana en Estados Unidos después de que saltara a la luz el caso del estudio Tuskegee sobre la sífilis. Entre 1932 y 1972, el Servicio de Salud Pública de Estados Unidos desarrolló un estudio no terapéutico sobre los efectos de la sífilis no tratada en más de 400 hombres afroamericanos que residían en el estado de Alabama. La forma en que a lo largo de esos cuarenta años se condujo la investigación clínica atenta contra cualquier estándar ético, por mínimo que sea. Ni tan siquiera la aprobación del Código de Nuremberg en 1947, que fue parte de la sentencia final en el juicio a los médicos e investigadores nazis durante los Juicios de Nur-

emberg (Weindling, 2001; Annas & Grodin, 2008), modificó las pautas básicas del estudio, lo cual supuso dejar sin el tratamiento efectivo contra la sífilis a las personas que participaban en el estudio y mantener una investigación basada en prejuicios raciales (Jones, 2008; Reverby, 2010).

Las suspicacias que levantó ese caso, algunas de ellas fruto de falsos rumores sobre la inoculación premeditada de la sífilis (Reverby, 2011), hicieron que unos años más tarde cuando la pandemia del VIH estaba asolando a los miembros de la comunidad afroamericana, éstos fueran reacios a participar en los ensayos clínicos que les podrían aportar algún tipo de beneficio (Jones, 2008; Killen, 2008). Sin confianza en que la investigación clínica se va a realizar de forma éticamente correcta, será muy difícil reclutar a las personas que son necesarias para llevarla a cabo y el proceso de selección no será el correcto y el conocimiento que se obtenga puede verse afectado.

La protección de las personas que participan en la investigación clínica ha ido modificando sus patrones, muchas veces como consecuencia de esos acontecimientos históricos que han sacudido a la opinión pública: desde los horrores del nazismo, al caso del *Jewish Chronic Disease Hospital*, al caso del estudio Tuskegee sobre la sífilis o a la pandemia del VIH. Partiendo de estos acontecimientos, Emanuel Ezekiel y Christine Grady han propuesto cuatro modelos (investigación paternalista, proteccionismo regulatorio, acceso de los participantes, partenariatado colaborativo) cada uno de los cuales personifica una perspectiva diferente sobre la investigación y sus riesgos (Emanuel & Grady, 2008). Aunque no es posible hacer una análisis pormenorizado de cada uno de ellos, cada modelo ensalza un principio ético diferente para proteger a los participantes en la investigación, empodera a diferentes instituciones para desarrollar la protección y, por último, tiene su propia manera de ponderar la protección de los participantes en la investigación con otros valores importantes de la investigación biomédica. Los modelos no son diacrónicos sino sincrónicos, por lo que se superponen unos a

otros, con la consabida controversia y los ineludibles conflictos acerca de qué principio debe utilizarse para resolverla.

4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

A través de estos modelos, puede observarse la manera en que se ha ido estableciendo como un principio ético y un requisito legal que la investigación clínica en personas debe contar, salvo en una serie tasada y muy excepcional de casos, con el consentimiento informado de las personas que participan en la misma (Faden & Beauchamp, 1986). La indagación sobre el fundamento filosófico de este principio ético permite clarificar de qué manera debería entenderse el requisito del consentimiento informado y qué límites, si es que existe alguno, deben tenerse en cuenta (Brock, 2008).

El fundamento filosófico que está detrás de la obligación de obtener el consentimiento informado de las personas antes de someterlas a una investigación clínica es su autonomía. La filosofía kantiana y el papel central que en ella tiene la autonomía personal es el origen de la doctrina y la práctica del consentimiento informado en la investigación clínica. El imperativo kantiano de que nadie puede ser utilizado como un medio sino como un fin en sí mismo cobra especial importancia en el ámbito de la investigación clínica pues, como se ha señalado, el objetivo principal de la misma no es beneficiar directamente al participante sino producir conocimiento generalizable que beneficie a terceras personas. El beneficio, pues, no debe entenderse exclusivamente desde el punto de vista individual sino también desde el colectivo ya que la investigación puede contribuir a mejorar el conocimiento que se tiene de la enfermedad y cómo ésta se desarrolla en las personas con discapacidad.

El principio de autonomía supone que las personas tienen la capacidad de formar sus propios valores, con los que va a construir una concepción de la buena vida, un plan de vida

o un proyecto de florecimiento humano que le conduzca a la salvación o a la felicidad. La autonomía permite que las personas tomen decisiones significativas sobre su propia vida, siguiendo sus planes y proyectos, y sean libres de llevar a cabo ciertas decisiones y ciertos comportamientos sin la interferencia de otros (Beauchamp & Childress, 2001).

Una vez que se ha establecido la base ética del requisito del consentimiento informado, es preciso determinar cuándo las personas están tomando decisiones autónomas (Dworkin, 1988). Decidir implica seleccionar de entre una serie de alternativas, que en el caso de la investigación clínica se concreta, por ejemplo, entre participar o no en el ensayo clínico con medicamentos. ¿Qué requisitos debe tener el consentimiento informado para que pueda afirmarse que una persona ha adoptado una decisión autónoma en el caso de que se le haya ofrecido formar parte de una investigación clínica? Cabe señalar que los requisitos son que la elección haya sido informada, voluntaria y hecha por una persona competente (Brock, 2008).

En dicha elección debe tenerse siempre en cuenta el problema de la *therapeutic misconception* en la información, ya que no se trata de una terapia médica sino de investigación y, como se ha señalado, los objetivos son bien distintos. Si una persona no quiere sentirse como un medio o un instrumento que es utilizado para obtener conocimiento sino como un fin en sí misma, debe estar informada, debe comprender y debe consentir que la investigación clínica en la que se va a embarcar tiene como objetivo primordial la producción de conocimiento generalizable con el que en el futuro podrá ayudarse a otras personas que se encuentren en su misma situación y que su beneficio directo es meramente hipotético.

A) INFORMACIÓN

Cada participante potencial en la investigación clínica debe tener la información apropiada de una manera comprensible (Brock, 2008) y en un formato adecuado a sus necesidades,

una vez que se hayan adoptado los ajustes razonables. Como el objetivo de la información es permitir que las personas puedan tomar una decisión informada, el investigador tiene la obligación de ofrecer la posibilidad de que los potenciales participantes le formulen preguntas (Levine, 1986), convirtiéndose de esa manera en un apoyo necesario en el proceso de toma de decisiones.

Aunque la cuestión sobre qué información debe darse a los potenciales participantes está regulada en muchas normas legales y existen listados más o menos extensos sobre los apartados que se deben incluir (naturaleza, extensión y duración de los procedimientos que se vayan a utilizar, en particular los que afecten a la participación del sujeto; procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos disponibles; medidas para responder a acontecimientos adversos que afecten a los sujetos que participan en la investigación; medidas para asegurar el respeto a la vida privada y a la confidencialidad de los datos personales; medidas para asegurar una compensación adecuada en caso de que el sujeto sufra algún daño), todavía no se ha solucionado definitivamente la cuestión sobre el detalle con el que se debe dar la información, en especial la información sobre los riesgos y beneficios potenciales que entraña la participación en la investigación clínica. La *calidad* y la *cantidad* de la información son los dos parámetros que se deben controlar para que se pueda producir un consentimiento válido. Lo difícil, como es obvio, es encontrar el equilibrio.

Dan Brock señala que existen tres criterios que se suelen utilizar en la asistencia médica (el criterio de la práctica profesional, el criterio de la persona razonable y el criterio de la información a la medida), que podrían trasponerse al ámbito de la investigación clínica, mediante los que se pretende llegar a determinar ese detalle (Brock, 1993) y alcanzar el equilibrio. El primer criterio (la práctica profesional) señala que el médico/investigador debe dar la información con el detalle con el que lo harían la mayoría de sus colegas; el segundo criterio (la persona razonable) señala que el médico/inves-

tigador debe dar la información con el detalle que una persona razonable querría tener para poder tomar una decisión. Estos criterios, según Brock, son cuestionables pues en el primer caso se asume que la práctica profesional es la correcta y en el segundo caso no se puede llegar a saber con certeza qué es una persona razonable. Dan Brock propone el criterio de la información a medida ya que permite determinar en cada caso particular qué grado de detalle requiere cada persona. La manera de lograr este criterio en la investigación clínica, donde existe una hoja de información estandarizada que trata de homogeneizar la información pues muchas investigaciones clínicas se hacen a escala global, es mediante una entrevista en la que el potencial participante puede formular al investigador todas las preguntas que estime pertinentes. De esta manera se puede no sólo establecer una información a la medida de cada persona, ya que unas demandarán más información que otras en la entrevista o tendrán unas dudas diferentes, sino que se permite diferenciar nítidamente la hoja de información y el documento de consentimiento informado del proceso de obtención del consentimiento informado (Wendler & Rackoff, 2001).

La obtención de un documento firmado de consentimiento informado no es sinónimo de que exista un consentimiento válido desde el punto de vista ético sino sólo de que se ha cumplido superficialmente el formalismo legal. Así las cosas, el consentimiento informado no debe equipararse al documento sino que debe entenderse como un proceso en continuo desarrollo en el que la nueva información que se obtenga durante la investigación debe comunicarse a los participantes por sí, a la vista de la misma, deciden cambiar de opinión y abandonarla. El consentimiento informado entendido como proceso supone que la información deba proporcionarse antes, durante y después de la investigación clínica.

El objetivo de la información es que el potencial participante en la investigación clínica sepa aquello que es importante para su vida y que sea probable que le afecte positiva o negativamente por la participación en la investiga-

ción. De ahí que carezcan de sentido las hojas de información extensas en exceso, muchas de ellas pensadas para evitar reclamaciones judiciales, o las que incluyan un lenguaje técnico demasiado sofisticado o sin una explicación clara. Waggoner y Mayo han demostrado que los participantes en una serie de ensayos clínicos no saben el significado de palabras y conceptos que son muy comunes en las hojas de información. Así, el 25% de los participantes no sabían qué es un placebo, el 83% no sabía definir doble-ciego y el 78% no sabía el significado de randomización (Waggoner & Mayo, 1995). Ni la extensión de la información ni el detalle con el que la información debe proporcionarse significan que el potencial participante deba entender la base científica y médica de toda la investigación (Sreenivasan, 2003). Un consentimiento informado válido no requiere un nivel particular de entendimiento de la información por parte del participante, más allá de aquello que es importante para su vida y que sea probable que le afecte positiva o negativamente por la participación en la investigación. El *repeat back* debe limitarse a esas cuestiones importantes para su vida y no entrar en los detalles científicos o médicos de la investigación (Fink *et al.*, 2010). Un consentimiento válido requiere que la información relevante sea accesible a los participantes de forma comprensible y que vaya acompañado de un proceso que le permita hacer preguntas y aclarar la información (Brock, 2008).

Una cuestión ampliamente debatida es qué es la *therapeutic misconception* y cómo puede afectar a la validez ética del mismo. El principio del 'cuidado personal' es el que se aplica en la asistencia sanitaria y gobierna las relaciones entre médico y paciente. Este principio significa que el médico, previa información y obtención del consentimiento por el paciente, elegirá el tratamiento que sea mejor para su bienestar, para controlar mejor los síntomas, para mejorar su estado de salud o simplemente porque es la mejor opción disponible una vez hecho el cálculo entre la probabilidad de que sea eficaz y la probabilidad de que haya efectos secundarios (Fried, 1974). El principio

del 'cuidado personal' exige, pues, que la decisión del médico haya tenido como criterio los intereses del paciente, aun a pesar de que la elección de tratamiento no haya sido exitosa (Appelbaum & Lidz, 2008). En cambio, en la investigación clínica el tratamiento que recibe el paciente no se elige exclusivamente sobre la base de su bienestar sino teniendo en cuenta el éxito de la investigación (Fried, 1974). El diseño de la investigación basado en la randomización supone que las condiciones de tratamiento no se basan en las necesidades del paciente sino en la correcta asignación de personas a los diferentes grupos/brazos en que suele estar dividida la investigación. En este sentido, se ha señalado que la randomización no afecta al nivel de cuidado que reciben las personas que participan en la investigación pues todos los tratamientos incluidos en la investigación, tanto el que se está investigando como los que se usan como comparadores ya sea placebo u otro tratamiento estandarizado, deben cumplir el requisito de la *equipoise* clínica (Freedman, 1987b); pero también se puede insistir en que es sumamente importante diseñar el estudio de tal manera que se obtenga conocimiento generalizable, aun a pesar de que se disminuya el cuidado personal de los sujetos de la investigación siempre y cuando (a.) dicha disminución no altere el balance riesgo-beneficio hasta el punto que la investigación sea inaceptable (b.) dicha disminución sea científicamente necesaria para generar datos significativos y (c.) los participantes hayan otorgado un consentimiento informado válido (Appelbaum & Lidz, 2008). En esa última condición donde puede estar presente la *therapeutic misconception*.

Appelbaum y Lidz, junto con Roth, son los autores que por primera vez formularon el problema de la *therapeutic misconception* (Appelbaum, Roth & Lidz, 1982), y la definen como el error en que puede caer el paciente/participante sobre cómo el cuidado personal puede estar comprometido en los diferentes procedimientos de la investigación clínica. Ese error puede deberse a una creencia incorrecta sobre cómo las necesidades particulares de cada paciente/participante determinan la asignación

o la modificación del tratamiento durante la investigación clínica, o también puede deberse a una estimación no razonable de la probabilidad de obtener un beneficio médico por participar en la investigación clínica (Appelbaum & Lidz, 2008). En ambos casos existen dos factores que han de tenerse en cuenta: el primero son las preconcepciones que tienen los pacientes cuando son invitados a participar en una investigación clínica; el segundo se produce por las experiencias a las que estas personas tienen acceso.

La principal preconcepción que favorece la *therapeutic misconception* se basa en el principio del cuidado personal ya que el paciente/participante considera que el investigador, al igual que el médico, deberá proporcionarle el mejor tratamiento en términos de efectividad para su dolencia. Esta preconcepción se origina en parte por la tensión médico/investigador y en parte porque el reclutamiento puede llegar a hacerlo el propio médico entre los pacientes que acuden a su consulta. Como dicen Appelbaum y Lidz, que una persona consienta su participación en una investigación clínica puede no ser nada más que una respuesta a la petición de ayuda para solucionar un problema de salud: se ha ido a la consulta del médico en busca de tratamiento y el médico le ha ofrecido formar parte de una investigación clínica. El paciente/participante cree que un médico no sugeriría la participación a no ser que fuera probable obtener un beneficio y fuera improbable sufrir un daño (Appelbaum & Lidz, 2008). A esto hay que añadir que las personas tienen más acceso a experiencias exitosas de investigación clínica que a los fracasos que se producen y que el lenguaje de las hojas de información, incluido alguno de los acrónimos usados (BEST, MAGIC...), pueden producir *therapeutic misconception*. Así lo explica Hochhauser cuando advierte que 'el último tratamiento' y 'el tratamiento más prometedor' no son sinónimos de 'tratamiento efectivo' (Hochhauser, 2002).

Appelbaum y Lidz muestran que hay una serie de características que hacen que las personas estén más o menos expuestas a la *the-*

rapeutic misconception. Así, un bajo nivel educativo, una edad avanzada y la gravedad de la enfermedad son factores que aumentan la exposición (Appelbaum, Lidz & Grisso, 2004). Quizás se podría añadir la cuestión de la discapacidad a ese trío de causas. En los casos donde existe mayor exposición se deberían tomar medidas adicionales para asegurar un proceso de información adecuado. La *therapeutic misconception* es un asunto alarmante porque impide que se obtenga un verdadero y genuino consentimiento informado, ya que las personas no llegan a saber qué riesgos están asumiendo y qué implica en su vida y en su cuidado su participación en una investigación clínica.

B) VOLUNTARIEDAD

La voluntariedad es el segundo requisito para que haya un consentimiento válido. Este requisito obliga al investigador a asegurarse de que el consentimiento del participante sea voluntario y no esté sometido a ningún tipo de coerción; esto es, no existe la amenaza de encontrarse en una situación peor si una persona no acepta participar en la investigación (Brock, 2008). Una persona a la que su médico, cuya bata blanca está representando en ese momento el papel del investigador, le invita a formar parte de una investigación clínica puede pensar que, si no acepta participar, su asistencia sanitaria puede verse afectada negativamente. La relación asimétrica basada en la *auctoritas* que existe en este tipo de relación profesional contribuye a generar esa sensación. De igual forma, una persona puede verse forzada a participar en una investigación clínica por presiones basadas en la *potestas* de su entorno más cercano, ya sea familiar, religioso o étnico. De ahí que sea tan importante que el médico/investigador haga todos los esfuerzos para asegurar a los potenciales participantes que su asistencia sanitaria no se verá afectada si decide no participar en la investigación clínica. En el caso de las presiones familiares se debe procurar aislar a la persona de las mismas asumiendo el médico/investigador la responsabilidad de su no inclusión en la investigación clínica.

En el intento de reclutar a una persona para una investigación clínica, la ética de la responsabilidad, a la que antes se hacía alusión, debe evitar que se cruce la línea, demasiado delgada en muchas ocasiones, que separa la ilegítima coerción de la legítima advertencia o consejo, que se produce cuando una persona le dice a otra que haga o no haga tal cosa y deduce sus razones del beneficio que se derivará de ello a favor de la persona hacia la que va dirigido el consejo o la advertencia. El consejo, pues, entra en el ámbito de las medidas o acciones paternalistas que pueden estar justificadas (Ramiro Avilés, 2006). Así, por ejemplo, un paciente en el que ha fracasado la terapia estándar puede ser aconsejado por su médico para que forme parte de un ensayo clínico con la esperanza de que éste pueda beneficiarle, haciéndole saber que el objetivo principal de la investigación es generar conocimiento. Dan Brock señala que los casos similares a este no pueden ser considerados como coerción ya que el médico/investigador lo único que está haciendo es advertirle de lo que le puede ocurrir si el paciente no participa. Es la enfermedad la que hace que la situación empeore; no es por algo que el médico vaya a hacer o vaya a dejar de hacer (Brock, 2008). No obstante, esta postura no es pacífica ya que puede considerarse que existe coerción si el paciente es impelido por la enfermedad a formar parte del ensayo clínico, particularmente cuando las intervenciones que forman la investigación clínica tienen efectos secundarios graves (Agrawal, 2003; Bosk, 2002).

La manipulación de la elección también afecta a la voluntariedad del consentimiento ya que disminuye la calidad y la cantidad de información que recibe un potencial participante en la investigación clínica (Kligman & Culver, 1992). Se produce manipulación cuando se influye en una persona alterando las opciones disponibles o la valoración que se tiene de las opciones disponibles (Faden & Beauchamp, 1986). Esto último puede ocurrir cuando deliberadamente la información transmitida sugiere directa o indirectamente a los potenciales participantes en la investigación clínica el principio del cuidado personal que

es propio de la atención sanitaria y no de la investigación, o cuando las hojas de información son vagas o ambiguas sobre la probabilidad de que exista la posibilidad de obtener un beneficio. No se cambian sus opciones —puede participar o no participar— pero sí la valoración de las mismas —participar es mejor—. Así, por ejemplo, en un estudio que analizó 272 hojas de información de ensayos clínicos oncológicos en fase I, se descubrió que en 260 hojas se hacía referencia al agente experimental como ‘tratamiento’ o ‘terapia’ (Horng *et al*, 2002).

También se discute si puede existir coerción, y por ende la voluntariedad del consentimiento puede estar viciada, cuando no existe una amenaza sino cuando se ofrece un beneficio por participar en la investigación clínica (Wilkinson & Moore, 1997; Emanuel, 2004). Este sería el caso cuando a las personas que deciden formar parte de la investigación clínica se les ofrece mejorar la situación asistencial o acceder a determinados tratamientos. Aunque se rechaza que sean coerción pues dejan a las personas la opción de permanecer en la misma situación que tenía antes de la oferta, tales ofrecimientos levantan suspicacias éticas cuando se ofrecen a personas que viven en condiciones de privación ya sea porque tienen escasos recursos económicos o porque no tienen acceso a los tratamientos médicos (Brock, 2008). En tal caso, el ofrecimiento de uno de estos beneficios puede determinar que una persona que vive en dichas circunstancias decida participar en la investigación clínica a pesar de los riesgos que puede entrañar. Como señala Dan Brock, los ofrecimientos a personas pobres de compensaciones monetarias significativas o de acceso a un cuidado médico por participar en una investigación son un tipo de explotación (Brock, 2008). La explotación ocurre cuando un sujeto, ya sea una persona o una empresa, para lograr sus fines se aprovecha de la pobreza, falta de poder o dependencia de otro u otros sujetos usándolos sin compensarles adecuadamente. Las cuestiones más relevantes sobre la explotación y cómo afecta a la voluntariedad ocurren en las investigaciones internacionales, ya que es allí donde el estándar de tratamiento es subóptimo (Wertheimer, 2008).

Por último, la voluntariedad también puede verse afectada por el hecho de que una persona esté institucionalizada, ya sea en un centro abierto o cerrado o de manera voluntaria o involuntaria. Hasta la mitad de la década de los setenta del siglo veinte era bastante común realizar ensayos clínicos con medicamentos con la población carcelaria (Moser *et al.*, 2004). Las razones que justificaban dicha investigación, que serían aplicables también a las personas con discapacidad que se encuentren institucionalizadas (Singer, 1977), era que se encontraban en un ambiente controlado y que podían sentirse motivados por una compensación económica baja o por ligeras mejoras en sus condiciones de vida mientras estuvieran en prisión. Esta práctica en la actualidad está sometida a fuertes restricciones (Bonham & Moreno, 2008).

C) COMPETENCIA

El tercer y último requisito para que haya un consentimiento informado válido éticamente es que la persona que va a participar sea competente para dar su consentimiento (Buchanan & Brock, 1989). Aunque la competencia tiene una dimensión legal, en este momento sólo se hace referencia a la dimensión ética de la misma. Esto supone reconocer y admitir que la trasposición de las demandas éticas (el deber ser) al plano jurídico (el ser) no siempre está garantizada, aunque sería deseable que así fuera. Por otro lado, esto no supone negar la humanidad a las personas con discapacidad que no sean competentes. No se sostiene, pues, una postura cercana a la de Martha Nussbaum ya que existen tanto razones teóricas como prácticas para no negarles su carácter de ser humano (Cantor, 2009).

La competencia es un requisito de la validez ética del consentimiento porque sin ella, aunque la información relevante se haya transmitido y no haya ni coacción ni manipulación, los potenciales participantes en una investigación clínica carecen de las capacidades de razonamiento para llegar a una elección que se ajuste a sus valores e intereses. La capacidad de tomar

decisiones es un fenómeno clínico complejo que transita por una secuencia continua que va desde la incapacidad para tomar decisiones hasta la plena capacidad para tomar decisiones; pero en dicha secuencia no es posible ver nítidamente cuándo se produce el paso de una a la otra y por las estaciones intermedias (Rosenshtein & Miller, 2008). La atribución de competencia se basa en una serie de presunciones sobre la capacidad de razonamiento que tienen las personas. Así, en primer lugar, se presume que todas las personas que son mayores de edad son competentes, mientras que, en segundo lugar, determinados grupos de personas bien por razones etarias (menores de edad), bien por razones de su estado de salud (situación clínica de coma) o bien por su elevado grado de discapacidad (demencia profunda) se presume que no son competentes (Ramiro Avilés, 2006). ¿Qué capacidades de razonamiento se necesitan para tener competencia y por qué se presume que esos grupos no las tienen? Brock, Griso y Appelbaum señalan que hay una serie de capacidades/habilidades que deben estar presentes para que el consentimiento sea válido: entender, comunicar, razonar, deliberar, tener objetivos y valores (Brock, 2008; Griso & Appelbaum, 1998).

La *capacidad de entender* se precisa para comprender la información relevante que conduce a una elección informada, y la *capacidad de comunicar* se requiere tanto en el proceso de estar informado como de transmitir la elección que se ha hecho. La *capacidad de razonamiento* implica que una persona sea capaz de desarrollar un razonamiento condicional tipo 'si/entonces' que le permita prever las consecuencias de los cursos de acción, mientras que la *capacidad de deliberación* le faculta a considerar cursos alternativos de acción con los que establecer comparaciones. La *tenencia de objetivos y valores* sobre los que se construye un plan de vida puede usarse como base para seleccionar entre los cursos de acción alternativos.

La presencia de estas capacidades y de su ejercicio por una persona es determinante para establecer desde el punto de vista ético su competencia a la hora de consentir o rechazar

su participación en una investigación clínica (Moye *et al.*, 2006). Estas capacidades focalizan la atención en el proceso de toma de decisión y no en la decisión en sí misma, evitando de esa manera el paternalismo consecuencialista. Esto significa que deben evaluarse las deficiencias en el proceso de toma de decisión, dejando a un lado si la persona ha aceptado o ha rechazado la participación en el ensayo clínico. La razón que justifica algún tipo de intervención paternalista para evitar que una persona se dañe a sí misma es que se ha detectado algún defecto en el proceso, no porque la decisión se considere que es incorrecta. Por otro lado, si los defectos son subsanables, entonces se deberán hacer todos los ajustes razonables y adoptar todos los apoyos que sean necesarios para permitir que la persona pueda tomar por sí misma sus propias decisiones; pero si no lo fueran, no quedaría más remedio que declarar la incompetencia y buscar a una tercera persona que sea competente para que tome una decisión (Cantor, 2009).

En una investigación clínica es sumamente importante que la persona comprenda, asuma y se responsabilice de los riesgos a los que se expone; de ahí que en el proceso de toma de decisión éstos deben estar siempre en el primer plano ya que afectan a su vida, su salud y su bienestar. La persona debe tener la capacidad de entender los riesgos y de comunicar la elección que ha hecho una vez que ha razonado y deliberado sobre las consecuencias previsibles y cursos de acción alternativos. Esto hace que en la escala que mide la capacidad de tomar decisiones se deba ser más exigente cuando se trata de una investigación clínica (Rosenstein & Miller, 2008).

5. LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA INVESTIGACIÓN CLÍNICA

Si una persona con discapacidad recibe información accesible, adaptada a sus necesidades y registrada en un formato adecuado, recibe los apoyos necesarios durante todo el proceso

de toma de decisiones y tiene las capacidades de entender, comunicar, razonar, deliberar y de tener objetivos y valores, no hay ningún impedimento para que sea incluida en una investigación clínica en igualdad de condiciones que el resto de las personas sin que produzca explotación y sin necesidad de establecer medidas paternalistas que la protejan. No hacerlo así supondría un trato discriminatorio ya que se estaría tratando de forma desigual dos situaciones iguales y no existiría una justificación racional.

La exclusión no ha pretendido en muchas ocasiones ser discriminatoria sino que perseguía la protección de las personas con discapacidad al encontrarse en una situación de vulnerabilidad (McClimens & Allmark, 2011).

Si se deja a un lado una interpretación literal del Código de Nuremberg que excluye a las personas incompetentes legalmente de la participación en la investigación clínica ('El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento...'), todos los textos normativos posteriores contemplan la posibilidad de que esa incompetencia se supla, generalmente mediante la intervención de una tercera persona legalmente habilitada que actuará como representante. Así, por ejemplo, la Declaración de Helsinki, en su redacción de 1964, contempla la posibilidad de que la investigación clínica se puede realizar con personas que no tengan capacidad para consentir siempre y cuando hubiera ciertas protecciones adicionales, siendo una de ellas la existencia de un representante legal. La Convención trastoca esta solución ya que reconoce a las personas con discapacidad la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida. El ejercicio de la capacidad jurídica requerirá la adopción de todas las medidas de apoyo que se puedan necesitar, debiéndose asegurar que en todas las medidas se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, evitando los conflictos de intereses

y las influencias indebidas, asegurando su proporcionalidad y su adaptación a las circunstancias de la persona, reduciendo su aplicación al plazo más corto posible y examinándolas periódicamente por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. Así, salvo los casos de las personas con discapacidad mental profunda (Cantor 2009), el resto de las personas con discapacidad no van a ser sustituidas al tener capacidad desde el punto de vista ético para tomar sus propias decisiones voluntariamente después de haber sido informadas, y dicha capacidad debería estar reconocida, protegida y desarrollada legalmente disponiendo los ajustes razonables y las medidas de apoyo necesarias.

Si bien es cierto que el modelo de la Convención basado en los derechos humanos reconoce la capacidad de tomar decisiones a todas las personas con discapacidad, maximizando la autodeterminación al mayor número de personas, algunas personas con discapacidad tienen una discapacidad mental tan profunda que no pueden tomar ningún tipo de decisión médica por sí mismas, ni con apoyos ni con ajustes razonables, y deben contar con alguien en quien se subroge la decisión. Estas personas con discapacidad mental severa son aquellas que tienen una inteligencia muy por debajo de la media y además tienen impedimentos substanciales en dos áreas del comportamiento social (Ellis, 1992).

Las personas con discapacidad mental profunda suponen un reto a la hora de entender y aceptar cómo se puede facilitar su inclusión en la investigación clínica ya que son las personas que están menos preparadas para entender su propia situación e incluso para manifestar o articular sus propios intereses (McClimens & Allmark, 2011). A esto se añade que la investigación clínica no tiene como principal objetivo cumplir con el principio del cuidado personal sino generar conocimiento. Por tal motivo, Norman Cantor se pregunta cómo es posible en estos casos justificar que el repre-

sentante legal se desvíe del mejor interés para el paciente embarcándole en una actividad, la investigación clínica, que busca beneficiar a terceras personas.

Esta pregunta obliga a que previamente se resuelva la cuestión sobre si, independientemente de que puedan o no puedan manifestar un consentimiento voluntario, está justificado que la participación de las personas con discapacidad en la investigación clínica esté sometida a algún tipo adicional de requisitos de participación. ¿Puede o debe existir algún tipo de restricción adicional para la inclusión de las personas con discapacidad en la investigación clínica? La respuesta a este interrogante depende de dónde se localice la causa de la situación de vulnerabilidad que le afecte. Si se localiza en el consentimiento, sólo estarían justificados esos requisitos adicionales en los casos de personas con discapacidad mental profunda; si se localiza en otra causa, entonces los requisitos adicionales se justificarían no sólo cuando se tratase de personas con discapacidad mental profunda. La primera opción parece que es más respetuosa con los principios y los derechos reconocidos en la Convención.

Así, la investigación clínica por defecto debería hacerse en personas voluntarias capaces de dar un consentimiento válido y sólo se podrá incluir a personas incapaces de otorgar un consentimiento válido si se cumplen con una serie de salvaguardas adicionales (Rosenstein & Miller, 2008). Esas salvaguardas adicionales limitarían la participación de personas con discapacidad mental severa a los casos en que (a.) no se puede realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento y/o (b.) cuando la investigación vaya a contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable. Estas salvaguardas suponen una *cláusula de necesidad*: las personas con discapacidad mental severa sólo podrán ser incluidas en una investigación clínica cuando su participación sea necesaria e imprescindible para contestar

la pregunta científica planteada (Wendler *et al*, 2003). Las personas con discapacidad mental profunda no deben, por tanto, ser incluidas si no es necesaria su participación, bien porque se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento, bien porque la investigación no va a contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable. A este contenido se podría añadir el criterio del 'riesgo mínimo', según el cual existe un riesgo mínimo cuando la probabilidad y la magnitud del daño o de la incomodidad anticipada en la investigación no son mayores que los que tendría en su vida cotidiana o durante el desarrollo de las pruebas físicas o psicológicas de rutina (Rosenstein & Miller, 2008). Así, sólo se podría incluir a personas con discapacidad mental profunda si la investigación sólo supone un riesgo mínimo.

¿Y si el riesgo fuera mayor que el mínimo? La posibilidad de que una persona competente consienta su participación en una investigación clínica que suponga un riesgo mayor que el mínimo, que hasta incluso pueda no ser considerado razonable, comienza a plantearse cuando apareció la pandemia del VIH. Inmediatamente después de que se hicieran públicos los primeros resultados de un ensayo clínico promovido por Burroughs Wellcome mostrando la efectividad del AZT muchas personas solicitaron tener acceso al medicamento, a pesar de que el ensayo clínico era pequeño, los criterios de elegibilidad definían un subgrupo concreto de personas infectadas, la mejora de la mortalidad era de corto plazo, los efectos secundarios eran significativos y la eficacia a largo plazo y la seguridad eran datos desconocidos (Killen, 2008). Este caso marcó un antes y un después en el acceso a la investigación clínica que suponía para los participantes un incremento del riesgo mayor que el riesgo mínimo. La lección que se puede aprender es que éticamente puede admitirse que cualquier persona, con o sin discapacidad, inclusive una persona con disca-

pacidad mental profunda, pueda participar en una investigación clínica que supone un incremento del riesgo mínimo si dicha investigación va dirigida a curar la misma enfermedad que le affige (Cantor, 2009).

Posiblemente estas cláusulas adicionales (mínimo riesgo, misma enfermedad, preferencia de persona competente) sean paternalistas ya que se interfiere en el comportamiento de una persona para evitar que haga un comportamiento que sólo le va a afectar a ella. Las personas con discapacidad continuamente se topan con este tipo de normas que les sobreprotegen excluyéndoles y que resultan discriminatorias. El criterio del 'daño directo' suele ser empleado en muchas ocasiones, especialmente en el ámbito laboral, para limitar la capacidad de decisión de las personas con discapacidad. Ese criterio recogido en la legislación y aplicado por los jueces les restringe su derecho a trabajar en un entorno peligroso (Lacy, 2003-2004). Si el daño directo se ocasionase o fuese una amenaza para otras personas, la justificación sería bastante simple ya que nadie está legitimado a dañar a terceras personas; entendiendo el daño como una afectación o limitación de un derecho positivo reconocido a esa tercera persona. Sólo si mediase el consentimiento cabría discutir la vigencia del principio *volenti non fit injuria*. Si el daño directo se ocasiona exclusivamente a la persona que realiza la acción, la justificación puede ser más complicada.

Su posible justificación pasa por el hecho de que está presente una premisa fáctica como es que la persona destinataria de la norma puede ser considerada como no competente. Se considera como incompetente básico a aquella persona que no evalúa suficientemente los riesgos de la actividad en la que está inmersa, o que es incapaz de salvaguardar aquellos bienes que considera valiosos, o que no es capaz de saber qué es lo que más le conviene atendiendo a sus propios intereses. Esto es, no es capaz de enfrentarse racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a ciertos desafíos o problemas que va a encontrarse en algún momento a lo largo de su vida (Garzón Valdés, 1988). No obstante, aunque un juicio de incompetencia

es una condición *necesaria* para una intervención paternalista justificada, dicho juicio de incompetencia nunca tiene que ser considerado como una condición *suficiente* para dicha intervención (Murphy, 1974). No se pueden perder de vista las repercusiones negativas que tiene el comportamiento en la propia persona que lo realiza. Así, la intervención paternalista sólo estará justificada cuando la persona no competente vaya a realizar un comportamiento que le vaya a causar un daño grave e irreparable. No obstante, el objetivo de la medida paternalista no tiene como objetivo hacer que el comportamiento sea menos peligroso sino que la persona recobre su competencia.

En todo caso, la cláusula de necesidad forma parte de un sistema que permite la *investigación clínica con restricciones*. Aunque las personas con discapacidad mental profunda pueden ser excluidas de algunos ámbitos públicos o de algunas instituciones sociales donde se requiere un esfuerzo individual deliberativo del que carecen (ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo, formar parte de un jurado, contraer matrimonio...), no pueden ser excluidas completamente de la investigación clínica ya que los peligros derivados de su situación de vulnerabilidad pueden evitarse nombrando a un representante y adoptando las salvaguardas adicionales. Además su inclusión puede hacer que mejore el conocimiento sobre la enfermedad o la discapacidad y con ello el cuidado que puedan recibir en el futuro. Su exclusión injustificada supondría un trato discriminatorio y una violación del principio de justicia que obliga a hacer un reparto equitativo de las cargas y de los beneficios de la investigación (Beauchamp & Childress, 2001). La exclusión perjudica su nivel de protección y de asistencia sanitaria (McClimens & Allmark, 2011). Debe, por tanto, promoverse la inclusión de las personas con discapacidad mental severa en la investigación clínica, asegurando un acceso igualitario a los servicios y un reparto igualitario de los recursos. Como antes se señalaba, no cabe excluir a ningún colectivo de la investigación clínica y la discusión se debe centrar en cómo se puede realizar de forma ética.

La participación de una persona con discapacidad mental severa en una investigación clínica requerirá la subrogación de su decisión en una tercera persona. Al igual que las personas con discapacidad tienen derecho a los apoyos necesarios y a los ajustes razonables que les permita tomar una decisión, las personas con discapacidad mental profunda tienen derecho a que una tercera persona tome decisiones en su nombre velando por sus intereses (Cantor, 2009). El reconocimiento de este derecho abre una nueva discusión, que aquí no se puede iniciar, sobre la justificación moral (argumentos utilitaristas, consentimiento orientado hacia el futuro...) que tiene la decisión que toma el representante de incluir a una persona con discapacidad mental profunda en una investigación clínica que, como ya se ha señalado, no va a beneficiar directamente a la persona que participa.

6. CONCLUSIÓN

Aunque no se debe entender como un fin en sí mismo, sino como un medio para disfrutar de todos los derechos que las personas tienen reconocidos, el avance del conocimiento científico y de las aplicaciones tecnológicas que lleva aparejadas es algo positivo que debe promoverse. En ese avance, la investigación clínica que implica la participación de personas ocupa un lugar importante ya que si no se quiere violar el imperativo kantiano de no tratar a las personas como medios sino como fines, se debe contar con el consentimiento informado y libre de una persona competente. No se debe, pues, discutir si las personas deben participar en la investigación sino cómo debe ser dicha participación (evitando, por ejemplo, la *therapeutic misconception*) y en qué casos se puede producir dicha participación. La historia de la investigación clínica muestra que el modo en que las personas con discapacidad han participado ha sido en muchas ocasiones éticamente inadmisibles. La *Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad* recuerda que la participación de las personas con discapacidad

en la investigación clínica es posible siempre y cuando se haya obtenido su consentimiento informado, se respete su derecho a la igualdad y se reconozca no solo su personalidad jurídica sino también su capacidad jurídica. No obstan-

te, esta participación plantea algunos problemas cuando se trata de personas con discapacidad mental severa pues requieren que exista una tercera persona en quien se subrogue la decisión al no ser competentes.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- Agrawal, M. (2003), 'Voluntariness in clinical research at the end of life', *Journal of Pain and Symptom Management*, 25, S25-S32.
- Annas, G. J.; Grodin, M. A. (2008), 'The Nuremberg Code', *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, ed. E. J. Emanuel, C. Grady, R. A. Crouch, R. K. Lie, F. G. Miller and D. Wendler, Oxford University Press, New York, 136-40.
- Appelbaum, P. S.; Roth, L. H.; Lidz, C. (1982), 'The therapeutic misconception: Informed consent in psychiatric research', *International Journal of Law and Psychiatry*, 5, 319-29.
- Appelbaum, P. S.; Lidz, C. W.; Grisso, T. (2004), 'Therapeutic misconception in clinical research: Frequency and risk factors', *IRB: Ethics and Human Research*, 26:2, 1-8.
- Appelbaum, P. S.; Lidz, C. W. (2008), 'The therapeutic misconception', *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, ed. E. J. Emanuel, C. Grady, R. A. Crouch, R. K. Lie, F. G. Miller and D. Wendler, Oxford University Press, New York, 633-44.
- Beauchamp, T.; Childress, J. (2001), *Principles of Biomedical Ethics*, 5th ed, Oxford University Press, New York.
- Beecher, H. K. (1970), *Research and the Individual: Human Studies*, Little Brown, Boston.
- Bonham, V. H.; Moreno, J. (2008), 'Research with captive populations', *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, ed. E. J. Emanuel, C. Grady, R. A. Crouch, R. K. Lie, F. G. Miller and D. Wendler, Oxford University Press, New York, 461-74.
- Bosk, C. L. (2003), 'Obtaining voluntary consent for research in desperately ill patients', *Medical Care*, 40, 9 Supplement, V64-V68.
- Brock, D. W. (1993), 'Informed consent', *Life and Death: Philosophical Essays in Biomedical Ethics*, Cambridge University Press, New York, 21-54.
- Brock, D. W. (2008), 'Philosophical justifications on informed consent in research', *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, ed. E. J. Emanuel, C. Grady, R. A. Crouch, R. K. Lie, F. G. Miller and D. Wendler, Oxford University Press, New York, 606-12.
- Brody, H.; Miller F. G. (2003), 'The clinician-investigator: Unavoidable but manageable tension', *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 13, 329-46.
- Buchanan, A. E.; Brock, D. W. (1989), *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge University Press, New York.
- Cantor, N. L. (2009), *Making Medical Decisions for the Profoundly Mentally Disabled*, The MIT Press, Cambridge, Mass.
- Dworkin, G. (1988), *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, New York.
- Ellis, J. W. (1992), 'Decisions by and for people with mental retardation: Balancing considerations of autonomy and protection', *Villanova Law Review*, 37, 1779-809.
- Emanuel, E. J. (2003), 'Ending concerns about undue inducement', *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 32, 100-5.
- Emanuel, E. J.; Grady, G. (2008), 'Four paradigms of clinical research and research oversight', *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, ed. E. J. Emanuel, C. Grady, R. A. Crouch, R. K. Lie, F. G. Miller and D. Wendler, Oxford University Press, New York, 222-30.
- Faden, R. R.; Beauchamp, T. (1986), *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, New York.
- Fink, A. S. (2010), 'Enhancement of surgical informed consent by addition of repeat back', *Annals of Surgery*, 252, 27-36.
- Freedman, B. (1987a), 'Scientific value and validity as ethical requirements for research: A proposed explanation', *IRB: A Review of Human Subjects Research*, 9:6, 7-10.
- Freedman, B. (1987b), 'Equipoise and the ethics of clinical research', *New England Journal of Medicine*, 317, 141-5.
- Fried, C. (1974), *Medical Experimentation: Personal Integrity and Social Policy*, North Holland Publishing Company, Amsterdam.
- Garzón Valdés, E. (1988), '¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?', *Doxa*, 5, 155-73.
- Griso, T.; Appelbaum, P. S. (1998), *Assessing Competence to Consent to Treatment*, Oxford University Press, New York.
- Hochhauser, M. (2002), 'Therapeutic misconception and 'recruiting doublespeak' in the informed consent process', *IRB: Ethics and Human Research*, 24:1, 11-2.

- Hornig, S. *et al* (2002), 'Descriptions of benefits and risks in consent forms for Phase I oncology trials', *New England Journal of Medicine*, 347, 2134-40.
- Iacono, T. (2006), 'Ethical challenges and complexities of including people with intellectual disabilities as participants in research', *Journal of Intellectual & Developmental Disability*, 31:3, 173-9.
- Jones, J. H. (2008), 'The Tuskegee syphilis experiment', *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, ed. E. J. Emanuel, C. Grady, R. A. Crouch, R. K. Lie, F. G. Miller and D. Wendler, Oxford University Press, New York, 86-96.
- Katz, J. (1973), 'The regulation of human research: Reflections and proposals', *Clinical Research*, 21, 785-91.
- Killen, J. Y. (2008), 'HIV research', *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, ed. E. J. Emanuel, C. Grady, R. A. Crouch, R. K. Lie, F. G. Miller and D. Wendler, Oxford University Press, New York, 97-109.
- Klingman, M.; Culver, C. M. (1992), 'An analysis of interpersonal manipulation', *Journal of Medicine and Philosophy*, 17, 173-97.
- Lacy, D. A. (2003-2004), 'Am I my brothers keeper: Disabilities, paternalism and threats to self', *Santa Clara Law Review*, 44, 55-99.
- Levine, C. (1988), 'Has AIDS changed the ethics of human subject research?', *Law Medicine and Health Care*, 16, 167-73.
- Levine, R. J. (1986), *Ethics and Regulations of Clinical Research*, 2nd ed, Yale University Press, New Haven.
- Levine, R. J. (1988), 'Uncertainty in clinical research', *Law, Medicine and Health Care*, 16, 174-82.
- Levine, R. J. (1992), 'Clinical trials and physicians as double agents', *Yale Journal of Biology and Medicine*, 65, 65-74.
- Levine, R. J. (2008), 'The nature, scope and justification of clinical research. What is research? Who is subject?', *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, ed. E. J. Emanuel, C. Grady, R. A. Crouch, R. K. Lie, F. G. Miller and D. Wendler, Oxford University Press, New York, 211-21.
- McClimens, A.; Allmark, P. (2011), 'A problem with inclusion in learning disability research', *Nursing Ethics*, 18:5, 633-9.
- Miller, F. G.; Rosenstein D. L. (2003), 'The therapeutic orientation to clinical trials', *New England Journal of Medicine*, 348, 1383-6.
- Moser, D. J. *et al* (2004), 'Coercion and informed consent in research involving prisoners', *Comprehensive Psychiatry*, 45, 1-9.
- Moye, J. *et al* (2006), 'Empirical advances in the assessment of the capacity to consent to medical treatment', *Clinical Psychology Review*, 26, 1054-77.
- Murphy, J. G. (1974), 'Incompetence and paternalism', *Archiv fur Rechts-und Sozialphilosophy*, 60, 465-86.
- Ramiro Avilés, M. A. (2006), 'A vueltas con el paternalismo jurídico', *Derechos y Libertades*, 15, 211-56.
- Reverby, S. M. (2010), 'Invoking "Tuskegee": Problems in health disparities, genetic, assumptions, and history', *Journal of Health Care for the Poor and Underserved*, 21:3, Supplement, 26-34.
- Reverby, S. M. (2011), 'Normal exposure and inoculation syphilis: A PHS "Tuskegee" doctor in Guatemala, 1946-1948', *Journal of Policy History*, 23:1, 6-28.
- Rosenstein, D. L.; Miller F. G. (2008), 'Research involving those at risk for impaired decision-making capacity', *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, ed. E. J. Emanuel, C. Grady, R. A. Crouch, R. K. Lie, F. G. Miller and D. Wendler, Oxford University Press, New York, 437-45.
- Singer, R. (1977), 'Consent of the unfree: Medical experimentation and behaviour modification in the closed institutions. Part II', *Law and Human Behaviour*, 1, 101-62.
- Sreenivasan, G. (2003), 'Does informed consent to research require comprehension?', *Lancet*, 362, 2016-8.
- Waggoner, W. C.; Mayo, D. M. (1995), 'Who understand? A survey of 25 words or phrases commonly used in proposed clinical research consent forms', *IRB: Ethics and Human Research*, 17:1, 6-9.
- Weindling, P. (2001), 'The origins of informed consent: the international scientific commission on medical war crimes and the Nuremberg Code', *Bulletin of the History of Medicine*, 75:1, 37-71.
- Wendler, D.; Rackoff, J. (2001), 'Informed consent and respecting autonomy: What's a signature got to do with it?', *IRB: Ethics and Human Research*, 23:3, 1-4.
- Wendler, D. *et al* (2003), 'Nonbeneficial research with individuals who cannot consent: Is it ethically better to enroll healthy of affected individuals', *IRB: Ethics and Human Research*, 25:4, 1-4.
- Wertheimer, A. (2008), 'Exploitation in clinical research', *Exploitation and Developing Countries. The Ethics of Clinical Research*, eds JS Hawkins and EJ Emanuel, Princeton University Press, Princeton, 63-104.
- Wilkinson, M.; Moore, E. (1997), 'Inducement in research', *Bioethics*, 11, 373-89.

Fecha de recepción: 2 de marzo de 2012

Recepción con modificaciones: 10 de abril de 2012

Fecha de aceptación: 26 de abril de 2012



THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LEGAL REGIME ON THERAPEUTIC CLONING

RESUMEN

Existe un consenso global en torno al hecho de que la clonación humana con fines reproductivos es éticamente reprochable y, por ello, puede afirmarse que actualmente se encuentra mundialmente prohibida. Sin embargo, la admisibilidad de la llamada "clonación terapéutica", llevada a cabo mediante la transferencia nuclear de células somáticas, genera una mayor división. Algunos Estados han decidido legalizarla al entender que se trata de una técnica que facilita la investigación con células madre y abre las puertas al futuro tratamiento de enfermedades actualmente incurables. Sin embargo, otros Estados rechazan cualquier forma de clonación en cuanto que implica la creación artificial de un embrión humano, algo inaceptable desde un punto de vista ético y jurídico por instrumentalizar a la vida humana en sus inicios y vulnerar el principio de la dignidad inherente a cualquier ser humano. En el presente trabajo, al objeto de obtener una mejor visión de cómo se han reflejado estas posturas antagónicas en los diferentes instrumentos normativos y ordenamientos jurídicos nacionales, pretendemos exponer cuál es el régimen legal actualmente vigente sobre la clonación, tanto a nivel internacional como en el Derecho comparado.

PALABRAS CLAVE

Clonación. Clonación terapéutica. Transferencia nuclear con fines terapéuticos. Derecho comparado. Derecho internacional. Bioderecho. Bioética.

ABSTRACT

There is a global consensus around the fact that human cloning for reproductive purposes is ethically reprehensible, and it is therefore currently prohibited worldwide. However, the admissibility of so-called "therapeutic cloning", by means of somatic cell nuclear transfer, gives rise to division. Some States have decided to legalise it on the understanding that it facilitates stem cell research and opens the door to the future treatment of currently incurable diseases. However, other States reject any form of cloning that involves the artificial creation of a human embryo, seeing this as unacceptable from an ethical and legal point of view as it exploits human life at its inception and violates the principle of the inherent dignity of human beings. In order to get a better idea of how these conflicting views have been reflected in different policy instruments and national laws, we describe the legal regime currently in force on cloning, both internationally and in comparative law.

KEYWORDS

Cloning. Therapeutic cloning. Nuclear transfer for therapeutic purposes. Comparative law. International law. Bio-law. Bioethics.

RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL Y COMPARADO DE LA CLONACIÓN TERAPÉUTICA

Francisco Oliva Blázquez

Profesor de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Sumario: 1. El status jurídico-legal de la clonación terapéutica quince años después de Dolly. 2. El Derecho internacional. A) Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. a) La interpretación de la prohibición del artículo 18.1 del Convenio de Oviedo. b) La prohibición de la clonación en el Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo. B) El Derecho de la Unión Europea. a) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la clonación. b) Las resoluciones del Parlamento Europeo. c) Decisiones, dictámenes y comunicaciones. C) Las Naciones Unidas y la clonación. a) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. b) Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana: la prohibición de cualquier forma de clonación. 3. Exposición del Derecho comparado relativo a la regulación jurídica de la clonación. A) Introducción: aproximaciones legislativas posibles. B) La admisión de la clonación con fines terapéuticos. a) La *Human Fertilisation and Embriology Act* 2008 del Reino Unido: admisión de la creación de embriones con fines de investigación. b) La legislación española sobre clonación: la posibilidad de crear núclóvulos mediante SCNT. c) Otros países que admiten la clonación terapéutica. C) Legislaciones que prohíben expresamente la clonación. a) El rechazo alemán a la clonación: la legalidad de la importación de líneas celulares embrionarias. b) La prohibición en otros Estados. c) Estados que introdujeron una moratoria. 4. Epílogo: *Oliver Bristle v. Greenpeace*, ¿hacia un concepto europeo de embrión excluyente de la clonación? Nota bibliográfica.

1. EL STATUS JURÍDICO-LEGAL DE LA CLONACIÓN TERAPÉUTICA QUINCE AÑOS DESPUÉS DE DOLLY*

Ya han transcurrido quince años desde el día en que un grupo de científicos británicos, liderados por el investigador Ian Wilmut, gol-

pearan las conciencias de la opinión pública global al presentar en sociedad a Dolly, la celeberrima oveja escocesa “traída al mundo” a través de la clonación, un procedimiento alternativo a la reproducción sexual que superaba para la mayoría las barreras de lo imaginable. La idea de emplear esta técnica en seres humanos con idénticos fines reproductivos, más allá

* El presente artículo ha sido principalmente escrito durante una breve estancia de investigación realizada en enero de 2012 en el *British Institute of International and Comparative Law* de Londres. Aprovecho la ocasión para agradecer a Eva Lein y a Matthias Lehman la amabilidad y hospitalidad con la que me acogieron en aquellos días extrañamente secos y templados de la habitualmente lluviosa capital.

de alguna posición ideológica y científica que habría que calificar de anecdótica y pintoresca, fue inmediatamente rechazada por la comunidad científica y académica y prohibida por las legislaciones de prácticamente todos los países del mundo, al considerarse como algo éticamente inadmisibles. Sin embargo, la posibilidad de practicar la clonación humana con fines terapéuticos y mediante la técnica de la transferencia nuclear de células somáticas (SCNT) abrió un debate muy importante en el seno de las sociedades occidentales, hasta el punto de convertirse en uno de los temas más polémicos en el campo de la Bioética y el Bioderecho contemporáneo. De esta forma, emergió el concepto de “clonación terapéutica”, un término que ha acabado siéndonos tan familiar como criticado y detestado por muchos.

Pero, ¿por qué esta técnica ha causado y sigue provocando en la actualidad tanta controversia? La razón reside en que en la clonación se refleja de forma dramática la sempiterna ambivalencia de los avances científicos. Por un lado, numerosos enfermos, familiares, asociaciones, investigadores, médicos y un sector importante de la sociedad vislumbran un futuro (aún, por lo que parece, muy lejano) en el que el empleo de la técnica SCNT (consistente en la transferencia del núcleo de una célula somática al citoplasma de un ovocito previamente enucleado) permita obtener células sanas para luchar contra enfermedades degenerativas actualmente incurables, como el Parkinson, la leucemia y la diabetes, o incluso la creación artificial de órganos que sustituyan a otros dañados sin posibilidad alguna de rechazo inmunológico. Pero, por otro lado, hay quienes piensan que el precio a pagar por tales “logros hipotéticos” (hoy por hoy, debe reconocerse que los resultados obtenidos son muy pobres) es demasiado alto: la creación artificial de un embrión que posteriormente se acabará sacrificando, esto es, destruyendo para poder obtener del mismo las células pluripotenciales con las que investigar y, en su caso, tratar al enfermo. Tal comportamiento resultaría contrario a la necesaria protección de la vida y la dignidad humana en todos sus estadios, desde

el mismo origen, y por lo tanto algo nítidamente reprobable.

El presente trabajo no pretende abordar la visión bioética de la clonación, sino que se centra única y exclusivamente en el análisis de su dimensión jurídica y positiva. Como es suficientemente conocido, en España se ha acabado por legalizar la clonación terapéutica a través de dos leyes de las que daremos cuenta más adelante, pero, ¿qué han dicho y recomendado las distintas entidades y organismos supranacionales con competencias en la materia? ¿qué han hecho los países de nuestro entorno y del resto del mundo? Estas preguntas son las que queremos responder a lo largo de las siguientes páginas y, para ello, llevaremos a cabo una exposición detallada del estado de la regulación legal en el marco del Derecho internacional y comparado actualmente vigente.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL

A) CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO CON RESPECTO A LAS APLICACIONES DE LA BIOLOGÍA Y LA MEDICINA

a) La interpretación de la prohibición del artículo 18.1 del Convenio de Oviedo

El *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*, más conocido como Convenio de Oviedo (pues en esa ciudad fue firmado el 4 de abril de 1997), goza de un inequívoco rango normativo para España, ya que nuestro país lo ratificó y aprobó mediante Instrumento de 23 de julio de 1999. Este texto, elaborado por el Consejo de Europa con la intención de dotar a los Estados miembros de un marco normativo básico en materia de Bioética, parte de la reafirmación de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana, y reconoce la importancia de garantizar en todo caso su dignidad. Por lo que

nos interesa a efectos de este estudio, hay que destacar que el artículo 18.2 del Convenio de Oviedo señala expresamente que “se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación”. Ahora bien, es evidente que el problema reside en determinar el ámbito de aplicación de esta prohibición. En otros términos, ¿impiden los términos literales de este precepto el empleo de la técnica de SCNT en seres humanos con fines de investigación y terapéuticos?

Por de pronto, hay que comenzar señalando que en el momento en que se redactó el Convenio de Oviedo la clonación de mamíferos aún era desconocida; por lo que difícilmente puede pensarse que este texto pretendió prohibir desde un principio el empleo de las técnicas de SCNT con fines de investigación. Además, puede entenderse que el artículo 18 se refiere literalmente a los embriones gaméticos (esto es, “humanos”) derivados de la fecundación *in vitro*, por lo que quedarían excluidos de su ámbito de aplicación los llamados “embriones somáticos” o “nuclóvulos”, en tanto que han sido obtenidos mediante un procedimiento diferente consistente en la transferencia del núcleo de una célula somática a un ovocito previamente enucleado (puesto que esta ha sido la interpretación a la que, en nuestra opinión, se ha acogido el legislador español para admitir la clonación terapéutica, explicaremos con más detalle esta distinción en el momento de analizar el caso de España).

No obstante, hay que reconocer que numerosos científicos y expertos en Bioética consideran como sumamente artificial, injustificado e inaceptable el trazar una distinción entre los embriones de origen humano, puesto que todos responden a una misma realidad ontológica y no debe discriminarse entre unos y otros en función de su origen (*vid.*, el informe emitido en 2002 por el *President's Council on Bioethics*, que calificó al producto de la clonación como “*human cloned embryos*”). Si aceptamos este planteamiento, a efectos dialécticos, la respuesta a la pregunta que hemos formulado más arriba dependerá de cuál sea la interpretación que haya de darse al concepto

de “embrión”. Si entendemos que el embrión existe desde el mismo momento en que se inicia la división celular, quedaría claro que el artículo 18.2 prohíbe explícitamente la técnica de la clonación, pues ésta implica en todo caso la constitución de embriones con fines de experimentación.

Ahora bien, conviene recordar que, guste o no, nuestra legislación sobre reproducción asistida, siguiendo el criterio asumido por otros países europeos como el Reino Unido, emplea el término “preembrión” (acuñado durante los trabajos del Comité Warnock por la genetista inglesa Mc LAREN) para referirse al embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde (EM II y art. 2 *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*). Y por “embrión” propiamente dicho se entiende a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más. Por lo tanto, si entendemos que no puede hablarse con propiedad de embrión hasta que transcurren los primeros catorce días, la conclusión sería la contraria: el Convenio de Oviedo no prohíbe la técnica de la clonación terapéutica, puesto que ésta da lugar a preembriones que bajo ningún concepto pueden desarrollarse más allá del día decimocuarto, so pena de incurrir en un comportamiento delictivo (art. 160.3 CP).

¿Cuál de las dos posturas es la válida? Es evidente que la definición de “embrión”, ante el expresivo silencio del Convenio, debería corresponder al Derecho nacional aplicable, y por lo tanto la segunda interpretación sería más coherente con nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, no podemos ignorar la debilidad de este argumento ya que, amén de que el concepto de “preembrión” ha sido objeto de feroces críticas académicas (lo cual, no obstante, no permite despreciar el hecho de su existencia en nuestra legislación), podría entenderse que, desde el punto de vista teleológico, el Convenio de Oviedo no tiene en cuenta

esta concepción gradualista del embrión; por lo que la prohibición debería ser absoluta y sin distinción alguna. Por todo ello, entendemos que es necesario pasar a analizar el Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo que, en nuestra opinión, arroja algo más de luz sobre la cuestión y puede ayudarnos a obtener una conclusión más clara y segura.

b) La prohibición de la clonación en el Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo

Los problemas exegéticos a los que acabamos de aludir no escaparon a los actores implicados en la redacción del texto internacional y, por ello, aparentemente siendo conscientes de la incertidumbre surgida, diecinueve Estados firmaron el 12 de enero de 1998 en París un Protocolo adicional al Convenio con la finalidad de prohibir de forma absoluta la clonación de seres humanos. Efectivamente, el artículo 1 del Protocolo señala que “se prohíbe toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto” (debe recordarse que el propio Consejo de Europa emitió en el año 1986 la Recomendación 1046 *sobre utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos industriales y comerciales*, en la que proponía prohibir “la creación de seres humanos idénticos mediante clonación u otros métodos con fines de selección de la raza o de otra índole”). Este precepto, que desde el primero de marzo de 2001 se encuentra en vigor en España, no distingue a primera vista entre clonación reproductiva y terapéutica, ya que se refiere sin más a la creación de seres humanos idénticos. Sin embargo, una serie de argumentos que pasaré a exponer a continuación me permiten afirmar que la segunda no entra en el ámbito de aplicación del Protocolo.

En primer lugar, hay que señalar que en el Informe explicativo del Protocolo se afirma que la clonación de células como técnica es completamente aceptable desde el punto de vista ético, lo cual, en palabras de DE MI-

GUEL BERIAIN, excluye la posibilidad de pensar que la creación de nucléolos equivalga a la de embriones, ya que, de no ser así, ¿cómo explicar que se considere correcta una técnica que genera embriones con fines de experimentación, siendo esto algo expresamente prohibido por el Convenio? Por otro lado, el Informe añade que el uso de células embrionarias en técnicas de clonación “debe ser examinada en el Protocolo sobre Protección del Embrión” (nº 2). En nuestra opinión, con estas palabras viene a señalarse que el Protocolo no pretendía prohibir el recurso a las células embrionarias obtenidas mediante SCNT para investigación, al menos en ese momento, puesto que remite la cuestión a un posterior instrumento que nunca ha llegado a redactarse. Finalmente, en el mismo Informe se señala que la clonación, como técnica biomédica, es una herramienta importante para el desarrollo de la medicina (nº 4), y se agrega que las disposiciones del protocolo no deben entenderse como prohibición de las técnicas de clonación en la biología celular.

Desde luego, todos estos argumentos son lo suficientemente contundentes como para pensar que, como mínimo, el empleo de la técnica de la clonación con el fin de obtener células embrionarias para experimentación no se encuentra explícitamente prohibida por el Protocolo. En este sentido, el Dr. Mc GLEENAN, de la Queen’s University de Belfast, afirmó en un estudio titulado *Las implicaciones éticas de la investigación con embriones humanos*, encargado por el Panel “Evaluación de las Opciones Científicas y Tecnológicas” de la Dirección General de Investigación del Parlamento Europeo, que el Informe “parecería permitir el uso de las técnicas SCNT en la investigación con células madre embrionarias, incluso en países que han firmado el protocolo” (en nuestra doctrina también defiende esta postura el prestigioso penalista ROMEO CASABONA).

Por otro lado, el artículo citado plantea un problema similar al presentado por el artículo 18.2 del que pende igualmente la respuesta al interrogante sobre la legalidad de la transferencia nuclear con fines terapéuticos: ¿qué debe

entenderse por “ser humano”? El Informe Explicativo que acompaña a la norma establece que “se ha decidido dejar a la ley nacional el definir el alcance de la expresión ser humano a los fines de aplicación del presente protocolo” (en este sentido, hay que destacar que Holanda incluyó una cláusula en la que señala explícitamente que la “dignidad del ser humano” se refiere exclusivamente a “un ser humano individual”; esto es, a “la dignidad de quien ha nacido”). Pues bien, en mi opinión, resulta indudable que el concepto de “ser humano” no puede aplicarse al preembrión (da igual que sea gamético o somático), por lo que la prohibición no alcanza a la clonación con fines de investigación y terapéuticos. Las siguientes razones me sirven para sustentar tal afirmación:

a) En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 53/1985, calificó al *nasciturus* como un “bien jurídico constitucionalmente protegido” pero carente del derecho fundamental a la vida que se reconoce a “todos” —a las personas— en el artículo 15 CE (*vid.*, igualmente, SSTC 212/1996 y 116/1999).

b) La interpretación que acabamos de formular en torno al concepto de persona ha sido compartida a nivel supranacional. Efectivamente, el artículo 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales —elaborado igualmente por el Consejo de Europa— establece que “el derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley”. Pues bien, la Comisión Europea de Derechos Humanos, ejerciendo su función relativa a la admisión de demandas, declaró en su decisión de 13 de mayo de 1980 que las expresiones *everyone* o *toute personne* se refieren a las personas ya nacidas, no siendo aplicable al *nasciturus* (Ftos. Jcos. 9 y 17). Posteriormente, la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 julio 2004, dictada en el caso *VO v. Francia*, confirmó que el *nasciturus* no es persona beneficiaria del artículo 2 del Convenio (en idéntico sentido, STEDH de 7 marzo 2006, caso *Evans v. Reino Unido*). Así pues, parece lógico que apliquemos esta interpretación de-

rivada del texto “fundamental” del Consejo de Europa a otro Convenio creado por el mismo organismo.

Por las razones anteriormente citadas, entiendo que el Convenio de Oviedo y el Protocolo adicional únicamente prohíben con claridad y rotundidad la clonación de seres humanos con fines reproductivos, mientras que guardan silencio respecto al recurso a la clonación de embriones con la finalidad de obtener células madre para experimentación. En mi opinión, esta ausencia de prohibición expresa permite que los Estados firmantes regulen la técnica SCNT con fines de investigación.

B) EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

a) La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la clonación

La *Carta de los Derechos Fundamentales*, proclamada inicialmente en Niza en diciembre del año 2000 con una finalidad meramente declarativa y carente de cualquier obligatoriedad, ha acabado adquiriendo carácter jurídico vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 (*vid.*, art. 1.8). Por lo tanto, es un texto normativo de primerísimo rango que debe ser tomado en consideración en tanto que aborda la cuestión concreta de la clonación.

El artículo 3 establece que toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica, añadiendo que en el marco de la medicina y la biología se respetará en particular “la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos” [apartado 2. d)]. Así pues, la Constitución Europea prohíbe de manera explícita y tajante la llamada “clonación reproductiva” (nótese que el legislador europeo trata a la cuestión de la clonación en un precepto que figura bajo la rúbrica del “derecho a la integridad física”, y no en el artículo 2, destinado al “derecho a la vida”). Pero, ¿qué ocurre con la clonación terapéutica? En las *Explicaciones sobre la Carta de Derechos fundamentales*, originariamente elaboradas por el *Praesidium* de

la Convención, se señala que el precepto “ni autoriza ni prohíbe las demás formas de clonación. Por lo tanto, no impide al legislador prohibir otras formas de clonación”. La redacción de esta suerte de interpretación auténtica deja mucho que desear desde un punto de vista gramatical; pero, en cualquier caso, de la literalidad de las palabras empleadas se deducen dos cosas: en primer lugar, la clonación con fines terapéuticos no está prohibida como tal, sino únicamente la reproductiva; en segundo lugar, los redactores de la originaria Carta de Niza quisieron dejar a la voluntad de los Estados la cuestión de decidir libremente si prohíben o regulan dicha técnica. Así pues, la conclusión a la que debemos llegar es que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no descarta la posibilidad de que una ley de un Estado miembro regule la clonación terapéutica.

b) Las resoluciones del Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo ha mostrado a lo largo de los años una actitud inequívocamente contraria a la clonación en cualquiera de sus formas. Efectivamente, a través de numerosas resoluciones, ha dejado claro que esta técnica, con independencia de cuál sea su concreta finalidad, debe rechazarse y prohibirse en el seno de la Unión Europea, manifestando por lo tanto una actitud llamativamente antagónica frente a la Carta de Derechos Fundamentales y frente a la legislación nacional de algunos países. Veamos separadamente algunas de dichas resoluciones.

La primera resolución, *sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética*, tenía como finalidad principal la de exigir la realización de una legislación que prohibiera cualquier transferencia de genes a células germinales humanas (terapias germinales), y declaró que “la prohibición bajo sanción es la única reacción viable a la posibilidad de producir seres humanos mediante clonación, así como con respecto a todos los experimentos que tengan como fin la clonación de seres humanos”.

La redacción de la resolución parlamentaria, fechada el 13 de marzo de 1989, resulta muy significativa; ya que, tras prohibir la producción de seres humanos mediante clonación, añade que también deben prohibirse los experimentos que tengan como fin, genéricamente, “la clonación de seres humanos”. Esta diferencia entre generación de personas idénticas y técnicas de clonación humana hace pensar que el Parlamento Europeo considera tácitamente reprochable cualquier forma de clonación, ya sea reproductiva o terapéutica.

El 28 de octubre de 1993 el Parlamento Europeo dictó una segunda resolución sobre *la clonación del embrión humano* (DOCE num. C 315/224 de 22 de noviembre de 1993), en la que se sostenía con claridad una rotunda condena de “la clonación del embrión humano, cualquiera que sea el fin de la misma, con inclusión de la investigación, como una grave violación de los derechos humanos fundamentales, contraria al respeto del individuo, reprochable desde el punto de vista moral e inaceptable desde el punto de vista ético”. Huelgan las explicaciones al respecto: el Parlamento, ahora de una forma aún más abierta y contundente, considera reprochable a la clonación en sí misma, sea cual sea su finalidad.

El anuncio de la clonación de la oveja Dolly en el Instituto Roslin de Escocia disparó todas las alarmas en Estrasburgo, hasta el punto de motivar la redacción de una inequívoca resolución en respuesta al acontecimiento científico el 12 de marzo de 1997 (DOCE num. C 115/92 de 14 de abril de 1997), en la que se pedía de forma meridiana la prohibición mundial de la clonación. Los términos de la resolución no admiten lugar a dudas: “Ninguna sociedad puede justificar ni tolerar, en ninguna circunstancia, la clonación de seres humanos: ni con fines experimentales, ni en el contexto del tratamiento de la infertilidad, del diagnóstico previo a la implantación, ni del trasplante de tejidos, ni con ningún otro fin, ya que constituye una grave violación de los derechos fundamentales, se opone al principio de igualdad de los seres humanos al permitir una selección eugénica y racista de la especie humana, ofende

la dignidad de la persona y requiere la experimentación con seres humanos”.

Finalmente, la resolución de 7 de septiembre de 2000 es posiblemente una de las más categóricas y contundentes al mostrar su rechazo a cualquier forma de clonación. Incluso, llega a pedir al “Gobierno británico que revise su posición sobre la clonación de embriones humanos y a sus Señorías los miembros del Parlamento del Reino Unido que voten en conciencia y rechacen la propuesta objeto de examen, consistente en permitir la investigación que utiliza embriones creados por trasplante de núcleos de células”. El Parlamento Europeo considera que el adjetivo “terapéutico” no es más que “una nueva estrategia semántica que intenta debilitar el significado moral de la clonación humana”, ya que “no existe ninguna diferencia entre la clonación con fines terapéuticos y la clonación con fines reproductivos”. Además, afirma que la clonación terapéutica plantea un profundo dilema moral, “supone traspasar de forma irreversible una frontera en las normas de investigación y es contraria a la política pública aprobada por la Unión Europea”. En definitiva, tal y como se anunció al inicio de este epígrafe, la postura del Parlamento Europeo no deja lugar a dudas: todos los Estados Europeos deberían prohibir cualquier tipo de clonación, incluyendo la terapéutica.

c) Decisiones, dictámenes y comunicaciones

No podemos cerrar este capítulo relativo a la Unión Europea sin hacer referencia a un conjunto de decisiones, dictámenes y comunicaciones de ciertos grupos de trabajo que, aun careciendo de carácter vinculante, resultan de gran interés a la hora de analizar la posición comunitaria.

Por un lado, el *Grupo de Asesores sobre cuestiones Éticas de la Biotecnología (GAEIB)* elaboró, a petición de la Comisión Europea, un dictamen *sobre aspectos éticos de las técnicas de clonación*, emitido el 28 de mayo de 1997. El dictamen rechaza categóricamente la clona-

ción reproductiva: “2.6. [...] Debe prohibirse cualquier intento de producir un individuo genéticamente idéntico por la sustitución nuclear a partir de la célula de un adulto humano o de un niño (“clonación reproductiva”). Hay quien afirma que el Dictamen prohíbe tácitamente cualquier forma de clonación, incluyendo la terapéutica. Sin embargo, en nuestra opinión esta afirmación resulta difícilmente justificable si se tiene en cuenta que en el citado documento se declara expresamente lo siguiente: “teniendo en cuenta las graves controversias éticas surgidas sobre la investigación en embriones humanos... un proyecto de investigación que suponga la sustitución nuclear debe tener como objetivo arrojar luz sobre la causa de enfermedades humanas o contribuir al alivio del sufrimiento, y no debe contemplar la implantación del embrión manipulado en el útero”.

Por otro lado, el *Grupo Europeo de Ética en Ciencias y Nuevas Tecnologías (GEE)*, en su Opinión nº 15, emitida el 14 de noviembre de 2000, sobre los *aspectos éticos de la investigación y uso de células madre humanas*, aborda expresamente la técnica de la clonación y, a pesar de reconocer la importancia que puede tener en un futuro la creación de embriones de esta forma, considera que las perspectivas terapéuticas son muy remotas, por lo que basándose tanto en el principio de proporcionalidad como en el de prudencia llega a la conclusión de que es prematuro su empleo, sobre todo porque existen otros ámbitos de investigación abiertos que permitirían obtener fuentes alternativas de células madre (como los trabajos relativos a células troncales adultas).

Posteriormente, el GEE emitió una nueva opinión (nº 16) sobre los *aspectos éticos relativos a la patentabilidad de las invenciones relativas a las células madre humanas* y, al abordar la prohibición de las patentes vinculadas a la *clonación de seres humanos*, reconoce lo siguiente: aunque la técnica empleada en la clonación reproductiva y en la terapéutica es la misma, “difiere el destino del embrión clonado”; la clonación reproductiva sufre un rechazo unánime en todo el mundo, mientras que existen

distintas visiones entre los Estados miembros con relación a la clonación con fines terapéuticos. El GEE concluye que los problemas éticos que plantea la técnica así como los riesgos de la instrumentalización y comercialización del preembrión aconsejan una actitud cautelosa, excluyendo la patentabilidad del proceso de creación del embrión humano mediante clonación para la obtención de células madre.

Por último, la Comisión Europea emitió el 5 de marzo de 2003 una Comunicación dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, y al Comité Económico y Social, en la que informaba sobre los progresos realizados en la aplicación de la estrategia sobre ciencias de la vida y biotecnología. En este documento se vuelve a rechazar de forma expresa la clonación humana reproductiva (“la Comisión reafirma su completo apoyo a una prohibición mundial de la clonación reproductiva”), pero se guarda un expresivo silencio sobre la clonación terapéutica. Efectivamente, en el texto la Comisión llega a citar todas las resoluciones del Parlamento Europeo contrarias a la clonación humana; pero, curiosamente, en vez de seguir sus recomendaciones relativas a la total prohibición de cualquier forma de clonación, opta por centrarse únicamente en la reproductiva, a la que considera como algo especialmente deleznable. En mi opinión, resulta prácticamente imposible interpretar esta ausencia como un simple olvido, por lo que realmente esta comunicación vendría a demostrar que en aquel momento, al menos, existían dudas sobre la admisibilidad de la clonación con fines terapéuticos.

C) LAS NACIONES UNIDAS Y LA CLONACIÓN

a) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos

Es evidente que la postura de las Naciones Unidas sobre la clonación, en cuanto organismo supranacional por excelencia, resulta de un gran valor e importancia. Y en este sentido he-

mos de comenzar con la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, ya que, aunque este texto fue originariamente redactado y aprobado el 11 de noviembre de 1997 por la UNESCO, posteriormente fue ratificado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su 53 sesión celebrada el 9 de diciembre de 1998, pasando así a formar parte del corpus normativo de dicho órgano.

La Declaración prohíbe de forma explícita la clonación reproductiva al señalar en el artículo 11 que “no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos”. Sin embargo, nada se dice con relación a la aplicación de la técnica de la clonación con fines terapéuticos, cuya oposición a la dignidad humana no está clara desde un punto de vista bioético. De hecho, aunque hay quien opina que nos encontramos ante una prohibición absoluta de cualquier forma de clonación (puesto que todas serían contrarias a la dignidad humana), otros autores entienden que el texto incluye una “autorización encubierta” a la clonación terapéutica. Bajo mi punto de vista, debe admitirse que los redactores, como mínimo, albergaban dudas respecto a la viabilidad ética de la clonación terapéutica; ya que en caso contrario habrían realizado una condena total de la clonación, sin distinción. El silencio, evidentemente, abre las puertas a la legalización de la técnica SCNT con fines de experimentación y terapéuticos (nunca reproductivos) en aquellos Estados que entiendan que no vulnera la dignidad humana.

b) La Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana: la prohibición de cualquier forma de clonación

El 8 de marzo de 2005 la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) aprobó una resolución denominada *Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana*. La historia y el recorrido de esta Declaración son muy interesantes y resultan especialmente útiles para comprender su contenido, por lo

que habremos de pedir al lector un poco de paciencia mientras explicamos el origen y los antecedentes que dieron lugar al texto finalmente aprobado.

La raíz de esta Declaración hay que situarla en una carta enviada el 7 de agosto de 2001 por los representantes de Francia y Alemania a la AGNU, en la que solicitaban que el Sexto Comité (Comité Legal) de Naciones Unidas redactase una convención internacional destinada a prohibir la clonación con fines reproductivos (“reproductive cloning”) y “dirigida a la protección de la dignidad inherente del ser humano evitando su instrumentalización”. Así pues, en un principio nos encontramos con una petición absolutamente lógica y coherente si tenemos en cuenta la existencia de un consenso prácticamente universal y sin fisuras en torno a la inadmisibilidad ética y jurídica de la técnica de la clonación destinada a generar seres humanos. En palabras de GUSMAN, “there is a fairly widespread moral consensus that it would be unacceptable to clone a human being even if it was safe”.

Posteriormente, para cumplir con su función, el Sexto Comité decidió crear el día 12 de diciembre de 2001 un comité *ad hoc* (bajo la denominación de *Ad hoc Committee on an International Convention against Reproductive Cloning of Human Beings*) compuesto por todos los Estados miembros, la UNESCO y la OMS, que comenzó sus trabajos citando a un panel de expertos internacionales para que explicaran las características científicas y el alcance de la técnica en cuestión (como nota digna de ser citada, hay que decir que el primer experto llamado para intervenir en el comité fue el científico español César Nombela). Al finalizar las exposiciones, dicho comité acabó preguntándose si debía realizar un enfoque restrictivo y centrado en la prohibición de generar seres humanos mediante la técnica de la clonación (el conocido como “focused approach”) o, por el contrario, había de prohibir el empleo de la clonación en seres humanos con carácter general (“comprehensive approach”). Y en ese momento surgió la inevitable y esperable división: mientras países como Reino

Unido, China, Francia y Alemania apostaban por la primera opción, otros, como los Estados Unidos de América y Costa Rica, se inclinaron por la segunda opción. Los argumentos de estos últimos son conocidos: el enfoque restrictivo implicaría tolerar de forma implícita la clonación terapéutica, siendo ésta igualmente contraria a la dignidad humana en tanto que implica la creación de embriones que posteriormente se destruirán con fines de investigación (España advirtió que el embrión, en cualquiera de sus fases, merecía un mínimo respeto que descartaba la posibilidad de su destrucción mediante propósitos únicamente utilitaristas); la admisión de ésta acabaría de algún modo incentivando y permitiendo la práctica de la clonación reproductiva (¿quién asegura que nadie sucumbirá a la tentación de dejar que el embrión continúe su desarrollo más allá del decimocuarto día?); la necesidad de óvulos que esta técnica exige acabará por generar un mercado específico suministrado por las mujeres más pobres de los países en vías de desarrollo (el representante de Nigeria llegó a afirmar que podrían ser utilizadas “as guinea pigs in experiments”), etc.

A partir de aquí las propuestas se sucedieron: primero de Francia y Alemania, que sugerían comenzar prohibiendo únicamente la clonación reproductiva, sin descartar el inicio de futuras negociaciones sobre la otra modalidad de clonación; luego de México y de la Santa Sede, que obviamente pedía una prohibición total. Finalmente España, apoyada por los Estados Unidos de América y otros treinta y seis países, presentó una propuesta en la que pedía que el Comité *ad hoc* preparara, de forma urgente, un borrador de convención contra todo tipo de clonación humana.

En el año 2003 la situación sufrió un giro inesperado cuando Alemania (que había calificado la propuesta española como “moralmente cuestionable”), presionada por la opinión pública interna y por el propio *Bundestag*, decidió retirar su apoyo a la propuesta originaria, al igual que Francia, por lo que Bélgica, apoyada por otros veintidós Estados, pasó a asumir el liderazgo de la misma. Por su parte, Costa Rica

retomó e hizo suya la propuesta de España, si bien enfatizó aún más la necesidad de prohibir todo tipo de clonación. Ante la difícil conciliación de las posturas contrapuestas, Irán, actuando en representación de la Conferencia Islámica, decidió presentar una moción destinada a demorar el debate durante dos años con el objeto de otorgar a los representantes más tiempo para debatir y reflexionar en torno a una cuestión que se estaba mostrando especialmente alambicada. España se opuso al entender que se trataba de una opción contraria a las normas de procedimiento de la Asamblea General, pero finalmente, la moción fue aprobada con un solo voto de margen (80 frente a 79). Posteriormente, la Asamblea General reduciría dicho plazo a un año, a la vez que advertía al Sexto Comité de que, cuando retomase sus trabajos a finales de 2004, tendría que redactar urgentemente la esperada convención.

Transcurrido el año, huelga decir que las posiciones seguían siendo exactamente las mismas y que las posibilidades de confluencia eran por tanto igualmente mínimas. Por ello, el Secretario del Comité propuso el 19 de noviembre de 2004 redactar una simple Declaración en vez de una Convención, en cuanto que ésta, al ser legalmente vinculante, provocaría un mayor rechazo. La Declaración finalmente se aprobó por el Sexto Comité con 71 votos a favor, 35 en contra y 3 abstenciones. Lo mismo hizo la Asamblea General, donde la mayoría apoyó la Declaración: 84 votos a favor, 34 en contra y 37 abstenciones (además, 36 Estados se ausentaron de la votación).

Ahora bien, ¿qué dice exactamente la Declaración? En un principio, parece mostrarse en contra de la técnica de la clonación con independencia de cuál pueda ser su concreta finalidad: “Los Estados miembros habrán de prohibir toda forma de clonación humana en la medida en que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana” (apartado b). No obstante, la expresión “en la medida” (traducción de “inasmuch as”) puede, como señalan CAMERON y HENDERSON, dejar la puerta abierta a la clonación terapéutica, ya que basta con que un

Estado entienda de forma individual que esta técnica, siempre que se realice con fines terapéuticos, no es incompatible con la dignidad humana (“to the extent that are incompatible with human dignity”), para que no se vea en la obligación de prohibirla. En tal sentido, resulta muy revelador el hecho de que la prestigiosa revista científica *The Scientist* publicara el 21 de febrero de 2005 un artículo titulado “UN Bans Reproductive Cloning”, en el que precisamente se sostiene que la ambigüedad del lenguaje empleado da pie a esta interpretación flexible. Aunque se trata de una exégesis radicalmente literal y hasta cierto punto ingeniosa, hay que decir que resulta inadmisibles en cuanto que la interpretación sistemática, teleológica e histórica del texto conduce, sin ningún género de dudas, a la conclusión de que los redactores quisieron prohibir en todo momento cualquier tipo de clonación. En definitiva, a pesar de que las palabras empleadas no fueron del todo afortunadas, en el espíritu de la Declaración late la intención de afirmar que la clonación es siempre incompatible con la dignidad humana y la protección de la vida humana, por lo que habrá de prohibirse con independencia de cuál sea su concreta finalidad.

El proceso, sucintamente descrito en las anteriores líneas, pone de manifiesto el carácter extremadamente complejo que tiene la redacción de textos internacionales sobre cuestiones tan delicadas y vinculadas a principios morales, éticos y religiosos que, curiosamente, son volubles y pueden acabar variando con el paso del tiempo. De muestra un botón: Alemania, que empezó abanderando la realización de una convención destinada a prohibir la clonación reproductiva, acabaría alineándose con la mayoría partidaria de proscribir cualquier tipo de clonación. Y lo mismo le ocurriría a nuestro país, que finalmente votó en contra a pesar de haber liderado una propuesta favorable a la prohibición total. Una inversión completa de papeles digna de análisis y sólo explicable por los vaivenes políticos de ambos Estados. En cualquier caso, está claro que las Naciones Unidas cuentan en la actualidad con un do-

cumento —no vinculante, claro está— que expresa el parecer mayoritario de los Estados del mundo sobre la cuestión de la clonación. Evidentemente, alcanzar un consenso unánime en esta materia era algo muy difícil, pero el resultado final no puede considerarse, bajo nuestro punto de vista, como positivo y esperanzador, sino más bien todo lo contrario, teniendo en cuenta el gran número de Estados que votaron en contra, se abstuvieron o se ausentaron (;107!). Desde luego, no puede augurarse un futuro halagüeño para dicha Declaración, ya que determinados países, como Corea del Sur o Bélgica, entre otros, ya han anunciado su intención de hacer oídos sordos y de no sentirse vinculados por la misma. En este sentido, las palabras hasta un cierto punto despectivas y desafiantes del representante del Reino Unido reflejan el escaso impacto que tendrá la Declaración en aquellas naciones que quieran promocionar la clonación terapéutica: “the Declaration voted upon today is non-binding and does not reflect a consensus within the Assembly. It does not affect my country’s approach to stem cell research. Therapeutic cloning research will continue to be permitted in the United Kingdom”. Se puede decir más alto, pero no más claro.

3. EXPOSICIÓN DEL DERECHO COMPARADO RELATIVO A LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA CLONACIÓN

A) INTRODUCCIÓN: APROXIMACIONES LEGISLATIVAS POSIBLES

Un recorrido superficial por el panorama global de la regulación jurídica de la clonación nos permite alcanzar de manera inmediata una primera conclusión: no existe, ni por asomo, uniformidad en la forma en la que los legisladores abordan esta cuestión en los diferentes países del mundo. Y la verdad, esto no debería extrañarnos en absoluto, habida cuenta del carácter especialmente complejo y discutible

de la materia. No obstante, puede observarse cómo, frente al fenómeno científico de la clonación, las respuestas jurídicas pueden articularse en torno a tres posibilidades:

a) Estados que optan por admitir las técnicas de clonación siempre y cuando estén destinadas a fines terapéuticos. Como veremos, dentro de este grupo hay legislaciones que permiten sin más la creación de embriones con fines de experimentación mientras que otras, como la española, admiten la técnica SCNT en tanto que entienden que mediante la misma se desarrolla una entidad completamente diferente al embrión gamético.

b) Estados que prohíben cualquier tipo de clonación, incluyendo, claro está, la terapéutica.

c) Estados que, guiados por el principio de precaución, introdujeron una moratoria en tanto no se aclarara una situación que consideraban incierta desde un punto de vista científico y ético.

A continuación nos detendremos separadamente en cada una de las diferentes aproximaciones legislativas, que serán expuestas a través de los ejemplos normativos que nos proporcionan las distintas regulaciones jurídicas del mundo.

B) LA ADMISIÓN DE LA CLONACIÓN CON FINES TERAPÉUTICOS

a) *La Human Fertilisation and Embriology Act 2008* del Reino Unido: admisión de la creación de embriones con fines de investigación

La clonación con fines terapéuticos inicialmente sólo se permitió de forma expresa en el Reino Unido, primer país del mundo en el que fue legalizada la creación de un embrión *ad hoc* con objetivos no reproductivos. El marco legal lo encontramos en la originaria *Human Embryology and Fertilisation Act* de 1990, que regula tanto las técnicas de reproducción humana asistida como la investigación y experimentación con embriones humanos. Esta ley, que probablemente representa la visión más acabada de

la llamada “ética utilitarista o consecuencialista (o pragmatista y eficientista)” en el tratamiento del embrión humano, está basada en el objetivo de promover la salud de los ciudadanos y el bienestar económico de la sociedad, lo que ha dado lugar a que GARWOOD-GOWER haya afirmado acertadamente que se trata de un régimen jurídico asentado en la idea central de la *controlled permissiveness*.

Pues bien, con relación a las actividades de investigación, la ley originariamente señalaba que únicamente podrían llevarse a cabo, bajo estrictas condiciones de concesión de licencias, si los embriones no sobrepasaban los 14 días, puesto que a partir de ese momento aparece la *primitive streak* (arts. 3.3.a y 4). La irrupción de la oveja Dolly precipitó el debate sobre la regulación de la clonación terapéutica ya que, aunque la técnica no estaba expresamente prohibida, tampoco se tenía muy claro si podía deducirse su admisión implícita del elenco de finalidades posibles de investigación con embriones recogido en la ley. La *Human Embriology and Fertilisation Authority* y el *Human Genetic Advisory Committee* presentaron en 1998 un informe intitolado *Cloning Issues in Reproduction, Science and Medicine*, en el cual, tras distinguir nítidamente entre la clonación reproductiva y la terapéutica, aconsejaban al Secretario de Estado de Salud la ampliación de las finalidades por las que se otorgaban las autorizaciones de investigación, con el objetivo de permitir la investigación con células madre.

La polémica surgió cuando el juez Mr. Justice Crane (*High Court Judge*) admitió una demanda interpuesta por *Pro-Life Alliance group* en la que solicitaba se declarase que la definición legal de embrión que se contenía en la legislación británica no otorgaba cobertura a los embriones creados mediante transferencia nuclear, por lo que, en teoría, no haría falta licencia administrativa para crear los embriones somáticos. El Parlamento, alarmado ante las consecuencias de este fallo, en el plazo record de 19 días redactó la *Human Reproductive Cloning Act 2001*, en la que prohibía expresamente la clonación reproductiva y prescribía

una pena de prisión de hasta 10 años a quien incurriera en tal conducta. Finalmente, el gobierno británico decidió presentar un proyecto de ley denominado *Human Embriology and Fertilisation (Research Purposes) Act 2001*, redactado a partir de un informe concluido por el *Chief Medical Officer's Expert Group* denominado “Stem cell research: medical progress with responsibility” (también conocido como *Donaldson Report*), en el que se acaba por legalizar la clonación terapéutica.

Más recientemente ha entrado en vigor la *Human Fertilisation and Embriology Act 2008*. Esta nueva ley comienza estableciendo que se considera embrión al “live human embryo”, lo que incluye a cualquier óvulo que se encuentra en proceso de fertilización o que está experimentando cualquier otro proceso susceptible de resultar en un embrión [art. 1(2)(1)(a)]. Por lo tanto, el legislador parece confirmar la postura defendida por el juez Lord Philips Mof Worth Matravers M. R., de la *Court of Appeal*, el cual, en la sentencia de apelación dictada el 18 de enero de 2002 contra el fallo anteriormente citado del juez Crane, declaró que el embrión creado mediante transferencia nuclear y el creado a través de fertilización “are essentially identical” (posteriormente esta conclusión sería amparada por la *House of Lords*, 2003 2 All ER 113). Pero, además, la ley introduce el concepto de “permitted embryo”, en cuanto única categoría de embriones susceptibles de ser transferidos al útero de una mujer. Y en este sentido, se señala que solamente podrán transferirse los embriones creados mediante fertilización de un óvulo y un espermatozoide. En definitiva, se prohíbe nuevamente la clonación reproductiva, revocándose la anterior *Human Reproductive Cloning Act 2001*.

Por último, hay que señalar que la *Human Embriology and Fertilisation (Research Purposes) Act* de 2001 ha dejado de tener eficacia y se ha sustituido por las disposiciones de la *Schedule 2* de la citada ley de 2008, que reconoce expresamente la posibilidad de otorgar licencias para crear embriones *in vitro* con fines de investigación [art. 3 (1) (a)], siempre y cuando se destinen a incrementar el conocimiento sobre

enfermedades graves, a desarrollar tratamientos frente a enfermedades graves, a incrementar el conocimiento sobre las causas de enfermedades congénitas, a llevar a cabo métodos para la detección de la presencia de anomalías genéticas en los embriones con anterioridad a su implantación, etc. [vid., con detalle, art. 3. A (2)].

b) La legislación española sobre clonación: la posibilidad de crear núclóvulos mediante SCNT

En España la cuestión de la clonación ha sido objeto de singulares disputas y polémicas tanto académicas como políticas. No podemos olvidar que, desde un punto de vista jurídico, los retos de rango constitucional y civil a los que se enfrenta la legalización de esta técnica no son precisamente menores. ¿Es el preembrión somático algo ontológicamente diferente al preembrión gamético contemplado en la legislación sobre reproducción asistida? ¿Puede considerarse al preembrión somático como una entidad equivalente a una persona titular del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE)? ¿Debe, en cualquier caso, protegerse en cuanto *nasciturus* (art. 29 CC) y “bien jurídico constitucionalmente protegido”? ¿Es contraria a la dignidad humana (art. 10.1 CE) la creación *ad hoc* de un preembrión con fines exclusivos de investigación? ¿La tutela del derecho fundamental a la investigación (art. 20.1 b) CE) y del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) deberían permitir la regulación de esta técnica científica? ¿Impide el Convenio de Oviedo la regulación de la clonación con fines terapéuticos? Hay que reconocer que prácticamente ninguna de estas preguntas tiene una respuesta clara y sencilla, lo que explica el hecho de que el debate jurídico y bioético haya sido tan tenso y complejo. En cualquier caso, como es sabido, finalmente se ha permitido y regulado la clonación con fines terapéuticos, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico (en el caso de Andalucía), por lo que procede realizar algunas consideraciones en torno a esta legislación.

La Comunidad Autónoma de Andalucía, a través de su Consejería de Salud, hace años que inició una clara línea de apuesta política por la regularización y apoyo de la investigación en materia Biosanitaria. En este sentido, merece la pena destacar en primer lugar la *Ley 7/2003, de 20 de octubre, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembiones humanos no viables para la fecundación in vitro*, que por vez primera admitió el empleo de los preembiones criocongelados sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro con fines de investigación, poniendo fin a un debate que en ese momento era especialmente agrio y polémico en todo el Estado.

Con relación a la cuestión de la clonación terapéutica, hay que comenzar señalando que la Comisión Autonómica de Ética e Investigación Sanitarias emitió un dictamen favorable al impulso de la investigación biomédica, a través de la transferencia nuclear con fines terapéuticos, en el que solicitaba al Gobierno andaluz el desarrollo de una normativa reguladora que posibilitara la realización de estas técnicas de investigación. Por ello, el Parlamento de Andalucía, en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 13, apartados 21 y 29, de su Estatuto de Autonomía, en materia de sanidad e investigación, aprobó la *Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica*. El objeto de esta Ley es el de “regular la investigación en la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante el uso de técnicas de reprogramación celular, en células somáticas humanas, para su transformación en células troncales pluripotenciales con finalidad exclusivamente terapéutica” [art. 1 a) LRC]. Como puede verse, la ley andaluza no emplea el término “clonación terapéutica” (cosa que debe ser bienvenida por lo equívoco del concepto) ni, curiosamente, el concepto técnico de “transferencia nuclear”, sino que opta por la expresión más genérica y amplia de “reprogramación celular”, entendida como “técnica mediante la cual se consigue que una célula adulta diferenciada retroceda en su etapa evolutiva hasta convertirse en una célula pluripotencial,

que puede a su vez evolucionar posteriormente a distintos tipos celulares y potencialmente a tejidos e incluso órganos” [art. 2 d) LRC]. No obstante, la lectura del texto normativo pone de manifiesto que el legislador está pensando primordialmente en la transferencia nuclear como técnica de reprogramación nuclear [vid., EM II y art. 2 e) LRC].

Respecto al fondo de la ley, hay que señalar que ésta establece un sistema de autorización individual de cada proyecto de investigación por un “Comité de Investigación de Reprogramación Celular” (regulado mediante el Decreto 74/2008, de 4 de marzo) que únicamente dará el visto bueno cuando se cumplan los fines previstos en la ley (mejorar la salud y la calidad de vida de las personas) y siempre que se destruya el preembrión somático [definido en el artículo 2 f) LRC] en el plazo máximo de catorce días desde la aplicación de la citada técnica (art. 3 LRC). Además, se aclara en el artículo 4 que se prohíbe la investigación mediante el uso de técnicas de reprogramación celular con células somáticas humanas para originar preembiones con fines reproductivos “así como con cualquier otra finalidad distinta a la prevista en la ley” (obsérvese que lo genérico de la expresión entrecorrida impediría el uso de la técnica SCNT con fines de exclusiva experimentación científica).

A nivel estatal, el punto de partida hay que situarlo en la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida*. Esta ley prohíbe expresamente “la clonación en seres humanos con fines reproductivos” (art. 1.3. LTRA) y, a su vez, permite la donación con fines de investigación de los preembiones criopreservados (art. 11.4 LTRA). Tanto el significativo silencio del legislador respecto a la clonación con fines terapéuticos (hay que tener en cuenta que el Convenio de Oviedo ya se encontraba en vigor en ese momento), como el reconocimiento explícito de la posibilidad de emplear los preembiones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida con fines de investigación derribaban, bajo nuestro punto de vista, algunas de las barreras que con anterioridad se oponían a la legalización de la técnica de

la clonación terapéutica (debemos recordar que el artículo 15.3 a) de la derogada LTRA 35/1988 únicamente permitía la investigación con preembiones no viables). Dicho con otras palabras, esta ley suministra en cierto modo argumentos que podrían emplearse para defender la legalidad de la transferencia nuclear con fines terapéuticos. No obstante, en ningún caso puede afirmarse que ampare directamente las técnicas SCNT.

La *Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica*, quiso poner fin a las dudas existentes, si bien de una manera timorata, críptica, confusa y oscura, como veremos a continuación. Efectivamente, en primer lugar la ley permite, bajo consentimiento informado, la donación de ovocitos con fines de investigación (art. 32.1 LIB), requisito esencial para que pueda tener lugar esta técnica. Ahora bien, el artículo 33.1, que figura bajo la singular rúbrica de “Obtención de células de origen embrionario”, determina a continuación que se prohíbe la constitución de preembiones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación. La literalidad del precepto podría hacer pensar que el legislador quiso impedir el empleo de la técnica de la clonación humana, en tanto que ésta implica precisamente la creación de preembiones con fines de experimentación. Seguidamente, el párrafo segundo del mismo artículo establece que “se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”. Por lo tanto, a pesar de lo señalado en el párrafo anterior, parece ser que finalmente se permiten las técnicas SCNT. Pero, ¿es compatible la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear con la prohibición de crear preembiones con fines de investigación? Ante la confusión que provoca esta aparente contradicción, no es de extrañar que Germán ZURRIARÁIN haya afirmado que se trata de un precepto sorprendente, “en tanto que pro-

híbe crear embriones humanos para investigar, salvo que se haga por clonación con una finalidad experimental o terapéutica”.

¿Cómo debe interpretarse este desconcertante artículo? Se ha afirmado, por un lado, que la contradicción podría explicarse si se entiende que la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear es una excepción al principio general que prohíbe la creación de embriones con fines de experimentación. También podría pensarse en que la ley distingue entre experimentación (permitida) e investigación (prohibida por el Convenio de Oviedo y por la Ley), pero parece una explicación demasiado simplista y dependiente de una interpretación literal muy discutible. Bajo mi punto de vista, la clave para comprender este confuso artículo reside en que el legislador se está refiriendo en todo momento a un preembrión gamético que, de acuerdo con la definición recogida en el artículo 3 letra s) LIB, ha sido constituido *in vitro* y se encuentra formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Esto es, la expresión “preembrión” se reserva a los supuestos en los cuales ha habido fecundación y, puesto que en la clonación no hay por definición fecundación, no puede decirse que mediante la técnica SCNT se cree un preembrión, sino más bien un *preembrión somático, ovonúcleo, nuclóvulos, cuerpo embrioi-de o pseudo-embrión somático (NT embryos)* de naturaleza diferente. O en otros términos, lo que la ley prohíbe es la constitución de preembriones humanos mediante fecundación con fines terapéuticos o de investigación (igualmente, *vid.*, art. 160.3 CP), por lo que *a contrario* se admite la técnica de la transferencia nuclear propiamente dicha en tanto que consiste en la activación de un ovocito enucleado al que se ha insertado el núcleo de una célula somática.

En definitiva, la ley parece acogerse a la distinción entre “preembriones gaméticos” y “preembriones somáticos” para permitir la clonación terapéutica, al contrario de lo que ocurre en la jurisprudencia y la legislación inglesa que, como hemos visto, entienden que se

trata de una misma realidad, lo que no impide su creación *ad hoc* con fines de experimentación. Detrás de esta opción legislativa late, sin duda, el miedo a enfrentarse a una posible vulneración del Convenio de Oviedo. Desde luego, independientemente de cuál sea nuestra opinión sobre la solución finalmente adoptada (ya expusimos anteriormente nuestra interpretación de dicho texto legal, por lo que no queremos ser reiterativos), nos parece que el contenido del artículo 33 no es precisamente un buen ejemplo de la técnica legislativa clara y segura que se espera en una materia tan espinosa como ésta, sino todo lo contrario. Ni siquiera la exposición de motivos explica con franqueza la estrategia seguida (pues se limita a adelantar el contenido del artículo 33), actuándose con un cierto oscurantismo y falta de transparencia que nos hace temer que, en el fondo, el legislador, no se atrevió a desvelar su postura de forma abierta y meridiana ante la ciudadanía (como indica César NOMBELA, el legislador apuesta decididamente por la clonación terapéutica “sin designarla como tal”). En cualquier caso, en palabras de LÓPEZ MORATALLA, no hay ninguna duda de que la LIB “abre de par en par las puertas a la llamada clonación terapéutica”.

c) Otros países que admiten la clonación terapéutica

Durante algún tiempo se extendió la sensación de que la sorprendente situación del Reino Unido era aislada y estaba provocada por el pragmatismo típicamente británico derivado de su deseo de preservar su pionera posición de liderazgo en el ámbito de las investigaciones biomédicas. Sin embargo, la soledad de este país finalmente acabó cediendo a favor de un abanico considerable de legislaciones de distintas partes del mundo que han permitido y regulado la clonación terapéutica (además de la española). Es imposible exponer en un trabajo necesariamente conciso como éste las distintas normativas que aceptan la transferencia nuclear con fines terapéuticos, por lo que nos limitaremos a mencionar algunos de los

supuestos que consideramos más significativos e importantes.

Comencemos por los países asiáticos. Corea del Sur, a raíz de los conocidos trabajos del profesor Woo Suk Hwang de la Universidad Nacional de Seúl (posteriormente caído en desgracia por la infame y vergonzante estafa que cometió en la revista *Science*), se había situado a la vanguardia de las investigaciones en este campo, por lo que decidió aprobar una legislación específica que diera cobertura legal a la actividad de los científicos. Efectivamente, desde el 1 de enero de 2005 se encuentra en vigor la *Ley de Bioética y Bioseguridad*, en cuyo artículo 22.1 se admite expresamente la aplicación de la técnica de la transferencia nuclear siempre y cuando su finalidad sea la de llevar a cabo investigaciones destinadas al tratamiento de enfermedades extrañas o actualmente incurables. Por otro lado, la ley prohíbe con carácter general la clonación humana destinada a implantar un embrión clónico en el útero de una mujer. En Singapur, la *Ley de 2 de septiembre de 2004 sobre Clonación humana y otras prácticas prohibidas* establece que nadie puede desarrollar un embrión humano, creado a través de un proceso distinto del de fertilización de un óvulo por un espermatozoide, por un período de tiempo superior a los 14 días, excluyendo del cómputo el período en el que el desarrollo del mismo es suspendido. Por lo tanto, se permite tácitamente la transferencia nuclear con fines terapéuticos.

La *Ley 5759-1999* del Estado de Israel, modificada en marzo de 2004, *relativa a la Prohibición de Intervención Genética (Clonación Humana y Manipulación Genética de Células Reproductivas)*, prohíbe expresamente la “clonación humana” (art. 3), aclarando en el artículo 2 que se trata de la creación de un ser humano *completo*, cromosómico y genéticamente idéntico de manera absoluta a otra persona o feto vivo o muerto. La concreción del concepto de *clonación humana* revela que, según la literalidad normativa, en Israel se admite la clonación realizada con fines terapéuticos, en cuanto que no está destinada a la creación

de un ser humano completo y absolutamente idéntico a otro.

En Europa, además de Reino Unido y España, hay que decir que en Suecia, desde el 1 de abril de 2005, es legal la clonación terapéutica. Dentro de este grupo de Estados habría que incluir igualmente a Bélgica. Desde el 11 de mayo de 2003 el país cuenta con una *Ley relativa a la investigación sobre embriones in Vitro* en la que se prohíbe expresamente la clonación reproductiva (art. 6). Además, se señala que la creación de embriones *in vitro* con fines de investigación está prohibida, salvo que el objetivo de la misma no pueda ser alcanzado con los embriones supernumerarios. La excepción introducida abre sin lugar a dudas la puerta a la clonación con fines terapéuticos. Pero hay otro dato esencial que avala esta interpretación: el articulado final se basa en una proposición de ley presentada por los senadores Philippe Monfils y Philippe Mahoux en la que se señalaba que la finalidad de la ley era la de prohibir únicamente la clonación reproductiva, admitiendo *a contrario* la clonación terapéutica.

En los Estados Unidos de América, a pesar de que a lo largo de los últimos años se han venido preparando sucesivas propuestas legislativas que pretendían prohibir de forma general la clonación humana, no existe a nivel Federal ninguna legislación que expresamente vete o permita la clonación con fines terapéuticos (seguramente la presión que las empresas de biotecnología ejercen sobre los congresistas y senadores norteamericanos ha tenido mucho que ver). No obstante, la situación resultaba bastante paradójica, ya que en cualquier caso estaba prohibido destinar fondos federales a la investigación con células madres procedentes de embriones humanos (en virtud de una prohibición establecida por el Presidente George W. Bush en 2001). El Presidente Obama levantó esta prohibición el 9 de marzo de 2009, permitiendo que se destinaran fondos públicos con estos fines, si bien, poco tiempo después (agosto de 2010), la jueza Royce Lamberth, del Tribunal Federal del Distrito de Washington DC, a raíz de una demanda interpuesta por

dos científicos, suspendió de forma cautelar la financiación federal basándose en la existencia de una ley de 1996 (Enmienda Dickey-Wicker) que precisamente prohibía al Gobierno federal destinar dinero público a todas aquellas investigaciones que implicaran la destrucción de embriones humanos. Finalmente, y tras varias decisiones judiciales, en julio de 2011 la misma jueza fallaría de manera definitiva a favor del Gobierno, permitiendo la financiación federal de la investigación con células madre procedentes de embriones humanos.

Por otro lado, hay que destacar que algunos Estados han regulado la investigación con células madre empleando la técnica de la transferencia nuclear con fines terapéuticos. Así, el artículo 5 de la Ley de California *Bill SB 253*, de octubre de 2003, que figura bajo la rúbrica de *Stem Cell Research*, establece expresamente que, “research involving the derivation and use of human embryonic stem cells, human embryonic germ cells, and human adult stem cells from any source, including somatic cell nuclear transplantation, shall be permitted...”. Igualmente, en Nueva Jersey se permite la clonación con fines de investigación, pero se tipifica como delito la clonación reproductiva (§2C:11A-1, §26:2Z-2).

C) LEGISLACIONES QUE PROHÍBEN EXPRESAMENTE CUALQUIER TIPO DE CLONACIÓN

a) El rechazo alemán a la clonación: la legalidad de la importación de líneas celulares embrionarias

Alemania se sitúa en las antípodas del Reino Unido. Sin lugar a dudas, el recuerdo de las innumerables investigaciones que llevaron a cabo científicos alemanes durante el período nazi ha influido y sigue influyendo en el posicionamiento alemán frente a esta materia. Basta recordar las palabras que el ex Presidente de la República Alemana, Johannes Rau, pronunció en un discurso que tuvo lugar el 18 de mayo de 2001 a raíz del incipiente debate surgido en Alemania en torno a la oportunidad

de regular la investigación con células troncales: “nadie debe olvidar lo que entonces ocurrió también en el ámbito de la investigación. Algunos procesos que ya habían comenzado antes de 1933 y que también existían en otros países pudieron proseguir durante el nacional-socialismo sin ninguna cortapisa”.

Desde un punto de vista jurídico, hay que señalar en primer lugar que el Tribunal Constitucional alemán le ha reconocido al embrión el atributo de la dignidad humana establecido en el artículo 1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*). En lógica consecuencia, la *Ley de 13 de diciembre de 1990, sobre Protección de Embriones (Embryonenschutzgesetz)* prohíbe completamente la clonación de embriones, sin tener en cuenta cuáles puedan ser sus objetivos. Aunque podría existir alguna duda sobre si la ley prohíbe la transferencia nuclear, en tanto que la figura del embrión se define en atención a la idea de la fecundación, la doctrina jurídica, de forma prácticamente unánime, no ha dudado un momento en extender la aplicación de la normativa a la creación de embriones mediante esta específica técnica.

Sin embargo, Alemania no ha sido inmune durante todo este tiempo al debate sobre la admisibilidad de la investigación con células troncales embrionarias humanas, hasta el punto de haberse planteado abiertamente la necesidad de que los derechos a la investigación y a la salud no cedieran de manera absoluta ante la dignidad del embrión. Todo surgió porque el conocido científico alemán Oliver Brüstler (del cual hablaremos más adelante) solicitó al *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (Fundación Alemana para la Investigación) la importación de células madres embrionarias del extranjero para poder realizar sus proyectos de investigación. Tras arduos trabajos y discusiones parlamentarias en las que se manejaron diferentes opciones, se aprobó el 10 de mayo de 2002 la *Ley de garantía de la protección del embrión en relación con la importación y la utilización de células troncales embrionarias de origen humano (Ley de células troncales)*, que, con carácter general, prohíbe la investigación en células troncales embrionarias, salvo que sean importadas

y, a su vez, hayan sido obtenidas antes del 1 de enero de 2002 en cultivos de laboratorio (esto es, antes de la entrada en vigor de la ley, que se produjo el 1 de julio de 2002). La razón de ser de esta aparentemente extraña fecha límite, como indica FAZßENDER, reside en que se pretendía proteger la vida de los embriones de la mejor manera posible, evitando por lo tanto que se destruyeran embriones a petición de científicos alemanes. Sin embargo, su constitucionalidad ha sido puesta en tela de juicio por numerosos autores que, como TAUPITZ, la consideran inadmisibles por establecer una presunción *iuris et de iure* de que las líneas celulares posteriores habrán sido obtenidas de pre-embryones cuya destrucción ha sido ordenada por investigadores alemanes, lo cual, por un lado, causa un gran detrimento a la libertad de investigación y, a su vez, no contribuye a proteger a los embriones que, en cualquier caso, se siguen creando más allá de la exclusiva demanda alemana. Aunque el mismo autor reconoce que era la única solución políticamente posible en aquel momento, entiende que, de hecho, la ley provocó una prohibición prácticamente completa de la investigación con células madre en Alemania.

Por todas estas razones, juristas, políticos, el Consejo Nacional de Ética e instituciones científicas como la Fundación Alemana para la Investigación, comenzaron a solicitar que se aboliera definitivamente dicha fecha límite. A la vista de los acontecimientos, el *Bundestag* decidió tomar cartas en el asunto y, durante la primavera de 2008, hasta cinco proposiciones de ley se presentaron al objeto de modificar la legislación vigente. Finalmente, el 11 de abril de 2008 el *Bundestag* acordó por una holgada mayoría cambiar la fecha límite al 1 de mayo de 2007. Como puede verse, se trata nuevamente de una solución de compromiso, destinada a contentar por un tiempo a los científicos alemanes, que no altera el *status quo*: la producción de células madre embrionarias mediante clonación sigue estando completamente prohibida, pero no su importación. Aunque comprendo la singularidad del caso alemán, no puedo resistirme a denunciar la doble moral

que sustenta a este tipo de soluciones. Huelgan las explicaciones.

b) La prohibición en otros Estados

Como referente de la prohibición de la clonación en Europa hay que citar en primer lugar a Italia. Efectivamente, la Ley de 19 de febrero de 2004 “sobre reproducción asistida” prohíbe cualquier tipo de experimentación sobre el embrión humano (art. 13.1), aclarando que está incluida en esta genérica prohibición la clonación mediante transferencia nuclear, sea con fines reproductivos o con fines de investigación [art. 13.3 c)]. Por su parte, la Constitución de Suiza de 1999 prohíbe en su artículo 119 la clonación, tanto con fines reproductivos como con fines terapéuticos. Además, la *Ley relativa a la investigación con células troncales embrionarias*, aprobada mediante referéndum el 8 de abril de 2004, establece en su artículo 3 que está prohibida la creación de embriones con el fin de investigar, así como la producción de células madre a partir de un clon. En Francia, la *Ley de 6 agosto 2004, de Bioética*, prohibía expresamente la clonación terapéutica. La nueva *Ley relativa a la Bioética de 7 julio 2011 (nº 2011-814)*, aunque mantiene la prohibición de investigar con los embriones y células madres embrionarias en los artículos 40 a 44, permite que se autoricen ciertos proyectos de investigación siempre y cuando se demuestre su procedencia científica, que sean susceptibles de proporcionar progresos médicos y, sobre todo, que no exista una forma alternativa de obtener los mismos resultados. En cualquier caso, el artículo L. 2151-2 del *Code de la santé publique* sigue prohibiendo “la constitution par clonage d’embryon humain à des fins de recherche”. Finalmente, en Irlanda la propia Constitución reconoce el derecho a la vida del *nasciturus* desde el mismo momento de la concepción (“the right to life of the unborn”) por lo que la clonación se encuentra prohibida en cualquiera de sus formas.

En el continente americano debe destacarse que la *Ley de reproducción asistida* de Canadá, aprobada el 11 de febrero de 2004, prohíbe

tanto la creación de embriones humanos con el único objetivo de la investigación, como el empleo de la transferencia nuclear somática, independientemente de que su finalidad sea reproductiva o investigadora. El Tribunal Supremo de Canadá analizó la constitucionalidad de la ley en una importante sentencia del año 2010 (*Assisted Human Reproduction Act Re 2010 SCC 61*), si bien la cuestión concreta de la clonación permaneció inalterada. Finalmente, el artículo 11 del *Decreto 24029 S de regulación de la reproducción asistida* de Costa Rica también es claro cuando señala que “quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo”.

c) Estados que introdujeron una moratoria

Frente a las posiciones éticas y jurídicas que antagonicamente sostienen la admisión o la prohibición de la clonación terapéutica, se interpone una postura intermedia o ecléctica que, partiendo del principio ético de precaución, propone una moratoria en el uso de la técnica mientras no se aclaren muchas de las dudas e interrogantes que aún plantea. Veamos algunos ejemplos.

En Australia la clonación se encontraba prohibida por la *Prohibition of Human Cloning Act 2002*. No obstante, el llamado *Informe Andrews* (elaborado por el Comité Permanente de Asuntos Legales y Constitucionales de la Cámara de Representantes) propuso una moratoria de tres años con relación al uso de la tecnología de la transferencia nuclear para crear específicamente embriones con finalidad terapéutica o de investigación. Durante ese tiempo, todos los progresos que se produjeran deberían monitorizarse y estudiarse, y, pasados los tres años, debería volver a examinarse la cuestión (*Human Cloning: Scientific, Ethical and Regulatory Aspects of Human Cloning and Stem Cell Research*). Incluso, se preveía que si durante ese plazo la *Australian Health Ethics Committee* llegaba la conclusión de que la tecnología había avanzado lo suficiente como

para aconsejar el levantamiento de la moratoria, debería informarse al *Council of Australian Governments* para que diera los pasos necesarios al respecto. Finalmente, el Parlamento levantó la prohibición en diciembre de 2006, habiendo pasado a ser legal la clonación terapéutica en algunos Estados y bajo determinados requisitos. Así, en el Estado de Nueva Gales del Sur (Australia) se encontraba en vigor la *Human Cloning and Other Prohibited Act 2003*, que prohibía la clonación de seres humanos de manera genérica, pero en el año 2007 se aprobó la *Amendment of Human Cloning and Other Prohibited Act 2003* que ha acabado por legalizar la clonación con fines terapéuticos.

Holanda también optó por introducir una moratoria en su sistema legal, en virtud de la cual remitió a un futuro más o menos inmediato la definitiva admisión de la clonación terapéutica. Efectivamente, el Artículo 24(a) de la *Ley sobre el Embrión* de 2002 establece que no pueden crearse embriones humanos con fines de investigación, por lo que prohíbe tanto la clonación reproductiva como la terapéutica. No obstante, esta prohibición no era irreversible, en tanto que el veto caducaba a los cinco años de entrada en vigor la ley, momento en el que cual podría derogarse mediante Decreto Real.

Finalmente, en Japón la clonación humana estaba prohibida desde el año 2001, aunque sometida a una moratoria de tres años. En julio de 2004, cuando estaba a punto de cumplirse el plazo citado, la *Comisión de Bioética del Consejo de políticas de Ciencias y Tecnología*, el máximo órgano en materia científica del país, aprobó la clonación de embriones humanos con fines de investigación científica.

4. EPÍLOGO: OLIVER BRÜSTLE V. GREENPEACE, ¿HACIA UN CONCEPTO EUROPEO DE EMBRIÓN EXCLUYENTE DE LA CLONACIÓN?

Una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea, de

18 de octubre de 2011 (DOUE 10.12.2011 C362/5), parece poner en tela de juicio la legalidad de la clonación con fines terapéuticos al afirmar que todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura constituye un embrión humano. Siendo esto así, es evidente que la técnica de la transferencia nuclear pasaría a ser ilegal en nuestro país así como en todos aquellos en los que está en vigor el Convenio de Oviedo. La resolución judicial ha levantado un enorme revuelo tanto en la comunidad científica, extremadamente preocupada por sus posibles consecuencias, como entre ciertos sectores de la sociedad que han lanzado las campanas al vuelo a raíz de una sentencia que interpretan como un serio espaldarazo a las posturas éticas y religiosas que sostienen la defensa a ultranza de la vida humana desde el mismo momento de la concepción. Probablemente ambas reacciones sean exageradas, como me propongo probar a continuación; pero para ello es necesario explicar brevemente el contenido de la sentencia de marras.

Comencemos por los hechos. El ya citado neurobiólogo alemán Oliver Brüstle, de la Universidad de Bonn, registró el 19 de diciembre de 1997 una patente referida a células progenitoras neuronales aisladas y depuradas, a su procedimiento de producción a partir de células madre embrionarias y a su utilización en la terapia de afecciones neurológicas. Así pues, la patente tenía por objeto resolver el problema técnico de la producción en cantidad prácticamente ilimitada de células progenitoras, aisladas y depuradas, con propiedades neurológicas obtenidas a partir de células madre embrionarias que permitirían su trasplante al sistema nervioso como método de tratamiento de numerosas enfermedades neurológicas (de hecho, se afirma en la sentencia que ya se han realizado las primeras aplicaciones clínicas, en particular en pacientes afectados por la enfermedad de Parkinson). Greenpeace e V inició un procedimiento de anulación de la patente y el órgano administrativo competente, el Tribunal Federal de Patentes (*Bundespatentgericht*), basándose en el artículo 22.1 de la Ley

de Patentes alemana (*Patentgesetz*), declaró la nulidad de la patente en la medida en que ésta se refiere a células progenitoras obtenidas a partir de células madre embrionarias humanas y a los procedimientos de producción de dichas células progenitoras. El demandado recurrió esta resolución ante el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) el cual, mediante resolución de 17 de diciembre de 2009, planteó a su vez una petición de decisión prejudicial al Tribunal Superior de Justicia al objeto de aclarar la interpretación del artículo 6, apartado 2, letra c), de la *Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas*, que excluye expresamente de la patentabilidad a las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales. En otros términos, el máximo órgano jurisdiccional de Alemania entiende que la solución del recurso planteado depende de si la información técnica de la patente controvertida, en la medida en que se refiere a células progenitoras obtenidas a partir de células madre embrionarias humanas, está excluida de la patentabilidad, y para ello debe aclararse previamente el concepto de embrión humano que aparece en el artículo de la citada Directiva comunitaria, cuestión sometida a la competencia exclusiva del órgano jurisdiccional europeo. Pero es más, el Tribunal Supremo alemán pregunta expresamente si se deben incluir en el concepto de embrión humano a los “óvulos humanos no fecundados a los que ha sido trasplantado el núcleo de una célula humana madura”. Esto es, cuestiona si el que nosotros hemos venido denominando como “prembrión somático”, generado mediante la técnica de transferencia nuclear, es un embrión humano a todos los efectos.

El Tribunal Superior de Justicia comienza declarando que la Directiva no ofrece ninguna definición de embrión humano, pero tampoco efectúa una remisión a los Derechos nacionales, por lo que debe entenderse que estamos ante un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea que ha de interpretarse de manera uniforme en todo su territorio. A con-

tinuación anuncia que, como órgano jurisdiccional, no va a realizar ninguna consideración médica o ética, sino que se limitará a formular una interpretación estrictamente jurídica y, en este sentido, llega a una primera conclusión: el contexto y la finalidad de la Directiva revelan que el legislador de la Unión Europea quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. Y de ahí, alcanza la conclusión de que todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un “embrión humano”, habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano.

Pero es más, ambas conclusiones se rematan afirmando que también debe atribuirse esta calificación al óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y al óvulo humano estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis; ya que, aunque en puridad no hayan sido objeto de fecundación, cabe considerar que por efecto de la técnica utilizada para obtenerlos son aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, de la misma manera que el embrión creado por fecundación de un óvulo. Por último, declara que corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto constituye un embrión humano. Desde luego, llama poderosamente la atención (por contradictorio) el hecho de que el Tribunal, después de haber reivindicado la necesidad de crear un concepto europeo y uniforme de embrión, se contente ahora con remitir esta delicadísima cuestión de la calificación de las células madre embrionarias a la consideración de cada juez nacional.

En mi opinión, la sentencia, cuya trascendencia es innegable, debe valorarse en sus justos y propios términos; lo que implica tener en todo momento en cuenta cuál es el origen del litigio y qué problemas se pretenden resolver; ya que en caso contrario corremos el peligro de poner en boca de los jueces europeos cosas que nunca quisieron decir. Por de pronto,

hay que señalar que la solución al conflicto (la denegación de la patente) no es en absoluto novedosa, sino coherente con la línea seguida por las autoridades administrativas en materia de propiedad intelectual europea: la Gran Sala de Apelaciones de la Oficina Europea de Patentes desestimó el 25 de noviembre de 2008 la solicitud de patente de un procedimiento de obtención de células madre de mamíferos, incluidos los seres humanos, presentada por la “Wisconsin Alumni Research Foundation”. Por lo tanto, ya se había declarado con anterioridad la no patentabilidad de los procedimientos de obtención de células embrionarias que implican la creación de un embrión humano con fines de investigación y experimentación (no obstante, debe reconocerse que la sentencia que estudiamos da un paso más al incluir en el concepto de embrión al fruto de las técnicas SCNT).

Por otro lado, hay que destacar que nos movemos en el estricto ámbito de la propiedad industrial europea en el que rige una prohibición comunitaria relativa a las patentes de los embriones, y el órgano jurisdiccional se limita, previa petición del Tribunal Supremo de Alemania, a aclarar qué es un “embrión humano no patentable” a efectos europeos, nada más. De la veracidad de esta conclusión dan cuenta las palabras del propio Abogado General que, en su informe, afirmaba que “además, nos parece útil precisar que la definición jurídica que vamos a proponer se sitúa en el marco de la Directiva técnica examinada y que, a nuestro entender, no pueden extraerse consecuencias también jurídicas en otros ámbitos que afectan a la vida humana pero que se sitúan en un plano completamente distinto y, ante todo, fuera del Derecho de la Unión”. En otras palabras, los jueces del Tribunal no tuvieron la intención de definir un concepto comunitario de embrión, superando y poniendo fin a las distintas tradiciones existentes en Europa (señaladamente la del Reino Unido y la de Alemania), sino de resolver un problema puntual de aplicación de una Directiva (en este mismo sentido se pronuncia SERRANO RUÍZ-CALDERÓN). A mayor abundamiento, debe

recordarse que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha abstenido de definir el estatuto jurídico del embrión al no existir un mínimo consenso europeo en torno al mismo (caso *VO v. Francia*), por lo que resultaría muy extraño que el TSJCE, en un litigio sobre patentes, hubiera querido asumir ahora esa compleja, por no decir imposible, función.

Por lo tanto, en nuestra opinión el concepto de embrión humano que emplea la sentencia

estudiada en ningún caso debería extrapolarse ni, en consecuencia, afectar a la legislación interna que cada Estado de la Unión Europea haya generado en torno a la reproducción humana asistida o a la investigación con células madre y embriones, incluyendo, por supuesto, la clonación terapéutica. Lo contrario, como se ha señalado, implicaría extender la eficacia de la sentencia mucho más allá de sus límites originarios.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- Abellán-García Sánchez, F., “El estatuto jurídico del embrión en España: de la ley de reproducción de 1988 a la clonación terapéutica de nuestros días”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 28/2008, pp. 59 y ss.
- Aulestiarre Jiménez, S., “El estatuto jurídico del embrión clónico”, *Cuadernos de Bioética*, 2004 (2), pp. 331 y ss.
- Bellver Capella, V., *¿Clonar? Ética y Derecho ante la clonación humana*, Comares, Granada, 2000.
- *Razones para el rechazo de la clonación con fines de investigación biomédica (CIB)*, <http://www.aebioetica.org> (Consultado en enero de 2012).
- “Células madre, genes y clones: el sendero del posthumanismo”, en R. Germán Zurriarán (Coord.), *Células madre: ciencias, ética y derecho*, EUINSA, Madrid, 2009, pp. 139 y ss.
- Chalmers, D., D. Nicol, “Embryonic stem cell research: can the law balance ethical, scientific and economic values?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 18/2003, pp. 43 y ss.
- De Miguel Beriain, I., *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*, Comares, Granada, 2004.
- “El proyecto de Ley 121/000104 de Investigación Biomédica: luz verde a la “clonación terapéutica”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº. 15, 2007 (Ejemplar dedicado a las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de marzo de 2007), <http://www.uv.es/CEFD/15/demiguel.pdf> (consultado en enero de 2012).
- *La clonación diez años después*, Comares, Granada, 2008.
- Derckx, V., Hondius, E., “The Rights of the Embryo and the Foetus under Dutch Law”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 6.4, December 2002, <http://www.ejcl.org/64/art64-22.html> (consultado en enero de 2012).
- Esser, A., y otros, “La clonación humana. Fundamentos biológicos y valoración ético-jurídica”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 9/1998, pp. 105 y ss.
- Faßbender, K., “Der Schutz des Embryos und die Humangenetik: Zur Verfassungsmäßigkeit des neuen Stammzellgesetzes und des Embryonenschutzgesetzes im Lichte des einschlagigen Arzthaftungsrechts”, *Medizinrecht*, 21, 2003, pp. 279 y ss.
- García Miranda, C. M., “La regulación jurídica de la clonación de seres humanos”, *Cuadernos de Bioética*, 30, 1997, pp. 916 y ss.
- García San José, D., *Bioderecho en Andalucía*, Fundación Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2009.
- Garrote Fernández-Díaz, I., “El resurgir de Golem: la clonación de preembriones humanos con fines terapéuticos y el concepto de persona. Aspectos éticos, constitucionales y jurídico-privados”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 15, 2001, pp. 143 y ss.
- Garwood-Gower, A., “Contemporary issues in the regulation of artificial reproduction and embryology in the UK”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 21/2004, p. 68.
- Germán Zurriarán, R. “La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España: de la Ley 35/1988 a las leyes 14/2006 y 14/2007”, *Cuadernos de Bioética*, 2009/2, pp. 155 y ss.
- “Legislación europea en torno a la investigación con embriones humanos”, en R. Germán Zurriarán (Coord.), *Células madre: ciencias, ética y derecho*, EUINSA, Madrid, 2009, pp. 181 a 208.
- Gratton, B., *Survey on the National Regulations on the European Union regarding Research on Human Embryos*, http://ec.europa.eu/bepa/european-group-ethics/docs/publications/nat_reg_en.pdf (consultado en enero de 2012).
- Grubb, A., J. Laing, J. Mc Hale, *Principles of Medical Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- Gusman, A., “An Appropriate Legislative Response to Cloning for Biomedical Research: The Case Against a Criminal Ban”, *Annals Health Law*, 2005, pp. 365 y ss.
- Harris, J., *On Cloning*, Routledge, London, New York, 2004.

- Hervey, T. K., H. Black, "The European Union and the Governance of Stem Cell Research", *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, nº.11, 2005, pp. 11 y ss.
- Hilmer, S. E., "Australia's (NSW) recent legislative developments of human cloning, other prohibited practices and research involving human embryos", *Journal of International Biotechnology Law*, 2007, 4(6), pp. 233 y ss.
- López Moratalla, N., "Clonación Terapéutica", *Persona y bioética*, Vol. 8, Nº. 22-23, 2004, pp. 6 y ss.
- "¿Qué hay de nuevo sobre las células troncales. La utopía de la clonación terapéutica", en *Cuadernos de Bioética*, sept./dic., nº 64, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Murcia, 2007, pp. 367 y ss.
- Mc Cook, A., "UN Bans Reproductive Cloning", *The Scientist*, February 21, 2005.
- Mc Gleenan, *Las implicaciones éticas de la investigación con embriones humanos*, Parlamento Europeo, Dirección General de Investigación, STOA, Luxemburgo, julio 2000.
- Mc Laren, A. (Coord.), *Cloning*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2002.
- Nigel M. de, S. Cameron & A. V. Henderson, "Brave New World at the General Assembly: The United Nations Declaration on Human Cloning", *Minnesota Journal of Law Science & Technology*, 9, 2008, pp. 148 y ss.
- Nombela, C., "La investigación en células madre y su desarrollo clínico: un camino con múltiples alternativas", en J. Sánchez-Caro y F. Abellán (Coord.), *Investigación Biomédica en España: Aspectos Bioéticos, Jurídicos y Científicos*, Comares, Granada, 2007, pp. 149 y ss.
- Oliva Blázquez, F., "La clonación en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión", *Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho*, 2005, nº. 1, pp. 317 y ss.
- Palacios, M., "Consideraciones sobre la clonación", en AAVV, *Genética Humana en el Tercer Milenio: aspectos éticos y jurídicos*, Akal, Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2002.
- Plomer, A., "Stell Cell Research in the UK: from Parliament to the Courts", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 16/2002, pp. 188 y ss.
- President's Council on Bioethics, *Human cloning and Human Dignity: A Ethical Inquiry*, Washington D.C, julio de 2002.
- Puigpelat Martí, F., "Los embriones y la nueva legislación española en ingeniería genética", en *El derecho ante la biotecnología: estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Icaria, Barcelona, 2008, pp. 63 y ss.
- Pujato, A. S., *La clonación*, El Cid, Santa Fe (Argentina), 2009.
- Rey del Castillo, J., "La situación de la clonación humana en el ámbito internacional", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 24/2006, pp. 185 y ss.
- Romeo Casabona, C., "La investigación y la terapia con células madre embrionarias: hacia un marco jurídico europeo", *Diario La Ley*, Nº 5467, Sección Doctrina, 24 Ene. 2002, Año XXIII, Ref. D-26, pp. 1920 y ss.
- "La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 26/2006, pp. 75 y ss.
- Serrano Ruiz-Calderón, J. M., "Dignidad versus patentabilidad (Comentario de la STJ 18 de octubre de 2011 en el asunto *Brüstle/Greenpeace*)", *Diario La Ley*, Nº 7766, Sección Tribuna, 30 Dic. 2011, Año XXXII, Editorial La Ley.
- Soto Nieto, F., "Clonación terapéutica. Sus características y porvenir legal", *Diario La Ley*, Nº 6555, Sección Columna, 22 Sep. 2006, Ref. D-204, Editorial La Ley.
- Tay Swee Kian, C., T. Sim Leng, "The Singapore approach to human cell research, therapeutic and reproductive cloning", *Bioethics*, Volume 19, nº. 3, 2005, pp. 290 y ss.
- Toupitz, B., "The German Stem Cell Act", *German Law Journal*, 11/2010, pp. 1373 y ss.
- Walín, L., "Ambiguity of the Embryo Protection in the Human Rights and Biomedicine Convention: Experiences from the Nordic Countries", *European Journal of Health Law*, 14, 2007, pp. 131 y ss.
- Wheat, K., K., Matthews, *World Human Cloning Policies*, <http://cnx.org/content/m14836/latest> (consultado en enero de 2012).

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2012

Fecha de aceptación: 4 de abril de 2012

THE DEBATE ON HUMAN ENHANCEMENT AND HUMAN DIGNITY. A CRITIC TO NICK BOSTROM

RESUMEN

Desde los inicios mismos del siglo XXI el debate sobre la licitud de recurrir a las biotecnologías para conseguir el “mejoramiento humano” no ha dejado de crecer. Este artículo trata, en primer lugar, de introducir el concepto del “human enhancement” y las cuestiones éticas que plantea. A continuación se presenta la posición de uno de los autores que más ha defendido esta posibilidad desde la perspectiva ética, Nick Bostrom. En la tercera parte se señalan las críticas principales que cabe hacer al planteamiento de Bostrom. Con este trabajo se pretende acercar al lector español uno de los debates más encendidos del primer decenio del siglo XXI sobre una cuestión que afecta a los conceptos mismos de ser humano y de sociedad, y al futuro de la humanidad.

PALABRAS CLAVE

Mejoramiento humano, posthumanismo, dignidad humana, ética, Nick Bostrom.

ABSTRACT

Since the beginning of the present century the debate about the ethical aspects of using biotechnology for human enhancement has constantly increased. In the first part of the article it is presented the concept of human enhancement and the ethical questions that come with it. In the second part it is consider the ethical position of Nick Bostrom on the topic, one of the most acknowledged defenders of this possibility. The last part is devoted to discuss his arguments in favour of human enhancement. This work is intended to offer the spanish reader an approach to one of the most hot debates of the moment about a matter that directly affects the concepts of human being and society, and the future of humanity.

KEY WORDS

Human enhancement, posthumanism, human dignity, ethics, Nick Bostrom.

EL DEBATE SOBRE EL MEJORAMIENTO HUMANO Y LA DIGNIDAD HUMANA

Una crítica a Nick Bostrom

Vicente Bellver Capella

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Universitat de València (España)

Sumario: 1. Introducción. 2. El mejoramiento humano. A) Criterios de clasificación del mejoramiento humano. B) La complejidad del mejoramiento humano. 3. Nick Bostrom y la dignidad del posthumano. 4. Críticas a Bostrom. 5. Concluyendo. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

En los años cincuenta del pasado siglo se descubrió la estructura de la molécula de ADN que codifica la información genética de todo ser vivo. En la siguiente década se empezó a desarrollar la tecnología que permitía crear moléculas artificiales de ADN, formadas por fragmentos de ADN procedentes de distintos organismos. Sus aplicaciones en la actualidad son incontables y extraordinariamente beneficiosas: desde bacterias manipuladas para producir insulina humana o la hormona del crecimiento, hasta cultivos resistentes a plagas o con mayores propiedades nutricionales. Al tiempo que se realizaban las primeras aplicaciones del ADN recombinante en bacterias y plantas, empezó a plantearse la cuestión acerca de si se podría y debería permitir extender a humanos estas tecnologías.

De forma general se aceptó su uso en las personas en la medida en que sirviera para combatir enfermedades genéticas. Es la terapia génica, que se ha ido desarrollando con mucha mayor lentitud de la prevista, en buena medi-

da por problemas de seguridad que han sufrido algunas de las personas que se han sometido a ensayos clínicos. Pero la controversia se suscitó al plantearse la posibilidad de intervenir no sobre las células enfermas de un paciente, sino sobre las células germinales humanas (óvulos y espermatozoides) con el objeto de introducir “mejoras” genéticas en los futuros seres humanos.

Por primera vez en la historia, el ser humano se veía capaz de “dirigir” su propia evolución genética y no dejarla, como hasta ahora, en manos del azar. Aunque aparecía como algo todavía lejano en el tiempo, se trataba sin duda de uno de los mayores desafíos para la humanidad: ¿se debía permitir que los seres humanos fueran producidos con unas características genéticas elegidas por otros? ¿Nos encontraríamos ante una insidiosa forma de dominio de unos seres humanos sobre otros o ante la emancipación de la especie humana frente a las cadenas de su propia biología?

Los partidarios de intervenir en la línea genética germinal humana entendieron que el

reto no se podía pasar por alto, y que se abría una nueva era que nos conduciría a crear seres humanos mucho mejores de lo que habíamos sido nosotros hasta ahora. Los contrarios advertían de los riesgos que entrañaba el desarrollo de esta posibilidad, del atentado que supondría para las personas así creadas, y de la división social que se produciría entre los genéticamente naturales y los mejorados.

Pronto el debate se amplió para incluir toda suerte de “mejoras” llevadas a cabo en los seres humanos mediante las tecnologías, y se empezó a hablar de las tecnologías de mejoramiento humano (Human Enhancement Technologies). Desde los inicios mismos del siglo XXI el debate sobre la licitud de recurrir a estas tecnologías para conseguir el mejoramiento humano no ha dejado de crecer. A este debate dedico las páginas que siguen. En primer lugar, me aproximaré al concepto del “human enhancement” y a las cuestiones éticas que plantea. A continuación presentaré la posición de uno de los autores que más ha defendido esta posibilidad desde la perspectiva ética, Nick Bostrom. A su entender, el mejoramiento humano no supone ningún atentado contra la dignidad humana; al contrario, exige ampliar el concepto de dignidad humana para incluir a los posthumanos. En la tercera parte señalaré las críticas principales que me suscita el planteamiento de Bostrom. Con este trabajo pretendo acercar al lector español uno de los debates más encendidos del primer decenio del siglo XXI sobre una cuestión que afecta al concepto mismo de ser humano y de sociedad, y al futuro de la humanidad.

2. EL MEJORAMIENTO HUMANO

Por “mejoramiento humano” entiendo todas aquellas intervenciones tecnológicas en el ser humano que potencian o modifican alguna de sus capacidades (cognitivas, emocionales, físicas, salud, longevidad, etc.) o incorporan otras de las que antes carecía. A partir de la definición que acabo de dar, y antes de entrar en la controversia acerca de si el mejoramiento

humano es conforme o contrario a la dignidad humana, conviene profundizar en el concepto de mejoramiento humano. Para ello, en primer lugar, propongo cinco criterios de clasificación del mejoramiento humano. En segundo lugar, abordaré algunas cuestiones sobre esta pretensión, que ponen de manifiesto la complejidad e interés del tema.

A) CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DEL MEJORAMIENTO HUMANO

El mejoramiento humano puede clasificarse en función de cinco criterios: las capacidades en las que incida, la calidad de la mejora que se pretenda, la permanencia (o no) de la mejora a lo largo del tiempo, los sujetos a los que afecte, y de que la mejora cuente o no con la libertad del sujeto.

1.– El mejoramiento humano puede pretender mejorar distintas capacidades del ser humano: físicas, emocionales, cognitivas e incluso, para algunos autores, morales (moral enhancement). En ocasiones se pueden perseguir varias simultáneamente; por ejemplo, se puede pretender no sólo que la persona necesite dormir menos (capacidad física) sino que su rendimiento cognitivo se mantenga o incluso se incremente (capacidad cognitiva). Con carácter general, y si atendemos sólo a este criterio, considero que la complejidad moral de la intervención se incrementa en la medida en que afecta a capacidades más vinculadas a la libertad humana. Así, los problemas más graves provendrían de una eventual actuación sobre la capacidad moral del ser humano; y sucesivamente los derivados de afectar las capacidades cognitiva, emocional y física. Evidentemente no siempre es así: aquellas intervenciones que persiguen romper el reloj biológico de los seres humanos e incrementar indefinidamente la vida humana presentan una serie de dificultades morales incomparables con lo que, por ejemplo, supone ingerir un fármaco que modele temporalmente nuestro ánimo o nuestra memoria.

2.– En función de la calidad de la mejora, nos encontramos con mejoras que únicamente

pretenden incrementar el rendimiento de una capacidad ya existente en la persona (correr más, aumentar la memoria, etc.), que podríamos llamar mejoras potenciadoras; y mejoras que incorporan una cualidad que antes no se tenía (por ejemplo, una inmunidad genética a ciertas armas biológicas), y que denominaré mejoras suprahumanas. En principio, resultan más problemáticas desde el punto de vista ético las intervenciones suprahumanas que las potenciadoras.

3.— En función de la permanencia a lo largo del tiempo, podemos distinguir entre mejoras reversibles, aquellas que pueden desaparecer cuando el individuo lo desee o que simplemente tienen un tiempo de acción (por ejemplo, consumir un neurofármaco que afecta a nuestras emociones durante un tiempo); e irreversibles que son aquellas que no se pueden modificar (por ejemplo, un intervención genética en las células germinales). Obviamente, es mucho mayor la problemática moral que plantean las segundas que las primeras.

4.— En función de los sujetos a los que afecta. Podemos hablar de mejoras que afectan sólo al individuo que se somete a ellas (mejoras morfológicas), mejoras que afectan a los sujetos que se someten a ellas y a sus hijos (mejoras morfológico-reproductivas) y de mejoras que afectan sólo a los hijos (mejoras reproductivas). Es incomparable la trascendencia que tiene una intervención que sólo afecta a quien se somete a ella que la dirigida a los futuros hijos. De hecho, este último tipo de actuación es la que Habermas considera que rompe con la simetría intergeneracional básica entre los seres humanos, en la medida en que unos individuos deciden las características genéticas que van a tener otros.

5.— En función de que se cuente o no con la libertad del sujeto. Según este criterio, distinguimos entre mejoras voluntarias, cuando el sujeto da su consentimiento, e impuestas, cuando el sujeto no lo da o ni siquiera ha tenido la oportunidad de darlo. El caso más claro de mejora impuesta es la que se pueda llevar a cabo sobre los hijos eligiendo sus caracterís-

ticas genéticas. Pero no tendría por qué ser la única.

De la combinación de los criterios mencionados, podemos concluir que las intervenciones genéticas en la línea germinal humana son, con diferencia, las mejoras que plantean problemas éticos de mayor entidad. Se trata de mejoras que pueden afectar a la totalidad de las capacidades del individuo, no sólo incrementando sus rendimientos sino incorporando nuevas capacidades. Son mejoras irreversibles, que se llevan a cabo en los hijos y lógicamente sin poderles consultar su parecer. Junto a éstas, cabe también mencionar las “mejoras morales”. Ante el poder que puede llegar a tener el ser humano como consecuencia de las mejoras a las que va a ser sometido a medio plazo, no es desdeñable el riesgo de que ya no sólo individuos perversos, sino simplemente estúpidos (el *village idiot* del que habla Martin Rees), puedan llegar a acabar con el mundo. Ante la magnitud del riesgo, algunos defienden la intervención coactiva sobre aquellos individuos que se sometan a mejoras, para garantizar que no harán un mal uso de su incrementado poder. Es el mejoramiento moral, que defienden autores como Peter Singer, Julian Savulescu o Thomas Douglas. Sin entrar en mayores honduras, cabe preguntarse: ¿es posible mejorar la conducta libre del ser humano mediante intervenciones tecnológicas en su organismo? ¿Es exigible que cualquiera que se someta a una mejora que incremente sustancialmente sus poderes (por ejemplo, su capacidad cognitiva) se tenga que someter también al mejoramiento moral (por ejemplo, mediante la llamada “píldora moral”, de la que habla Singer)? ¿Es lícito imponer vigilancia a quien, teniendo determinadas capacidades mejoradas, se niega a someterse al mejoramiento moral (como proponen los mencionados autores)?

B) LA COMPLEJIDAD DEL MEJORAMIENTO HUMANO

A partir de la definición propuesta al inicio, conviene hacer referencia a cinco cuestiones que revelan la complejidad y el interés

del tema: 1ª) ¿Cómo se determina lo que debe considerarse como mejora? 2ª) ¿Por qué se aceptan socialmente ciertas mejoras y no otras? 3ª) ¿En qué se diferencia una mejora de una terapia? 4ª) ¿Sólo caben respuestas extremas ante las tecnologías de mejoramiento humano (TMH): o el rechazo o la aceptación? 5ª) ¿El debate sobre el mejoramiento humano es relevante para el futuro de la humanidad o es una controversia irrelevante?

1.- *¿Cómo se determina lo que debe considerarse como mejora?* El mejoramiento humano se basa en dos elementos fundamentales: la intervención (bio)tecnológica en el cuerpo humano, que es el medio utilizado, y la mejora propiamente dicha, que es el resultado alcanzado. A mi entender no se ha prestado suficiente atención a lo que debe calificarse como mejora. Es cierto que en algunos casos existe un debate amplio acerca de si determinado resultado es una mejora para el ser humano o más bien lo contrario. Sería, por ejemplo, el caso del incremento radical de la longevidad: ¿es bueno que el ser humano pueda vivir centenares de años o, por el contrario, es una maldición? Pero echo en falta una teoría general que permita identificar las genuinas mejoras de las que no lo son. El principal problema para llevarla a cabo está en que el término mejora es necesariamente comparativo: para poder decir que cierto resultado es una mejora es imprescindible identificar con respecto a qué. Y ese término de comparación no es nada sencillo de establecer. Por ejemplo, si una intervención neurológica me permite incrementar y moldear la memoria enteramente a mi gusto y no simplemente ser sujeto de la misma, puedo decir que se trata de una mejora con respecto a mi limitado poder actual sobre la memoria. Ahora bien, ¿es ese el término sobre el que tengo que establecer la comparación? Si entiendo que el término de comparación es el ser humano tal como ha venido siendo hasta ahora, quizá la intervención que me permite manipular la memoria a mi gusto sea una mutilación y no una mejora. Más allá de los ejemplos, quien desee calificar como mejora una intervención tecnológica sobre el cuerpo

humano deberá señalar, primero, con respecto a qué supone una mejora el nuevo resultado y, segundo, descartar que dicho resultado suponga un perjuicio o empeoramiento para la persona en otros ámbitos. Por ejemplo, ser capaz de vivir sin dormir durante días enteros es una mejora con respecto a la capacidad del individuo para hacer cosas. Ahora bien, la vigilia prolongada durante días ¿debe tenerse como un mejoramiento o un empeoramiento de la existencia humana?

2.- *¿Por qué se aceptan socialmente ciertas mejoras y no otras?* Es frecuente que los autores que defienden el mejoramiento humano insistan en que ese afán siempre ha estado presente en la historia de la humanidad y que, en cierto modo, es el destino de la humanidad: convertir la naturaleza hostil en un medio apto para desarrollar su vida. En el tiempo presente el ser humano ha conseguido el dominio completo sobre la naturaleza externa pero aún está lejos de lograr el dominio sobre su propia biología. Los desarrollos (bio)tecnológicos de los últimos cuarenta años lo sitúan en el umbral de esa nueva conquista. Resulta paradójico que el surgimiento de las herramientas mediante las cuales el hombre podría transformar su propia biología comparezcan al mismo tiempo que el ecologismo denuncia el error de la humanidad de tratar de reducir la naturaleza a la condición de almacén de materias primas.

Quienes defienden la emancipación del ser humano respecto de su propia naturaleza no distinguen entre actuaciones dirigidas a paliar deficiencias de la naturaleza humana, actuaciones que potencian el rendimiento humano sin afectar a su constitución biológica esencial, actuaciones que potencian de forma superlativa las capacidades humanas del individuo o de sus descendientes y aquellas otras que van más allá e introducen nuevas capacidades en el ser humano. Según ellos, la misma valoración merece usar unos prismáticos que nos faciliten la visión nocturna, que introducir una mejora en nuestros propios ojos que los capacite para ver por las noches. A su entender, la única diferencia está en que los primeros están socialmente aceptados mientras que aquellos que suponen

una intervención directa sobre nuestro organismo con un fin no estrictamente terapéutico tienden a ser cuestionados.

Es cierto que la existencia humana es un continuo esfuerzo por emanciparse de (al menos ciertos) límites que le impone tanto la naturaleza externa como propia del individuo. Pero lo que ha hecho de ese esfuerzo algo valioso no ha sido tanto la mera liberación del “yugo” natural (lo que podríamos denominar la *libertad respecto de*) sino la consecución de un objetivo que facilite nuestra existencia como seres humanos (lo que podríamos denominar la *libertad para*). Por tanto, podemos hablar realmente de mejora cuando contribuye a que el ser humano alcance su plenitud como humano, no cuando da paso a un ser superior y distinto al humano. De ahí que la educación, la medicina, o la nutrición sean actividades socialmente aceptadas puesto que contribuyen a mejorar la existencia humana; y que, en cambio, se recele de las intervenciones que sólo buscan un incremento de la potencia o de las capacidades humanas, para hacer súper-hombres o algo mejor que hombres.

3.— *¿En qué se diferencia una mejora de una terapia?* Este punto está muy relacionado con el anterior. Quienes se resisten al “mejoramiento humano” defienden las tecnologías que intervienen en el organismo humano cuando buscan prevenir la enfermedad, devolver la salud, o cuidar cuando ya no es posible sanar. Descartan, por el contrario, las tecnologías dirigidas a introducir “mejoras”. Pero esta propuesta ofrece dos dificultades. Por un lado, existe un área amplia y nebulosa en la que es difícil determinar si nos encontramos en el campo de las terapias (lícitas) o de las mejoras (ilícitas). Por otro lado, y aquí está en alguna medida la causa de la anterior dificultad, el concepto de salud (y consecuentemente también el de enfermedad) tiene una importante componente histórica. Nadie cuestiona que las cataratas oculares, que en muchos casos son una consecuencia natural del envejecimiento de los ojos, ahora se vean como un problema de salud que puede ser perfectamente atendido. Si la tecnología ha

convertido un efecto natural de la evolución del organismo humano en un problema de salud atendible, ¿por qué no aceptar que también lo es el reloj biológico del ser humano y que, por tanto, todas aquellas intervenciones dirigidas a evitar el envejecimiento total de la persona son tan lícitas como una operación de cataratas? ¿Por qué se recomienda el consumo de alimentos con antioxidantes, que ralentizan el envejecimiento celular, y se rechazan las intervenciones dirigidas a mantener la extensión de los telómeros, lo que evitaría de raíz el envejecimiento de todas nuestras células? Se puede argumentar que, en el primer caso, sólo se persigue que la persona viva en las mejores condiciones el tiempo máximo que puede vivir; mientras que, en el segundo, se aspira a romper el reloj biológico humano. Lógicamente, para que el argumento resulte consistente es imprescindible justificar por qué se considera ilícito romper con el reloj biológico humano. Y, para hacerlo, probablemente se acuda a un concepto prescriptivo de naturaleza humana y/o a consideraciones prudenciales acerca de los efectos negativos de carácter psicológico y social que traería consigo la ampliación indefinida de la vida humana. En todo caso, para que la distinción entre terapia (lícita) y mejora (ilícita) sea operativa es necesario reconocer el carácter (parcialmente) histórico del concepto de salud y, consecuentemente, la brumosa determinación de los límites entre una y otra.

4.— *¿Sólo caben respuestas extremas ante las TMH: o el rechazo o la aceptación?* Ante las TMH, las reacciones son por lo general intensas, bien sean de temor o de entusiasmo. Relacionadas con esas emociones nos encontramos también con dos posiciones éticas igualmente enfrentadas. Por un lado, el transhumanismo, denominación del movimiento de defensa de la licitud o incluso del deber que tenemos de intervenir mediante las tecnologías sobre nosotros mismos para conseguir mejores humanos o incluso algo mejor que seres humanos. Por otro, el bioconservacionismo, nombre creado desde posiciones transhumanistas para referirse a la actitud de rechazo del mejoramiento

humano, bien por los riesgos que entraña o bien porque supone en sí misma un atentado contra la dignidad humana.

Aunque pueda servir como primera aproximación al debate, este planteamiento del estado de la cuestión es sumamente deficiente porque si bien es cierto que existen esas dos posiciones extremas, más lo es reconocer que existe una enorme diversidad de posiciones. Veámoslo. Unos abogan por el mejoramiento humano como una libertad del individuo para introducir mejoras en uno mismo o en sus hijos. Otros, en cambio, subrayan la dimensión social de este derecho y, por tanto, la necesidad de garantizar el acceso universal al mejoramiento humano, de modo que contribuya al bienestar general y evite el incremento de las desigualdades sociales. Unos subrayan los riesgos de estas tecnologías, aunque no descartan su uso restringido, consensuado y supervisado en ciertas circunstancias. Otros, en cambio, defienden el acceso generalizado a ciertas TMH, mientras que descartan las que entienden inviables o demasiado arriesgadas. Unos tan sólo aspiran a eliminar las deficiencias genéticas de los individuos, mientras que otros se entusiasman ante la posibilidad de llegar a crear seres que tengamos que calificar como verdaderamente posthumanos. Unos son partidarios de valorar las TMH caso por caso y no de ofrecerles una bienvenida general. Otros reconocen los beneficios concretos que podrían proporcionar algunas de ellas, pero consideran que los riesgos que traerían consigo son de tal envergadura que es mejor no abrir esas posibilidades. Por ello, más que un panorama dominado por bioconservadores y transhumanistas, entiendo que lo que existe es una amplia gama de biomoderados, por utilizar un término acuñado para calificar a quienes no se alinean en ninguna de las dos posiciones extremas.

5.— *¿El debate sobre el mejoramiento humano es relevante para el futuro de la humanidad o es una controversia irrelevante?* Tras la clonación de la oveja Dolly, se suscitó una encendida polémica, que se prolongó durante años y que dio lugar a la aprobación de normas que regulaban de alguna manera la clonación de seres huma-

nos. No es infrecuente que en bioética se preste amplia atención a cuestiones como ésta, que resultan muy llamativas pero que todavía no existen en la realidad. ¿Podríamos considerar que el debate sobre el mejoramiento humano es un caso más? ¿Que no es más que un debate “de salón”, que tiene lugar en universidades de élite de países ricos, donde los expertos en bioética se pueden permitir el lujo de ocuparse de otras cuestiones distintas de las más acuciantes para la vida y la salud de los ciudadanos?

En primer lugar, el mejoramiento humano no es sólo una hipótesis que no sabemos si se llevará o no cabo, sino que para muchos ya es una incipiente realidad. El dopaje en los deportes o la selección genética de embriones para que nazca un niño genéticamente compatible con un hermano aquejado de una enfermedad que sólo podría sanarse con un trasplante de médula ósea podrían considerarse fórmulas rudimentarias de mejoramiento humano. En segundo lugar, es probable que las intervenciones tecnológicas en el organismo humano para mejorar su rendimiento o incrementar sus capacidades crezcan exponencialmente en los próximos años. Reflexionar sobre ello y proponer pautas para actuar con acierto parece razonable. Pero, en tercer y último lugar, la cuestión sobre el mejoramiento humano no sólo tiene interés por los problemas éticos y jurídicos que plantea. Constituye todo un desafío filosófico, en la medida en que nos coloca frente a las preguntas que la humanidad se ha hecho desde los inicios de la filosofía: ¿qué es el hombre? ¿qué es la naturaleza?, y ¿qué debemos hacer?

3. NICK BOSTROM Y LA DIGNIDAD DEL POSTHUMANO

Nick Bostrom es Catedrático de Filosofía en la Universidad de Oxford, en la que dirige el Instituto sobre el Futuro de la Humanidad. Fue fundador y director de la World Transhumanists Association, que en 2009 cambió de nombre por el de HumanityPlus, que se de-

dica a defender la causa del transhumanismo. También creó el Institute for Ethics and Emerging Technologies (IEET). En 2005 publicó un artículo en la revista *Bioethics* titulado “In Defense of Posthuman Dignity”, que fue posteriormente incluido en una antología de los mejores artículos de la revista publicados a lo largo de los últimos veinte años. Con esta trayectoria, en la que se combina la brillante carrera académica con el activismo social, salta a la vista que Bostrom es uno de los que más ha contribuido a asentar y difundir esta nueva filosofía (como ellos la denominan) tanto entre la opinión pública como entre sus colegas. El artículo que comento tiene el interés de centrarse en una de las cuestiones medulares que se debaten al tratar de las TMH y el consiguiente transhumanismo: si recurrir a estas tecnologías es o no contrario a la dignidad humana. A continuación ofreceré un resumen de lo expuesto por Bostrom en el mencionado artículo de *Bioethics*. En el siguiente epígrafe señalaré las que me parecen las principales deficiencias de sus argumentos. Tanto al presentar las tesis de Bostrom como al criticarle mantendré el orden de su exposición.

Bostrom afirma (1) que las TMH no atentan contra la dignidad humana y (2) que los seres creados mediante su utilización son acreedores a esa dignidad. Para sostener estas tesis, primero presenta los argumentos contrarios que le parecen más consistentes y, a continuación, los critica. En este apartado expongo esos argumentos y las críticas de Bostrom. En el siguiente, ofrezco mis objeciones a las críticas que hace Bostrom.

1.— Los principales argumentos empleados para sostener que las TMH atentan contra la dignidad humana son dos.

1.a.— el ser humano se degrada a sí mismo cuando, en lugar de respetar su propia naturaleza biológica, trata de alterarla. Así lo sostiene, entre otros, Leon Kass, que fue Presidente del President’s Council on Bioethics (2000-2006) de los Estados Unidos y es uno de los expertos en bioética que de forma más temprana, crítica y profunda, insistió en que la pretensión de mejorar al ser humano mediante la tecnolo-

gía es una ofensa a su propia dignidad. Según Kass, el ser humano tiene el deber de respetar la propia naturaleza biológica, que ha recibido como un don.

1.b.— El intento de mejorar a los seres humanos producirá desigualdad y conflicto entre los seres humanos lo que, en definitiva, conducirá a la opresión de los “mejorados” sobre los “naturales”. Este es el principal argumento de George Annas, uno de los juristas biomédicos más destacados del mundo, contra las TMH. Para evitar este desenlace fatal, Annas propone la aprobación de una convención universal dirigida a prohibir tanto la clonación humana como las intervenciones genéticas que afecten a los futuros descendientes.

Frente a estos argumentos, Bostrom ofrece las siguientes objeciones.

1.a.— Las TMH no atentan contra la dignidad de quien las utiliza porque la dignidad humana no se apoya en la naturaleza biológica del ser humano. Bostrom critica a Kass con contundencia: “Los horrores de la naturaleza en general y de nuestra propia naturaleza en particular están tan documentados que llama la atención que alguien tan distinguido como Leon Kass todavía se apoye hoy en día en el concepto de naturaleza como guía de lo que es deseable y normativamente correcto”. Con esa visión de la naturaleza, Kass está bendiciendo la inquebrantable susceptibilidad del ser humano a la enfermedad, el asesinato, el engaño, el racismo... Por eso, más que atentar contra la dignidad humana, las TMH son las que pueden hacerla posible, al liberar al ser humano de todas las lacras de su propia naturaleza.

1.b.— Bostrom pone en duda que las intervenciones genéticas en la línea germinal, a las que se opone Annas, vayan a dar lugar a dos especies distintas. “Parece mucho más probable —sostiene— que se establezca una continuidad entre los individuos modificados o mejorados y entre los humanos no mejorados de la actualidad. El escenario en el que “los mejorados” formen un pacto para atacar a “los naturales” puede resultar excitante en la ciencia ficción pero no parece que vaya a ser el re-

sultado más plausible en la realidad”. Bostrom no niega que estos problemas puedan darse en algún caso hipotético, pero está convencido de que podrán ser atendidos con remedios sociales. Finalmente, entiende que una manera eficaz de conjurar esos riesgos consistiría en exigir que cualquier que pretendiese crear una forma superior de vida humana demostrara que esa nueva vida no va a tener tendencias psicopáticas sino, más bien, inclinaciones humanitarias.

2.- Entre los argumentos esgrimidos para negar a los seres humanos creados mediante las TMH la dignidad que se reconoce a los humanos actuales, Bostrom selecciona dos.

2.a.- En primer lugar se fija en Fukuyama quien, siguiendo una corriente filosófica multiseccular, afirma que todos los miembros de la especie humana, y sólo ellos, tienen un estatuto moral superior al del resto del mundo natural. Si para incluir en el círculo de los seres dignos a los posthumanos, negamos este principio acabaremos excluyendo de la consideración de seres dignos a buena parte de los humanos naturales.

2.b.- En segundo lugar, recuerda los argumentos de Jonas y Habermas. Para el primero el hecho de que unos padres elijan las características genéticas de sus futuros hijos resulta una suerte de dominio inadmisibles. Para Habermas las TMH atentan contra el orden social, en la medida en que rompen la simetría intergeneracional establecida por el hecho de que todos hemos sido concebidos de igual manera.

Bostrom contrargumenta con las siguientes razones:

2.a.- Frente a la posición de Fukuyama, que considera que el círculo de sujetos dignos es fija y la inclusión de unos supone la exclusión de otros, Bostrom apuesta por la idea del círculo moral que se expande, que lleva a incluir a los posthumanos entre los seres dignos, sin necesidad de excluir a algunos de los seres humanos naturales: “Tenemos que trabajar para crear estructuras sociales más inclusivas que proporcionen el reconocimiento moral

adecuado y los derechos legales a todos los que lo requieran, sean varones o mujeres, blancos o negros, carne o silicio”.

2.b.- A las objeciones de Jonas y Habermas responde Bostrom “que sería un error que una persona creyera que no tiene capacidad de elección sobre su propia vida sólo porque algunos (o todos) de sus genes hayan sido seleccionados por sus padres. Más bien tendrá mucha más capacidad de elección que si su constitución genética hubiera sido determinada por el azar. Es más, podrá disfrutar de mucha más capacidad de elección y autonomía en su vida si las modificaciones han sido dirigidas a incrementar el conjunto de sus capacidades básicas. Ser más saludable, inteligente, tener más talentos o más poder de auto-control son bendiciones que tienden a incrementar más que a bloquear los planes de vida”.

4. CRÍTICAS A BOSTROM

El artículo publicado en *Bioethics* tiene el doble interés de ofrecer una síntesis ordenada de los principales argumentos que se han esgrimido contra las TMH (así como de las objeciones que Bostrom les plantea) y, al mismo tiempo, un esbozo de lo que los transhumanistas entienden por dignidad. “La dignidad, en sentido moderno, consiste en lo que somos y en lo que podemos llegar a ser, no en nuestro pedigrí o en nuestros orígenes causales. Lo que somos no está en función sólo de nuestro ADN sino también de nuestro contexto tecnológico y social. La naturaleza humana, en su sentido más amplio, es dinámica, parcialmente configurada por el hombre, y mejorable”. En esta última parte del trabajo crítico, según el orden en que las presenta, las objeciones que hace Bostrom pues todas me parecen más o menos inconsistentes.

1.a.- Es inadmisibles que Bostrom sostenga que, con el concepto de naturaleza que defiende Kass, está aceptando todas las calamidades que asolan al ser humano. Quien defiende la medicina y la ética, como lo hace Kass, está

defendiendo justo lo contrario de lo que le imputa Bostrom. Para Kass la naturaleza biológica no es la norma que deba seguir el ser humano; al contrario, la naturaleza moral del ser humano es la norma a la que debe someterse la naturaleza biológica. Y entre sus exigencias está el deber de sanar pero no el de transformar al ser humano en algo sustancialmente distinto de lo que biológicamente es. Por eso, Kass defenderá la lucha contra los males físicos y morales presentes en la existencia humana, pero rechazará la empresa de crear seres mejores que los humanos. Para Bostrom la naturaleza biológica es una “esclava generosa” que el hombre puede manejar a su antojo. Y según él, para Kass sería una “severa madrastra” que impone al ser humano acarrear con todas las penalidades propias de la biología. Bostrom no comprende que Kass está manejando un concepto no naturalista de naturaleza.

1.b.– Los argumentos que Bostrom emplea para disipar las preocupaciones expresadas por Annas tampoco me parecen atendibles por su ingenuidad. En primer lugar, dice que lo normal es que se genere una variedad de tipos humanos más o menos mejorados que convivan pacíficamente. Si las diferencias que nos vienen dadas por la lotería genética ya son causa de división, ¿qué no sucederá con la aparición de una casta de seres supercapacitados? El hecho de que hayan sido mejorados, ¿no les puede fácilmente llevar a pensar que, por ser mejores, están más legitimados para definir el nuevo orden social? En segundo lugar, y más allá de cuál sea la percepción de sí mismos que tengan los seres mejorados, no se puede negar que nos encontraríamos ante seres sustancialmente distintos de nosotros. Por ello, es lógico que sus valores fundamentales sean distintos de los que nosotros tenemos. No es fácil que puedan compartir los mismos valores dos seres cuando uno de ellos tiene una perspectiva de vida de muchos centenares de años y el otro de menos de cien. Crear un mundo posthumano y, a continuación, pretender que se rija por los valores y derechos que, con no pocas dificultades, hemos acordado que fundamenten nuestras sociedades de humanos

naturales es bastante ingenuo. En tercer lugar, la pretensión de Bostrom de exigir que cualquier forma superior de vida humana que se cree sea humanitaria también da muestras de una notable ingenuidad. Si el sujeto creado es libre, nos encontraremos con un ser con unas capacidades superlativas que hará lo que libremente decida, para bien o para mal. Si se piensa en que se pueden programar sus tendencias, nos encontraremos ante una criatura a la que se le cercena o elimina, sin más, su libertad. Nos encontramos así con que la empresa que pretende ser la máxima expresión de la liberación humana acaba convertida en una suerte de adiestramiento de seres superpoderosos.

2.a.– Frente a Fukuyama, que atribuye el “factor X” de la dignidad sólo a los miembros de la especie humana, Bostrom entiende que el círculo de seres dignos tiene que ampliarse para incluir a los seres mejorados, aunque llegue un momento en que tengan ya poco que ver con los humanos tal como han existido hasta ahora. En este sentido, Bostrom se alinea con los utilitaristas, que abogan por ampliar el círculo de los seres dignos hasta incluir a determinadas especies animales, o incluso con los ecologistas, que defienden la igual dignidad de los seres animados e inanimados. La propuesta de Bostrom incluiría también a los posthumanos. Pero no dice qué criterio debe seguirse para distinguir entre lo que sería un simple objeto y un posthumano digno: por ejemplo, ¿a partir de qué momento un superordenador deja de ser un simple objeto y pasa a la consideración de sujeto digno?

Por otro lado, entiende que el temor de Fukuyama a que la inclusión de unos traiga consigo la exclusión de los humanos naturales menos capacitados (o discapacitados) le parece inconsistente. Pero no dice por qué. Y no estaría mal que lo hiciera porque los utilitaristas defienden que ciertos humanos no merecen una protección especial, y los ecologistas (profundos o radicales) amplían el círculo de moralidad a base de negar la excelencia moral a cada ser humano en particular. A Fukuyama le preocupa que nuevas formas de darwinismo social sean las que fijen el área que abarca el

círculo de los seres dignos. En un futuro en el que todos los seres humanos hayan podido ser objeto de mejoras tecnológicas, los “apotos” (por utilizar la terminología acuñada por Gattaca, la película de referencia en esta materia) podrían fácilmente pensar que los “no apotos” o naturales han decidido no dotarse de las cualidades esenciales para ser dignos y que, en consecuencia, han optado por la exclusión social. Pero Bostrom no dice nada al respecto.

2.b.— Bostrom entiende que la elección de los genes de los hijos por parte de los padres deberá siempre orientarse a mejorar sus capacidades, y niega que ello suponga, como cree Jonas, un ejercicio de dominio ante el que los hijos permanecerían indefensos. “Si, por alguna razón inescrutable, ellos (los hijos) decidieran que prefieren ser menos inteligentes, menos saludables y tener unas vidas más cortas, no les faltarían los medios para conseguir esos objetivos y frustrar nuestros designios. En todo caso, si la alternativa a la elección por parte de los padres de las capacidades de las nuevas generaciones está en confiar el bienestar del niño a la naturaleza, que es azar ciego, entonces los resultados estarán claros. Si la Madre naturaleza fuera un padre real, habría ido a la cárcel por abuso y asesinato de niños”.

De nuevo nos encontramos con que Bostrom no alcanza a ver que se pueda sostener un concepto normativo de naturaleza que no se identifique con la biología. Por eso, opta por reducirla a material biológico carente de significado, que se puede y debe manipular para alcanzar la completa emancipación de la humanidad. Bostrom considera que el mejoramiento humano no es sólo una opción sino un deber y que, por tanto, quienes se oponen a estas intervenciones son unos irresponsables.

No comprende que si los padres deciden los caracteres de los hijos, aunque sea con la mejor de sus intenciones, están imponiéndoles un ideal de (post)humanidad al que necesaria-

mente estarán sometidos durante toda su existencia. El padre que elige los caracteres genéticos de su hijo no consigue con ello el bien del hijo; simplemente proyecta sobre él sus sueños de perfección. Una cosa es que, si la tecnología está disponible y es segura, le evite enfermedades congénitas graves; otra, que lo quiera hacer más inteligente, más longevo, más fuerte y más saludable de lo que se considera conforme a la naturaleza humana. O, no digamos, que quiera hacerlo cualitativamente distinto de lo que ha sido el ser humano hasta ahora. Es difícil encontrar a quien se oponga a la ingesta suplementaria de Omega 3 durante el embarazo para potenciar el desarrollo físico y mental del bebé o incluso a las intervenciones genéticas germinales dirigidas a erradicar la hemofilia de una estirpe, en el caso de que llegaran a ser seguras. Pero sí existen resistencias serias y justificadas para aceptar aquellas intervenciones que, según los que así lo deciden, harían un ser humano mejor o incluso algo mejor que un ser humano.

5. CONCLUYENDO

Aunque no le he dicho hasta ahora, comparto con Bostrom el reconocimiento de la dignidad para los seres posthumanos: en principio los posthumanos no serán más que seres humanos con capacidades potenciadas al máximo o incluso con nuevas capacidades. Ahora bien, discrepo de él en dos puntos esenciales. Primero, crear seres posthumanos es un atentado contra su dignidad, entre otros argumentos por los que Bostrom trata de refutar, a mi entender sin éxito. Segundo, crear seres posthumanos contribuye decisivamente a romper la igualdad esencial entre todos los seres humanos. Pero más allá de estas diferencias, entiendo que Bostrom no se toma en serio las críticas al posthumanismo, o por lo menos no las refuta de forma solvente.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

El artículo sobre el que se centra el presente trabajo es

Bostrom, Nick, "In defense of posthuman dignity", *Bioethics*, Vol. 19, No. 3 (2005), pp. 202-214.

Algunas de las principales obras críticas sobre el mejoramiento humano y el posthumanismo, de las que se ocupa Bostrom, son:

Annas, George; Andrews, Lori; Isasi, Rosario, "Protecting the Endangered Human Species: Toward an International Treaty Prohibiting Cloning and Inheritable Alterations", *American Journal of Law and Medicine*, vol. 28 (2002), pp. 151-178.

Fukuyama, Francis, *El fin del hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica*, Ediciones B, Barcelona, 2002.

Habermas, Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Paidós, Barcelona, 2002.

Jonas, Hans, *Técnica, Medicina y Ética. La práctica del principio de responsabilidad*, Paidós, Barcelona, 1997.

Kass, Leon, *Life, Liberty and the Defense of Dignity. The Challenge for Bioethics*, Encounter, San Francisco, 2002.

Para introducirse en el mejoramiento humano a través de dos de sus más conspicuos defensores:

Harris, John, *Enhancing evolution. The Ethical Case for Making Better People*, Princeton University Press, Princeton, 2007.

Savulescu, Julian, *¿Decisiones peligrosas? Una bioética desafiante*, Tecnos, Madrid, 2012.

El filósofo del Derecho probablemente más influyente en la actualidad también se ha ocupado del mejoramiento humano:

Dworkin, Ronald, "Jugar a ser Dios: genes, clones y suerte", en Dworkin, Ronald, *Virtud Soberna. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003.

Una de las primeras obras que introdujo en España el debate sobre el posthumanismo fue:

Ballesteros, Jesús; Fernández, Encarnación (coords.), *Biotecnología y posthumanismo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

La referencia básica sobre Moral Enhancement es:

Thomas Douglas, "Moral Enhancement", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 25, n. 3 (2008), pp. 228-245.

Fecha recepción: 26 de febrero de 2012

Recibido con modificaciones: 10 de abril de 2012

Fecha aceptación: 26 de abril de 2012

THE PROMOTION OF TECHNOLOGICAL INNOVATION: AN ECONOMIC AND LEGAL CHALLENGE FOR BIO-PATENTS

RESUMEN

El sistema europeo de patentes ha respondido a la demanda de los investigadores y de los comercializadores de los productos en relación con la necesidad de una protección legal adecuada de las innovaciones biotecnológicas relacionadas en particular con plantas, animales y partes del cuerpo humano. No obstante, se ha subrayado la confusión legal en algunos casos sobre el propósito de la regulación (p. ej., sobre las células troncales embrionarias) y su aplicación extensiva a otros productos nuevos (productos y procedimientos biosintéticos). La protección penal de las vulneraciones de los derechos de propiedad industrial debe continuar sometida a los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad. Las últimas tendencias intentan explorar nuevas vías para lograr estimular la innovación y una adecuada distribución de los beneficios.

PALABRAS CLAVE

Derechos de propiedad industrial, biotecnologías (emergentes), derecho europeo de patentes, Oficina Europea de Patentes, Derecho penal, variedades vegetales, bienestar animal, células troncales embrionarias.

ABSTRACT

The European patents system has responded to the demand of commercial developers and researchers concerning the need for adequate legal protection for biotechnological innovations related primarily to plants, animals and parts of the human body. However, the legal confusion regarding the scope of the regulation in some cases (e.g. embryonic stem cells) and its extensive application to other new products (synthetic bio-products and processes) has been highlighted. The protection against the infringement of industrial property rights through criminal law must continue to be subjected to the principles of *ultima ratio* and subsidiarity. Last trends are trying to explore new ways to achieve innovation stimulation and an adequate sharing of benefits.

KEYWORDS

Industrial property rights (emerging) biotechnology, European Patent Law, European Patent Office, Criminal Law, vegetal varieties, animal welfare, embryonic stem cells.

LA PROMOCIÓN DE LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS, UN DESAFÍO ECONÓMICO Y JURÍDICO PARA LAS BIOPATENTES*

Carlos María Romeo Casabona**

Catedrático Derecho Penal
Universidad del País Vasco

Sumario: 1. La política europea de investigación e innovación ante una nueva agenda. A) Las respuestas de las instituciones europeas a los nuevos desafíos del desarrollo científico y la innovación. B) Acciones del Espacio Europeo de Investigación (ERA). 2. ¿Qué queda para el derecho de patentes ante las biotecnologías emergentes? A) Las dudas sobre la adecuación de la biopatente: críticas opuestas a la Directiva. B) Oposición a la normativa europea por parte de algunos Estados miembros. C) Razonamientos jurídicos frente a la biopatente. 3. La patente como vía de protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas: el marco normativo europeo. A) Los principios regulativos fundamentales. B) Previsiones sobre materias biológicas no humanas: animales y vegetales. C) El régimen específico sobre elementos del cuerpo humano. 4. El límite de orden público y de moralidad. A) Casos explícitos de exclusión de la patente. a) Exclusiones en relación con animales. b). Exclusiones en relación con el ser humano. a') La discusión previa sobre el alcance de la exclusión de la patente respecto a los embriones humanos. b') La interpretación vinculante de embrión del Tribunal de Justicia Europeo (caso Brüstle v. Greenpeace). B) Efectos de las cláusulas de exclusión de la patente. 5. ¿Hacia nuevas vertientes de la patente o a soluciones alternativas? 6. Conclusiones. Nota bibliográfica.

* El presente trabajo es un resultado parcial de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2008-00954/JUR1), y gracias también a la ayuda del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco para apoyar las actividades de grupos de investigación del sistema universitario vasco (Ref. IT-360-07).

** Catedrático de Derecho Penal, UPV/EHU. Director, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Bilbao, España.

1. LA POLÍTICA EUROPEA DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN ANTE UNA NUEVA AGENDA

En la situación europea actual resulta muy arriesgado señalar prioridades y calendarios en el ámbito de las políticas europeas sobre investigación científica e innovación. En efecto, Europa se halla inundada por una terrible crisis económica, que apenas ya esconde otra más profunda, de rango estructural y político, y de pronóstico todavía más incierto si nuestros líderes europeos no recobran el sentido común y el marco supranacional sobre el que deben discurrir.

El liderazgo mundial de la Unión Europea en investigación y desarrollo científico es uno de los objetivos centrales de las políticas de las instituciones europeas, y podría ser una realidad en un futuro próximo, aunque son muchas todavía las tareas que deben ser afrontadas y resueltas previamente para poder ser realmente competitivos con nuestros rivales en el sector. Sin embargo, se ha detectado que en el ámbito geográfico de la UE los recursos destinados a la investigación son muy inferiores a los de los países más directamente competidores (EEUU, Japón y China), si tomamos los recursos de los estados europeos y las aportaciones directas de la Comisión Europea de forma aislada, pero que nos sitúan ligeramente por debajo de los EEUU si consideramos todos estos conceptos de forma conjunta, esto es, el total de las aportaciones singulares de los 27 Estados junto con las propias de la Comisión Europea. La conclusión es que los recursos del espacio europeo se encuentran muy compartimentados e insuficientemente coordinados. Esta situación facilita la desconexión y falta de comunicación entre los investigadores, la división de los recursos y de los esfuerzos; en resumen, todos ellos son síntomas de pérdida de competitividad, de eficacia y de beneficios.

A) LAS RESPUESTAS DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS A LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL DESARROLLO CIENTÍFICO Y LA INNOVACIÓN

Ante esta situación, se han puesto en marcha en la UE diversas iniciativas, políticas, económicas, estructurales y jurídicas con el fin de lograr cambios cualitativos en su capacidad de innovación científica y tecnológica. A continuación voy a mencionar algunas de estas acciones, para centrarme después en las jurídicas que, como podrá comprobarse, radican ahora más en la interpretación y aplicación de los instrumentos jurídicos disponibles por parte de las agencias correspondientes, que giran en torno a la patente, que en la creación de otros nuevos. Esta breve incursión inicial nos facilitará derivar hacia un sector específico de las tecnologías emergentes, que en los últimos años ha demostrado su enorme potencialidad y, lo que ha despertado el interés de los inversores por ellas, mucho más que otros sectores más seguros y aparentemente más prometedores.

El Libro Verde sobre el Espacio Europeo de Investigación

La Comisión Europea adoptó ya en 2007 el “Libro Verde. El Espacio Europeo de Investigación: nuevas perspectivas”. En este documento se mantiene que el Espacio Europeo de Investigación (EEI, ERA en inglés) es más que nunca piedra angular de una sociedad europea del conocimiento; es decir, de una sociedad en la que la investigación, la educación, la formación y la innovación actúan con todo su potencial para cumplir las ambiciones económicas, sociales y medioambientales de la UE y las expectativas de sus ciudadanos. Se subraya que la comunidad científica, las empresas y los ciudadanos necesitan un EEI que reúna las siguientes características, fomentando para ello:

- *Una óptima circulación de investigadores competentes*, con elevados niveles de movilidad entre instituciones, disciplinas, sectores y países;

- *la disponibilidad de infraestructuras de investigación de categoría mundial*, integradas, conectadas en redes y accesibles para los equipos de investigación de toda Europa y del mundo, en concreto gracias a las nuevas generaciones de infraestructuras de comunicación electrónica;
- *la disponibilidad de instituciones de investigación excelentes* que desarrollen una labor efectiva de cooperación y asociación entre los sectores público y privado y que formen el núcleo de “grupos” de investigación e innovación que incluyan “comunidades virtuales de investigación”, especializadas principalmente en ámbitos interdisciplinarios y que atraigan una masa crítica de recursos humanos y financieros;
- *una puesta en común efectiva de los conocimientos*, especialmente entre la investigación pública y la industria, así como con el público en general;
- *una buena coordinación entre los programas y las prioridades de investigación*, incluido un volumen significativo de inversión en investigación pública programada conjuntamente a nivel europeo y que implique prioridades comunes.

B) ACCIONES DEL ESPACIO EUROPEO DE INVESTIGACIÓN (ERA)

Por otro lado, se han fijado varias iniciativas inmediatas por parte del Espacio Europeo de Investigación para el tiempo en curso: a) Asociación Europea de investigadores; b) Programación conjunta de la investigación; c) Infraestructuras para la investigación (marco legal); d) Cooperación internacional en ciencia y tecnología; e) Transferencia de conocimiento y gestión de las patentes. alguna de estas iniciativas merece un breve comentario.

Infraestructuras para la investigación

El Foro Europeo de Estrategias sobre Infraestructuras de Investigación (ESFRI) ya

estableció en 2006 una hoja de ruta sobre infraestructuras de investigación de interés paneuropeo y de excelencia científica. Contamos con algunos ejemplos de estas infraestructuras terminadas o en fase de construcción, como son el *Square Kilometer Array* (SKA) en el área de Astronomía, el *European Spallation Source* (ESS), en el área de Física, el *Clinical Trials Network* (ECRIN), en el área de las Ciencias de la vida, *Infraestructuras para biodiversidad* (Life Watch), en relación con las Ciencias medioambientales, y el *Survey of Health, Ageing and Retirement in Europe* (SHARE), en Ciencias sociales y Humanas. También el *International Thermonuclear Experimental Reactor* (ITER) ha sido una apuesta muy cuidada, sin perjuicio de las críticas que ha recibido sobre su alto coste y su dudosa eficacia a corto y hasta medio plazo.

La Junta Asesora del Espacio Europeo de Investigación (ERAB)

En 2008 el Comisario Europeo de Investigación nombró un grupo de especialistas europeos en el campo de la universidad, la investigación y la empresa con el fin de que asesorara a la Comisión sobre las grandes líneas de las políticas comunitarias en ciencia e investigación e innovación a medio y largo plazo. Como órgano consultivo, el ERAB se ha esforzado en esbozar y concretar una visión del futuro de la investigación en Europa y de proponer formas de materializarla. Así, conceptos como “Ciencia abierta” e “Innovación abierta” pretenden marcar una mayor potenciación y diseminación de la investigación y de sus resultados. También merece atención especial la creación de grupos y centros intereuropeos de investigación, lo que lleva consigo establecer un auténtico espacio único de movilidad territorial para los investigadores y los que se hallan en período de formación.

El ERAB ha dado a conocer sus posiciones en numerosos documentos, algunos de los cuales han generado una gran expectación, bien que al final sean determinantes las decisiones que se adopten sobre estas propuestas.

Transferencia de conocimiento y gestión de las patentes

La transferencia y la diseminación del conocimiento constituyen políticas prioritarias para las autoridades comunitarias, lo que requiere que tales medidas se adopten de acuerdo con políticas de transferencia del conocimiento previamente evaluadas y en un marco legal que proteja de forma adecuada los resultados de la investigación científica. Este conjunto de acciones promotoras de la investigación científica y de la innovación tecnológica han de aportar resultados abundantes; por lo que disponer de un instrumental jurídico adecuado para su protección y su promoción es irrenunciable, y esta parece ser que continúa siendo la patente.

Por fin, se ha dado luz verde a la patente europea (de la UE), como patente única aunque, como sabemos, no se haya dado cabida al español como idioma oficial, junto con el inglés, el alemán y el francés para el registro de la patente, a la vista de nuestros pobres resultados en patentes registradas. La oposición de varios gobiernos ha exigido recurrir a la fórmula prevista por el derecho de la UE, de la “cooperación reforzada”.

Puesto que ha sido en relación con las innovaciones biotecnológicas donde la patente ha experimentado una adaptación y transformación más profundas, y puesto que para algunos en la actualidad se ha convertido en un instrumento jurídico insuficiente, a la vista de las necesidades actuales o inmediatas, voy a centrar mi atención a continuación en la biopatente, la cual, por lo demás, no ha estado exenta de un intenso debate sobre si no ha supuesto una ruptura de la estructura básica de este instrumento jurídico.

2. ¿QUÉ QUEDA PARA EL DERECHO DE PATENTES ANTE LAS BIOTECNOLOGÍAS EMERGENTES?

Antes de plantearnos lo acertado o desacertado de recurrir a la patente como instrumento

jurídico para proteger las innovaciones biotecnológicas y de acercarnos a las objeciones a las que ha dado lugar esta opción, debemos definir qué se entiende en la actualidad por patente y qué funciones específicas satisface.

La patente de invención es un instrumento jurídico a través de la cual se pretende estimular la investigación científica y el progreso tecnológico. Este objetivo se logra por medio del reconocimiento de unas facultades jurídicas específicas sobre las invenciones, dándoles una particular protección, precisamente a través de la figura de la patente.

Como veremos más adelante, las invenciones biotecnológicas, a pesar de referirse a organismos vivos, son patentables.

Los requisitos clásicos exigidos para la patentabilidad son los siguientes:

- a) ha de tratarse de invenciones que son nuevas (objeto, procedimiento o técnica antes inexistente: originalidad);
- b) han de comportar realmente una invención, esto es, un avance inventivo respecto a la situación anterior (no deben ser obvias o evidentes); y, por último,
- c) han de tener una utilidad aplicativa o aplicación industrial (utilidad práctica, como oposición a simple mérito estético o intelectual, que puede ser protegidos por medio de los derechos de autor: propiedad intelectual).

La patentabilidad comporta, además, que el objeto de la invención pueda ser reproducido o repetido por un tercero —un experto medio— a partir de la documentación presentada por quien reivindica la patente.

La patente puede reivindicarse respecto a productos o a procedimientos, y pueden reconocerse patentes derivadas. La patente reconoce al inventor de una invención patentable un derecho exclusivo, de monopolio sobre el invento, tanto para su explotación comercial directa como a través de terceros, durante un tiempo limitado (veinte años). Este derecho es transmisible a los herederos hasta agotar el referido plazo temporal. De este modo, se fa-

vorecen las actividades de los investigadores, puesto que gracias al monopolio de explotación del invento patentado se puede rentabilizar lo invertido —intelectual y económicamente— en las mismas y transformar sus resultados en productos o procesos comercializables, permitiendo la obtención de retornos de los fondos empleados, los cuales son a su vez susceptibles de destinarse a nuevos proyectos de investigación.

Como contrapartida a la concesión de este monopolio al inventor o a sus causahabientes en recompensa por el esfuerzo investigador realizado, el contenido de las invenciones biotecnológicas —como de cualesquiera otras— ha de ser hecho público, lo que facilitará su explotación por terceros, pues ésta pasa a ser libre cuando finaliza el plazo por el que se concede el derecho de exclusiva. De este modo, se dice que se enriquece el patrimonio tecnológico de la sociedad.

En resumen, la protección jurídica de la invención se fortalece mediante la figura de la patente, puesto que ésta confiere a su titular un derecho excluyente de propiedad industrial, de modo que podrá no sólo explotar la invención patentada, sino que también puede impedir a cualquier tercero que no cuente con su consentimiento la fabricación, el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización de un producto objeto de la patente o la importación o posesión del mismo para alguno de los fines mencionados.

Si bien es cierto que la patente contribuye a incentivar la actividad investigadora y la creatividad inventiva, también la exigencia de unos requisitos o límites respecto a su concesión aporta otros efectos positivos. Así, por ejemplo, el hecho de que el expediente de la patente sea público la convierte en un valioso instrumento para garantizar desde su marco legal la seguridad alimentaria, pues el proceso de producción de nuevos alimentos puede ser controlado a través de la información que se pone a disposición del público. Por otro lado, el hecho de que se excluyan de la patentabilidad las variedades vegetales y las razas animales comporta también un factor indirecto para

garantizar la biodiversidad, al no poder ser éstas objeto de apropiación y de explotación exclusiva. Finalmente, la exclusión de patentabilidad de productos o procedimientos que sean contrarios al orden público o a la moralidad, aparte de otras consecuencias, comporta una desincentivación de la investigación sobre productos o procedimientos que pueden merecer semejante tacha, pues en el fondo son contrarios a los valores más compartidos en la sociedad.

Incluso algunas conductas infractoras de los derechos de propiedad industrial pueden dar lugar a la comisión de un delito, con la responsabilidad penal correspondiente. En estos casos, la legislación de patentes se convierte en cierta medida en la norma que va a completar la descripción de la infracción penal, convirtiéndose así esta última en “ley penal en blanco”, pues se remite implícitamente a la primera¹. El Derecho penal protege así el bien jurídico en el que se integra la patente, es decir, la propiedad industrial, que encarna una parte importante de la actividad económica empresarial orientada a la explotación comercial de productos y procedimientos patentados. En estas materias debe subyugarse la observancia de los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad del Derecho Penal.

Por otro lado, algunas conductas relacionadas con situaciones en las que se excluye la protección jurídica del producto o procedimiento a través de la patente por ser contrarias al orden público o a la moralidad, pueden constituir, asimismo, delito, aunque ésta no es una consecuencia necesaria de la anterior. Así, puede ser delito la creación de embriones humanos con fines de investigación científica, y su resultado, como se verá más abajo, no es patentable por el motivo indicado².

De acuerdo con el Convenio Europeo de Patentes de 1973: “Las patentes europeas serán concedidas para cualquier invención que sea susceptible de aplicación industrial, que sea nueva y que implique un avance inventivo” (art. 52.1). Como puede comprobarse, en este precepto se recogen las características exigibles para que sea aprobada una patente. La duda

que quedaba con esta regulación era su compatibilidad con la patentabilidad de la materia viva, tanto de origen vegetal y animal como humano.

La importante Directiva Europea sobre la "Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas"³ despejó esta duda en sentido favorable, bajo las condiciones que se mencionarán más abajo. Al igual que ha sucedido con otras normas europeas de carácter prioritario respecto al Derecho interno de los Estados miembros de la UE, esta Directiva fue sometida a una transposición por parte de aquéllos con el fin de adaptar a la misma las respectivas legislaciones sobre patentes, aunque en este caso no fue un proceso pacífico. Por su parte, el Convenio Europeo sobre la Patente de 1973 fue también revisado en 1999 para adaptarlo al nuevo régimen legal establecido por la Directiva.

La legislación española se basa fundamentalmente tanto en el Convenio Europeo de la Patente, en su marco general, como en la Directiva Europea en lo que se refiere de forma específica a las patentes biotecnológicas, regulación que, por lo demás, se ha incorporado al Convenio, según se indicó más arriba⁴.

A) LAS DUDAS SOBRE LA ADECUACIÓN DE LA BIOPATENTE: CRÍTICAS OPUESTAS A LA DIRECTIVA

La opción de la UE por la patente como instrumento jurídico más adecuado para la protección de las innovaciones biotecnológicas no fue aceptada de forma pacífica, pues inicialmente varios Estados miembros la rechazaron e incluso varios llegaron a impugnarla ante el Tribunal Europeo de Justicia. Si bien, como veremos, la decisión jurisdiccional fue entonces completamente favorable a los planteamientos de la Directiva, particularmente los competenciales, más recientemente se ha tenido que pronunciar para dirimir una discusión relativa al alcance de la patentabilidad que reconoce, en concreto en relación con los embriones. También nos ocuparemos de esta cuestión, pero en otro lugar.

B) OPOSICIÓN A LA NORMATIVA EUROPEA POR PARTE DE ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS

Todos los Estados miembros de la UE han traspuesto la Directiva 98/44/CE en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, aunque inicialmente no hubo una especial diligencia en hacerlo. Por otra parte, no hubo unanimidad entre los Estados respecto a la aceptación de la Directiva, una vez aprobada por los órganos competentes de la UE. Mencionaré los casos más notables.

En Francia, el Comité Consultivo Nacional de Ética sobre Ciencias de la Vida y de la Salud se pronunció abiertamente contrario a la incorporación de la Directiva a la legislación francesa (la entonces vigente Ley de 29 de julio de 1994), pues entendía que en aquellos momentos la Directiva era ambigua y no ayudaría a clarificar la posición de los investigadores. El prestigioso Comité francés abogaba por un debate público antes de alejarse de los principios que inspiran a la legislación francesa, a saber: el conocimiento de la secuencia de un gen no puede ser asimilado en ningún caso a un producto inventado, y por tanto no es patentable. Su utilización, como la de todo conocimiento, bien común de la humanidad, no puede estar limitada por la existencia de patentes, que buscarían en nombre del derecho de propiedad industrial proteger la exclusividad de tal conocimiento. Es decir, el Comité francés propugnaba en su *Avis* la libertad de acceso al conocimiento de los genes o partes de ellos. Sin embargo, esta solución jurídica tampoco sería pacífica, puesto que alguna empresa privada del consorcio que hizo pública la conclusión del mapa del genoma humano renunció a la patente de las partes del mapa obtenidas por ella, pero no a venderlas como información comercial a quienes pudieran conseguir un beneficio económico a partir de las investigaciones que hubieran realizado con ellas. Es cierto que los dictámenes del referido Comité no son vinculantes, y que al parecer el Gobierno francés había iniciado ya el proceso de transposición (lo que finalmente se hizo en la Ley de 2004), pero no es menos cierto que

sus dictámenes reflejan un estado de opinión muy influyente en Francia y por lo general muy respetado.

Otra postura de rechazo del régimen legal europeo sobre biopatentes está reflejada por el recurso interpuesto por varios Estados miembros de la UE ante el Tribunal Europeo. Se trata de un recurso de anulación presentado en octubre de 1998 por el Reino de los Países Bajos contra la Directiva 44/98/CE. Poco después (diciembre de 1998), el Gobierno italiano presentó un recurso de anulación similar; así como el noruego, si bien este incurrió en defectos procedimentales que dieron lugar a que éste último no prosperara. Los argumentos del primer recurso se fundaban en varios aspectos. Podría destacarse aquí el argumento del Estado demandante de que la Directiva atentaría contra derechos fundamentales: contra la dignidad humana, por permitir la patente de material de origen humano; además, no se habría establecido ninguna previsión en relación con el receptor de materia tratada biotecnológicamente; lo que atentaría contra el principio de libre determinación de los pacientes.

El Tribunal de Justicia Europeo se pronunció sobre esta demanda, que rechazó en todos y cada uno de sus términos⁵. Algunos de los argumentos más relevantes de esta sentencia fueron los siguientes: las prescripciones de la Directiva no implican la creación de un nuevo derecho, pues se trata de patentes nacionales para las que es aplicable el procedimiento y el derecho nacionales; la Directiva era el único medio de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, a la vista de las divergencias legislativas de los Estados miembros en esta materia; por tanto, no se vulnera el principio de subsidiariedad; la Directiva no supone una violación del respeto de la dignidad humana, pues limita la patente de forma suficiente como para que el cuerpo humano permanezca efectivamente indisponible e inalienable, por ejemplo, al excluir de la patente el cuerpo humano y sus partes en los diferentes estadios de su constitución y desarrollo, y al considerar ciertos procedimientos expresamente contra-

rios al orden público y a la moralidad, y por ello no patentables.

C) RAZONAMIENTOS JURÍDICOS FRENTE A LA BIOPATENTE

A pesar de que aparentemente el proceso de regulación uniforme de la protección de las invenciones biotecnológicas en la por entonces Europa comunitaria estaba ya cerrado desde que se aprobó la Directiva por parte de las instituciones correspondientes, no es esta la verdadera situación, pues se suscitaban algunas críticas importantes al régimen de patentes que se ha instaurado. He aquí algunas:

Una primera crítica que se vertió de forma general a la regulación europea radica en que no hubo una reflexión suficiente para ordenar mejor lo que puede ser patentable y lo que no. Esto se refleja en la confusión existente en relación con la patente de células troncales embrionarias modificadas; cuestión sobre la que se ha pronunciado el TJE, sin que, no obstante, pueda decirse que se haya cerrado por completo. O, en un marco espacial más amplio, la patente concedida sobre vegetales con propiedades medicinales.

También se censuró que la Directiva ha excluido de su articulado la exigencia del consentimiento de las personas de las que provienen muestras biológicas a partir de las cuales se obtiene un invento patentable. Sin querer entrar en lo acertado o no de este requerimiento —aunque quiero apuntar al menos que es una cuestión que debería ser tenida en cuenta—, lo cierto es que no parece una materia propia de la patente y que, en consecuencia, deba ser resuelta por el Derecho de propiedad industrial.

Probablemente uno de los argumentos de mayor peso, que tampoco parece cerrado, consiste en que los genes y sus partes (las secuencias de ADN), incluso aunque hayan sido aislados en el laboratorio, esencialmente contienen y revelan información, y ésta es lo que realmente interesa como objeto de una posible explotación económica. Esta información ya existe en la naturaleza, se recuerda, por lo

que desde este punto de vista sería un descubrimiento y no un invento. Pero la más grave consecuencia para quienes sustentan esta crítica es que la solución favorable a la patente en relación con la mera información estaría perjudicando la investigación. Como se verá más abajo, se ha reavivado la discusión sobre si, por este motivo, debe aceptarse o no la patente, en particular a partir de un caso juzgado en los EEUU.

Fuera del estricto ámbito jurídico, se ha criticado también que algunos inventos patentados en materia de salud son ya un reflejo de las desigualdades de acceso a los mismos, pues están dando lugar a derechos económicos que son tildados de desorbitados por algunos sectores (p. ej., el caso de los productos diagnósticos de predisposición al cáncer de mama en el Reino Unido).

Veamos, por consiguiente, en qué han consistido los puntos clave en los que se sustenta la patente de las innovaciones biotecnológicas.

3. LA PATENTE COMO VÍA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS INNOVACIONES BIOTECNOLÓGICAS: EL MARCO NORMATIVO EUROPEO

A) LOS PRINCIPIOS REGULATIVOS FUNDAMENTALES

A las numerosas conjeturas que planteaba esta materia, la regulación europea vigente ha dado como respuesta general que las biotecnologías serán protegidas jurídicamente, de forma principal o exclusiva, a través de la patente. En último extremo, se ha descartado cualquier otra solución jurídica distinta a la patente, estableciendo los aspectos relevantes que diferencian un descubrimiento de una invención, que, como se ha podido comprobar, era uno de los puntos más controvertidos en torno a los argumentos favorables o contrarios a la patente.

Por otro lado, en la EM se proclama que no se pretende tampoco sustituir el régimen general existente en cada país sobre patentes, sino que el punto de partida continúa siendo la regulación básica y general de patentes existente (considerando nº 8). Sin embargo, sí se ha tenido muchísimo interés en puntualizar que debe demostrarse, en todo caso, que la presunta novedad o innovación biotecnológica cumple todos y cada uno de los requisitos tradicionalmente reconocidos a la patente. Y, en concreto, se insiste expresamente, tanto en los considerandos de la EM de la Directiva (considerando nº 22), como en su articulado (arts. 3.1 y 5.3), en que quien presente la solicitud de la patente debe demostrar fehacientemente la aplicación industrial del producto biotecnológico; es decir, su utilidad debe estar plenamente definida y claramente expuesta, si bien es cierto que la Directiva flexibiliza el entendimiento de los otros dos requisitos de la patente (invenciones nuevas y no obvias) cuando se trata de la Biotecnología.

También ha preocupado mucho aclarar lo más nítidamente posible qué puede ser patentable o no en materia biotecnológica, sobre todo en relación con elementos biológicos humanos o cuando está implicado de algún modo el cuerpo humano (art. 5); pero también cuando se ven afectados animales o vegetales (arts. 2 y 4).

Esta reiterada preocupación por la claridad conceptual explica que, inusualmente, la EM conste de cincuenta y seis considerandos, mientras que la parte dispositiva esté constituida tan sólo por dieciocho artículos. Es decir, ha preocupado más aclarar qué se pretende regular y con qué sentido o alcance, que la regulación misma.

En síntesis, ¿cuál es el marco normativo europeo que establece la Directiva para la protección de las invenciones biotecnológicas? Explícitamente se remite al Derecho nacional de patentes de los Estados, sin perjuicio de las adaptaciones necesarias a lo que dispone la Directiva (art. 1º). Por consiguiente, de acuerdo con esta prescripción en el derecho de patentes debe situarse el marco jurídico adecuado para

la protección de las invenciones biotecnológicas, esto es, de las invenciones que comporten la manipulación de la materia viva, sea ésta vegetal, animal o humana.

Se declara como principio general que son patentables los productos que estén compuestos o contengan materia biológica o los procedimientos mediante los cuales se produzca, transforme o utilice la materia biológica, siempre que concurren los requisitos tradicionales de la patente: las invenciones nuevas que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial (art. 3.1). En consecuencia, es patentable la materia biológica aislada de su entorno natural, o que haya sido producida por medio de un procedimiento técnico, incluso aunque ya exista anteriormente en estado natural (art. 3.2).

En este precepto acabado de citar radica la orientación nuclear de la Directiva en relación con la patentabilidad de animales y vegetales, así como de genes humanos o de partes de ellos, pues se admite tal posibilidad en las condiciones acabadas de apuntar, lo que no impide que se haya querido aclarar todavía de forma más específica, según vamos a comprobar a continuación.

B) PREVISIONES SOBRE MATERIAS BIOLÓGICAS NO HUMANAS: ANIMALES Y VEGETALES

El objeto de la Directiva no se limita a los componentes biológicos de origen humano, y por ello son patentables asimismo las invenciones que tengan por objeto vegetales o animales, si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal o a una raza animal determinada (art. 4.2), lo cual sí estaría excluido; es decir, la patente de las variedades vegetales y las razas de animales, así como los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales (art. 4.1), como es sabido, siguiendo la tradición jurídica en esta materia.

De acuerdo con la Directiva, son patentables también los procedimientos microbiológicos,

o cualquier otro procedimiento técnico, o un producto obtenido a través de dichos procedimientos (art. 4.3). Esta solución tampoco constituye una novedad, porque antes de ser aprobada la Directiva ya se había aceptado su patentabilidad. Sin embargo, este reconocimiento no deja de constituir, al menos formalmente, una excepción a la exclusión de la patente de los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales —o de animales— (art. 4.1, b). La explicación de este régimen se encuentra en que, una vez obtenido un microorganismo, éste es capaz de autorreplicación o autorreproducción natural rápida y abundante.

Como efecto de este régimen normativo más flexible, la Oficina Europea de Patentes (OEP) ha admitido la patente de animales transgénicos (como el oncorratón de Harvard, que fue el primer caso de patente animal en 1988 por la Oficina de Patentes y Marcas de los EEUU, USPTO), frente a la oposición a la misma basada por los oponentes en que esta patente sería contraria al art. 53.a del Convenio Europeo de Patentes (que excluye la patente de productos contrarios a la moralidad o el orden público)⁶. También se ha reconocido la patente de vegetales, en concreto diversas variedades de maíz, de soja y plantas medicinales.

Otro aspecto que dio lugar a preocupación, esta vez por parte de los agricultores, era el peligro de que éstos se volvieran dependientes de las grandes empresas de semillas y de ganado mejorados por procedimientos genéticos, de modo que para cada nueva siembra o período reproductivo tuvieran que adquirir onerosamente los productos correspondientes patentados (p. ej., semillas o animales de cría) o pagar un canon o cualquier otra clase de contraprestación económica a dichas empresas, con el consiguiente encarecimiento del coste de sus explotaciones agropecuarias. Este temor se ha querido resolver con el llamado “privilegio del agricultor”, conforme al cual éste podrá reservar una parte de las semillas de su cosecha para siembras posteriores en su propia explotación, y del mismo modo si se trata

de otros productos, como el ganado o materiales de reproducción animal (art. 11).

C) EL RÉGIMEN ESPECÍFICO SOBRE ELEMENTOS DEL CUERPO HUMANO

Por lo que se refiere a la materia biológica humana, se señala expresamente que podrá considerarse como una invención patentable “un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen [...], aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural” (art. 5.2). En todo caso, se insiste en que deberá figurar explícitamente en la solicitud de la patente la aplicación industrial de una secuencia o de una secuencia parcial de un gen (art. 5.3).

Por el contrario, no podrán constituir invenciones patentables el cuerpo humano en los diferentes estadios de su constitución y de su desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen (art. 5.1).

La OEP admitió, incluso antes de ser aprobada la Directiva 98/44/CE, la patente de alguna proteína humana (p. ej., la hormona relaxina)⁷.

En cuanto a las condiciones de patentabilidad expuestas, se sigue discutiendo si la secuenciación de un gen o de parte de él aislada en el laboratorio u obtenida por otro procedimiento técnico constituye realmente una actividad inventiva. En efecto, se insiste a este respecto que un gen o una fracción funcional de ADN pueden identificarse con una molécula química, pero persiste una diferencia esencial, que radica en que lo que realmente interesa de esa molécula es la información genética de la que es portadora y no su soporte en cuanto tal; si la estructura de esa información “es idéntica a la de un elemento natural, nos encontramos ante un descubrimiento y no ante una invención”. Por consiguiente, frente a la posición de la Directiva, según la opinión contraria la reproducción por un procedimiento técnico o el

aislamiento de esa información no constituiría una actividad inventiva, presupuesto irrenunciable para reconocer la patente, sin perjuicio de que sí pueda serlo el procedimiento técnico de reproducción o de aislamiento del elemento del cuerpo humano (la secuencia de ADN).

Esta discusión no está todavía cerrada. En efecto, en 1998 la USPTO admitió la patente de dos genes humanos responsables del cáncer de mama y de ovario en la mujer (BRCA1 y BRCA2), cuya detección precoz permite prevenir dicho cáncer con un nivel elevado de eficacia. Sin embargo, un juzgado de distrito norteamericano anuló la patente de ambos genes, porque se entiende que la mera purificación de estos genes no modifica por sí sola una característica esencial del ADN; es decir, su secuencia de nucleótidos⁸; precisamente la capacidad de detectar mutaciones en estos genes y la susceptibilidad a desarrollar un cáncer por parte de las pacientes depende de que sus características esenciales permanezcan inalteradas. Por consiguiente, no es algo distinto de lo que existe en la naturaleza. Pero en 2011, la instancia superior —el tribunal de apelación de Nueva York—⁹ ha vuelto en parte a sostener la situación anterior, al reconocer en su reciente sentencia la patente objeto de discusión, pero advirtiendo que ésta no alcanzaría a los análisis de secuencias genéticas realizados para determinar la predisposición de las pacientes en relación con estas enfermedades.

Con estas últimas decisiones la discusión acaba de reanudarse, y nadie ignora la gran trascendencia que puede tener desde muy diversos puntos de vista (clínicos, éticos, legales, económicos).

4. EL LÍMITE DE ORDEN PÚBLICO Y DE MORALIDAD

Con independencia de que puedan concurrir o no los requisitos de la patente, el sistema europeo excluye del marco jurídico de la misma las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad

(art. 6.1). Es una cláusula excluyente que ya aparecía recogida en la normativa convencional europea anterior (el CPE de 1973) y que ha sido renovada de acuerdo con la regulación introducida por la Directiva. Sin embargo, en realidad nunca ha llegado a ser aplicada, ni por la OEP, ni por ningún otro tribunal nacional del territorio de la UE, a salvo de lo que se indicará más abajo. Tal falta de aplicación responde tanto a razones pragmáticas consecuentes de una evolución flexibilizadora respecto a la concesión de las patentes, como a la dificultad misma de su aplicación, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido es siempre de arduo desentrañamiento.

A) CASOS EXPLÍCITOS DE EXCLUSIÓN DE LA PATENTE

Los casos de exclusión de la patente que se mencionan de forma explícita en la Directiva no constituyen una lista cerrada sobre los límites de la patente por razones de orden público o moralidad, sino únicamente la mención de unos supuestos, a modo de ejemplo, los cuales constituyen supuestos evidentes de contravención de tales principios limitadores.

a) Exclusiones en relación con animales

Por lo que se refiere a los animales, no se concederá la patente respecto a aquellos procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan, para los propios animales, sufrimientos o perjuicios físicos, sin utilidad sustancial para el hombre o el animal, ni tampoco los animales resultantes de tales procedimientos (art. 6.2, d).

b) Exclusiones en relación con el ser humano

De todos modos, como proyección o concreción de esta cláusula general de exclusión, se mencionan expresamente algunos supuestos de exclusión. Así, en relación con el material biológico humano se excluyen los procedimientos de clonación reproductiva de seres

humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y los métodos en los que se utilicen embriones humanos (art. 6.2, a, b y c).

Probablemente el caso que ha generado más controversia sobre la exclusión o no de la patente en virtud de la aplicabilidad de algunos de los supuestos de exclusión señalados se refiere a la patente de células troncales humanas embrionarias. En efecto, a la escasa precisión de la Directiva en relación con esta posibilidad, se añade alguna decisión poco meditada de la OEP —que tuvo que rectificar con posterioridad— y la existencia de potentes grupos de investigación dedicados a la obtención de nuevas terapias con estas células (transferencia de las mismas una vez diferenciadas en el laboratorio), que dar buenos resultados comportarían la obtención de incalculables beneficios económicos gracias al instrumento jurídico de la patente.

Recientemente, una sentencia del TJE ha despejado la cuestión por el momento pues, aunque ha establecido una interpretación vinculante sobre la definición de embrión, ha dejado la cuestión abierta respecto a si puede considerarse o no un embrión a las células troncales embrionarias.

a') *La discusión previa sobre el alcance de la exclusión de la patente respecto a los embriones humanos*

En efecto, se ha planteado la cuestión de si la exclusión de la patente relativa a los métodos en los que se utilicen embriones humanos incluye el uso de células troncales embrionarias pues, si bien es indudable el origen de estas células en embriones humanos, de los que son extraídas aquellas, el procesamiento posterior de las mismas en el laboratorio no comporta ya el uso de embriones en cuanto tales, sino tan sólo de células separadas de estos últimos. Sin embargo, conforme a otro criterio interpretativo de esta cláusula, en este caso relevante, al tener su origen en la OEP¹⁰, el hecho de que por lo general la obtención de las células troncales implica la destrucción del embrión

correspondiente significa también que se estarían utilizando embriones, lo que sería razón para excluir la patente. Finalmente, respecto a si en concreto el mero uso de células embrionarias cae bajo la cláusula de exclusión, a la luz de su origen se argumenta que sólo el uso de células troncales totipotentes caería bajo el régimen de exclusión, dada su capacidad de dar lugar a un ser completo; por tanto, también a un embrión humano; esto no ocurriría con las células multipotentes y pluripotentes, que no gozan de esa capacidad.

La tendencia que se va extendiendo, por lo demás sin ninguna base legal sólida (pero lo mismo puede decirse respecto a las demás posiciones interpretativas mencionadas), es la de considerar que este caso no está incluido en la causa de exclusión de la patente mencionada y por ello debería reconocerse la patente a las células troncales derivadas y modificadas en el laboratorio.

Por otro lado, en el marco de los Estados miembros de la UE se abren diversas tendencias. Así, el Tribunal Federal Alemán de la Patente (2006) ha declarado que no es susceptible de patente ningún producto obtenido a partir de tejido humano, restricción que parece ir más allá incluso de la regulación europea.

Finalmente, es conocido el caso de la “patente de Edimburgo”, conforme a la cual se concedió la patente respecto a la modificación genética de células troncales de mamíferos con el fin de dotarles de una ventaja de supervivencia frente a otras células diferenciadas no deseadas (1999); al no especificar que se trataba de mamíferos no humanos, pues en inglés la palabra mamíferos se utiliza en sentido genérico, abarcando también a los humanos si no se especifica otra cosa, podía entenderse que la patente podría extenderse también a los humanos; lo que era contrario a la cláusula de orden público y provocó la impugnación de la patente ante la OEP. Después de un largo proceso, la OEP mantuvo dicha patente con enmiendas, con el fin de restringir el alcance indicado.

La discusión penal en este punto gira en torno a si debe estar prohibida y, en su caso, constituir delito, la creación de embriones humanos con fines de investigación; así como si es permisible la utilización de células troncales procedentes de embriones humanos supernumerarios o sobrantes de las técnicas de reproducción asistida. El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina prohíbe lo primero (art. 18.2) y deja a la discreción de los Estados lo segundo, siempre que, en este último caso, se autorice formalmente mediante una ley (art. 18.1). También se ha planteado la posibilidad de la clonación para crear clones para obtener de ellos células troncales para investigación. En los derechos internos de los Estados miembros de la UE hay posiciones muy diferentes. Así, en España el CP considera delito la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes de la procreación (art. 161.2); la legislación no penal permite la técnica de la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear con fines de investigación, siempre que se cumplan ciertas condiciones¹¹.

b') La interpretación vinculante de embrión del Tribunal de Justicia Europeo (caso Brüstle v. Greenpeace)

Recientemente, el Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) ha establecido una interpretación vinculante para todos los Estados miembros sobre la cláusula de exclusión de la patente en los procedimientos en los que se utilicen embriones humanos¹². Dicha interpretación ha sido establecida por el tribunal en los siguientes términos:

“1) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que:

– Constituye un «embrión humano» todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no

fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.

– Corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto constituye un «embrión humano» en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44.

2) La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

3) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos.”

Como puede comprenderse, es previsible que esta sentencia tenga repercusiones directas en las biotecnologías emergentes, y está abierta a una previsible e intensa polémica en el sector. Veamos muy brevemente su significado a la luz de la Directiva, la cual habría establecido ya los criterios de la sentencia del TJE y este, si ha sido fiel a la misma, no habría hecho más que destacar y aclarar.

Por de pronto, puede ser objeto de discusión el concepto muy amplio de embrión humano que se utiliza; es decir, incluir también el óvulo humano no fecundado al que se han aplicado las técnicas de transferencia nuclear o de partenogénesis, sin esperar a comprobar si ese óvulo inicia el proceso de división celular y se estabiliza en sus primeras fases, que es como se ha venido entendiendo de forma general, a la luz de la relevancia que indican los cien-

tíficos que tiene el aseguramiento de que ese proceso de división celular se ha iniciado de forma efectiva, al no ser un proceso fisiológico esperable, como lo es en relación con el ovocito humano fecundado por un espermatozoide también humano.

En segundo lugar, no se pronuncia sobre si una célula madre humana obtenida de un embrión en fase de blastocisto es ya un embrión humano o no. Es por ello discutible el acierto de haber dejado en manos de los jueces nacionales decidir este asunto, “a la luz del avance de la ciencia”, por la diversidad de criterios a que puede dar lugar la aplicación de una misma norma jurídica europea (la Directiva 98/44/CE). Por lo demás, la determinación de cuál es el estado de la ciencia no parece que debiera estar condicionada por las peculiaridades de los derechos internos; sin embargo, es cierto que estos en ocasiones han dirimido ya esta cuestión, al haber adoptado una definición legal restrictiva o extensiva sobre embrión humano. Debe reconocerse que es una tarea muy compleja, tanto desde el punto de vista jurídico como desde las tradiciones culturales de los Estados miembros, establecer un concepto uniforme de embrión en relación con las células troncales, sin olvidar que, en cambio, el TJE no ha renunciado a hacerlo en otros aspectos polémicos, como la clonación y la partenogénesis, que vinculan a todos los investigadores del espacio de la UE. Cuando menos, y tal vez por razones prácticas, podría haberse reservado explícitamente el TJE la posibilidad de dirimir esta cuestión en el futuro si es requerido para ello, igual que lo ha hecho ahora respecto a otros aspectos del precepto estudiado.

Finalmente, debe destacarse que el TJE considera excluida la patente cuando se requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, se haya mencionado o no este hecho en la descripción de la misma. Es coherente esta posición con la exclusión legal de la Directiva de los métodos en los que se utilicen embriones humanos, pues la destrucción del embrión supone su utilización. Esta afirmación, junto con la de que

sólo puede ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil, refuerzan un marco jurídico protector indirecto del embrión humano que figuraba ya en la Directiva, y que en la sentencia se subraya sin resquicio a la duda.

B) EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN DE LA PATENTE

A este respecto no debe olvidarse que la concesión de la patente supone en realidad tan sólo la facultad de impedir que terceros puedan explotar el invento con fines comerciales sin el consentimiento o autorización del titular de la patente. Probablemente guarda alguna relación con estos asuntos y con la cláusula de orden público señalada la previsión de la propia Directiva de que la Comisión deberá informar cada cinco años al Parlamento Europeo y al Consejo sobre posibles problemas que esta Directiva haya planteado en relación con acuerdos internacionales de protección de los derechos humanos a los que se hayan adherido los Estados miembros (art. 16, a).

Por consiguiente, no debe confundirse la admisión de la patente con que la actividad en sí misma, la utilización del producto o del procedimiento obtenidos estén permitidos o prohibidos en otro sector del ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, en la ley penal. Es decir, recurriendo a un ejemplo, no se reconoce la patente sobre técnicas de clonación de seres humanos, por considerarse contrarias al orden público o a la moralidad, como hemos podido comprobar, pero podría haber, sin embargo, una ley estatal que la permitiera o, por el contrario, que la prohibiera. Por ejemplo, la clonación humana reproductiva constituye delito en algunos sistemas jurídicos europeos¹³, lo cual constituye un indicio de que su explotación comercial puede ser contraria al orden público y motivo para denegar la patente, como finalmente ha sostenido el TJUE en la sentencia comentada más arriba (caso *Brüstle*). En el supuesto opuesto, la exclusión de la patente por la legislación específica no significa

que deba entenderse prohibida la actividad (p. ej., su explotación comercial); tan sólo que no gozará de la protección que otorga la patente. Por consiguiente, debe insistirse en que una cosa es que esté permitida o no la actividad o el uso del producto, y otra bien distinta es que se reconozca o no la patente del producto o procedimiento en el que descansa dicha actividad. Pero es indudable que la exclusión de la patente introduce mecanismos indirectos de protección frente al producto o procedimiento afectados.

5. ¿HACIA NUEVAS VERTIENTES DE LA PATENTE O A SOLUCIONES ALTERNATIVAS?

La aceleración que se está produciendo en los últimos años respecto a la obtención de nuevos productos y procedimientos en relación con las biotecnologías, así como la complejidad que revelan ya algunos productos compuestos, en especial los que se irán derivando a través de las biotecnologías emergentes, como la biología sintética, están dando lugar a posiciones críticas en relación con la capacidad del derecho de patentes tradicional —léase, actual— para dar respuestas jurídicas adecuadas a las nuevas situaciones emergentes. La situación es preocupante, puesto que se está planteando también en otros sectores, como son las tecnologías de la información y de la comunicación.

Por lo que se refiere a la biología sintética, que podría incluir en el futuro la creación de verdadera vida artificial, se han apuntado algunas soluciones. En primer lugar, la obtención de material sin capacidad de replicación, los productos —y procedimientos— obtenidos estarán sometidos al régimen general de la patente, fuera del ámbito específico de las biotecnologías. A la vista de los requisitos legales de tal régimen, de entrada no estarían excluidos de la patente. Si se tratase de material con capacidad de autorreplicación y constituye nuevas formas simples de vida (vida artifi-

cial), estarán sometidas al régimen específico previsto para este tipo de organismos; es decir, como se indicó más arriba, en la actualidad se admite la patente de microorganismos, entendiendo legalmente por tales no sólo organismos unicelulares, sino también otras formas pluricelulares simples que pudieran crearse en el laboratorio.

Sin embargo, es dudoso que el sistema de la patente sea lo suficientemente ágil para los inversores cuando se trata de productos complejos que pueden ser tributarios de una variedad de patentes parciales de sus respectivos componentes. De ahí el escepticismo, más o menos justificado, de algunos especialistas y científicos, quienes han llegado a proponer una revisión profunda del sistema actual de la patente (v. p. ej., *The Manchester Manifesto*, 2009) e, incluso, explorar otras vías distintas alternativas, capaces de estimular las actividades de innovación y al mismo tiempo facilitar un beneficio de las mismas para el conjunto de la sociedad.

Fuera del sistema de la patente hay que situar las vías del *open source* (“recursos abiertos”) y los *business agreements* (“acuerdos de negocios”), que comprometen diversas formas de cooperación entre empresas del mismo sector. En el primer caso se trataría de la agrupación voluntaria de un conjunto de empresas del mismo sector, comprometiéndose a facilitar información resultante de sus investigaciones, a cambio de un precio convenido, dejando fuera del grupo a otros agentes del sector; por tanto del acceso a las informaciones industriales que comparten los miembros de aquel. Este sistema, que presenta evidentes ventajas, merece diversas objeciones, como que serán necesarias estructuras complejas, pero que serán vulnerables, habiendo de partir del compromiso de buena fe y de estricta confidencialidad entre los participantes; por lo que, si se vulnera alguna de ellas, se hace preciso recurrir a otros instrumentos jurídicos de respaldo ya conocidos, como son el secreto de empresa

(como concepto extendido, en función del caso) y la propia patente, respecto a la cual no parece razonable su renuncia; pero, además, puede fomentar prácticas contrarias a la libre competencia, como son el establecimiento de posiciones de domino e incluso carteles. Así, pues, la patente sigue siendo el referente jurídico obligado, aunque es cierto que necesita una profunda revisión que sepa combinar agilidad y eficacia de la patente con una adecuada protección de los inventos biotecnológicos.

6. CONCLUSIONES

A lo largo del presente estudio se ha podido comprobar cómo la patente ha ido dando cobertura legal a las modernas biotecnologías, un sector que presenta una gran potencialidad innovadora y productiva. Bien es cierto que esta solución ha tenido que pasar por la flexibilización de alguno de los requisitos “clásicos” de la patente, en concreto el de la actividad inventiva, por oposición al descubrimiento; lo que ha dado lugar a resoluciones judiciales contrapuestas. También las patentes relacionadas con material embrionario humano han sido objeto de controversia.

Más recientemente se han propuesto otras vías, incluso como alternativa a la patente, que sean más ágiles y dinámicas que aquella, dada la complejidad que presentan algunos productos o procedimientos biotecnológicos y a la vista también de lo largo y costoso que suele ser el proceso de resolución de una vindicación por parte de las oficinas de patentes.

En este estudio se defiende la validez de la patente como el instrumento jurídico más eficaz para proteger los resultados de la investigación, sin perjuicio de las modificaciones que requiera el sistema ante las necesidades actuales y venideras y sin perjuicio también de la posibilidad de acudir a otras vías de forma complementaria.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- Byk, C.: La patente sobre células madre humanas, Romeo Casabona, C. M. (Ed.), *Retos de la investigación y comercialización de nuevos fármacos*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano & Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2009, 117-131.
- Comité National Consultatif d'Éthique pour les Sciences de la Vie et la Santé, Avis nº 64 (2000) on *L'Avant-Projet de loi portant la transposition, Dans le code de la propriété intellectuelle de la Directive 98/44/CE du Parlement Européen et du Conseil, en date du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*.
- Comité de Bioética de España/Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: *Biología sintética. Opinión conjunta*, Lisboa-Barcelona, 24 de octubre de 2011.
- De Miguel Beriain, I.: *Synthetic biology and IP rights: in defence of the patents system* (Proyecto de la Comisión Europea Sybhel, inédito, pendiente de publicación).
- Kesselheim, A. S. & Mello, M. M.: Gene Patenting-Is the Pendulum Swinging Back? *The New England Journal of Medicine*, 10.1056, 2010: 1-4.
- Knoepfler, N./ Robiński, J./ Romeo Casabona, C. M.: *Konfliktmanagement am Beispiel humaner Gentechnik und verbundener Techniken (IVF)*, Friedrich-Schiller-Universität Jena, 2011.
- Lobato García-Luján, M.: "Oficina Europea de Patentes: Decisión de 18 de enero de 1995 (Asunto Relaxina)", *Law and the Human Genome Review*, 3: 1995.
- Martín Uranga, A.: *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas. Especial consideración de su protección penal*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2003.
- Martín Uranga, A.: "Biopatentes biotecnológicas", *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Romeo Casabona, C. M. (Dir.), Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano & Ed. Comares, Granada, 2011: 1225-1233.
- McManis, C. (Ed.): *Biodiversity and the Law. Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Earthscan, London, 2007.
- Paredes Castañón, J. M.: *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, McGraw-Hill, Madrid, 2001.
- Presidential Commission for the Study of Bioethical Issues: *The Ethics of Synthetic Biology and Emerging Technologies*, 2010.
- Romeo Casabona, C. M.: "La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas: la cuestión de su patentabilidad", *Comunicaciones IDEI. Diez conferencias magistrales sobre nuevas tecnologías y propiedad industrial*, nº extraordinario, 2001.
- Romeo Casabona, C. M.: "Why patenting life is a controversial economical activity: European legal implementation and penal related issues", *Global food security: ethical and legal challenges*, C. M. Romeo Casabona et al. (Eds.), Wageningen Academic Publ, Wageningen, 2010: 37-45.
- Schneider, I.: *Das Europäische Patentsystem. Wandel von Governance durch Parlamente und Zivilgesellschaft* Campus Verlag, Frankfurt am Main/New York 2010.
- Schneider, I.: "Das EuGH-Urteil 'Brüstle versus Greenpeace' (Rs. C-34/10): Bedeutung und Implikationen für Europa", *ZGE/IPJ*, 2011: 475-510.
- Serrano Ruiz-Calderón, J. M.: "Dignidad versus patentabilidad", *La Ley*, nº 7766, 2011: 4-7.

NOTAS

1. V., p. ej., el art. 273.1 y 2 del Código Penal (CP) español.
2. V. art. 160.3 del CP español, en el cual, más exactamente, se prohíbe la "fecundación de óvulos humanos con fines distintos de la procreación humana".
3. Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998, BOCE de 30 de julio de 1998.
4. V. Ley 10/2002, de 29 de abril, por la que se modifica la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, para la incorporación al Derecho español de la Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.
5. Tribunal de Justicia Europeo, sentencia 9 de octubre de 2001.

6. Decisión de la OEP de 6 de julio de 2004, que mantuvo la patente del oncocatón en una versión modificada de la misma. Téngase en cuenta que la reivindicación de la patente había sido presentada ante la OEP en 1985, casi veinte años antes.

7. OEP, resolución de 18 de enero de 1995.

8. US District Court ruling of 29 March 2010 (*Association for Molecular Pathology v. UPSTO*).

9. Sentencia de 31 de julio de 2011.

10. EPO, Decision of the Enlarged Board of Appeal dated 25 November 2008 G 2/06.

11. V. Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica (art. 33.2).

12. Sentencia de 18 de octubre de 2011 (caso *Brüstle v. Greenpeace*).

13. V., p. ej., el art. 160.3 del CP.

Fecha de recepción: 27 de febrero de 2012

Fecha de aceptación: 4 de abril de 2012

INTELLECTUAL PROTECTION SYSTEMS FOR CULTIVATED PLANTS

RESUMEN

La manipulación y selección de semillas y otros materiales de propagación ha pasado a lo largo de la historia de ser una actividad realizada por los agricultores a convertirse en una industria en la que organizaciones públicas y empresas privadas son protagonistas. Asociado a este cambio, nació la necesidad de la protección intelectual de la innovación en esta industria. El artículo describe el proceso de aparición de instrumentos de derecho de protección de la propiedad intelectual de nuevas variedades de plantas cultivadas. Las características especiales de la agricultura y la alimentación hacen que la historia de este derecho sea fundamentalmente la de instrumentos "sui generis" creados para las plantas cultivadas, como son los títulos de derechos de obtentor de variedad. Sin embargo, en las dos últimas décadas, la utilización de instrumentos de derecho "convencionales", como son las patentes, en las plantas cultivadas ha creado una situación de coexistencia de varios instrumentos de protección intelectual. Se discuten las diferencias en la aplicación de estos instrumentos en distintos países y sus distintos ámbitos y limitaciones de la protección que confieren.

PALABRAS CLAVE

Agricultura, variedad, obtentor, UPOV, patente de plantas

ABSTRACT

The first farmers started breeding by simply selecting seeds or propagation materials (tubers) from particular individual plants. This unconscious breeding was replaced in modern ages by a more systematic approach by the nascent plant breeding industry. Protecting the intellectual property of plant breeding inventions has always been the subject of debate due to the strong emotional links and strategic issues associated to crops seeds. This resulted in the development of 'sui generis' systems of protection that are different from normal utility patents. The widespread example is the use of 'plant variety protection' certificates. In the past two decades, however, the use of conventional tools for intellectual protection, such as utility patents, has spread into agricultural crops, giving rise to the current co-existence between sui generis instruments and utility patents. In this paper we discuss the historical development of both approaches and the differences in current application of each of the systems in different countries, with emphasis in the coverage and limitations of the protection conferred by each instrument.

KEYWORDS

Agriculture, plant variety, breeder, UPOV, plant patents

LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN INTELECTUAL DE LAS PLANTAS CULTIVADAS

Emilio Rodríguez-Cerezo*

Institute for Prospective Technological Studies

Sumario: 1. La mejora de las plantas cultivadas: de la domesticación a Mendel. 2. Los comienzos de la industria de las semillas. 3. La industria en la actualidad y la necesidad de proteger las obtenciones. 4. Proteger los clones: primeros pasos en el desarrollo de instrumentos legales para la propiedad intelectual. 5. La ley Townsed-Purnell de Patentes de Plantas de 1930 (The US Plant Patent Act). 6. La convención UPOV: estándar para los sistemas de protección sui generis de las variedades vegetales. A) El privilegio del agricultor. B) El privilegio del mejorador. 7. La transposición del convenio UPOV en los Estados Unidos: la "Plant Variety Protection Act". 8. La transposición del convenio UPOV en la Unión Europea (Reglamento 2100/94). 9. Las Patentes como protección de invenciones biotecnológicas y plantas de cultivo agrícola. 10. La directiva europea de patentes biotecnológicas (Directiva 98/44/EC). A) Plantas o variedades de plantas. B) Procedimientos que dan lugar a plantas. C) Genes de plantas. 11. Interacción entre patentes y títulos de obtentor de variedades en Europa: las licencias obligatorias por dependencia. 12. Tendencias en el uso de títulos de protección UPOV y patentes en Europa. 13. Coexistencia entre sistemas de protección en EEUU. 14. Consideraciones finales. Nota bibliográfica.

1. LA MEJORA DE LAS PLANTAS CULTIVADAS: DE LA DOMESTICACIÓN A MENDEL

La mejora vegetal puede definirse como la modificación de las características de las plantas en función de las necesidades del hombre. La mejora comenzó en el Neolítico, hace unos 7.000-10.000 años, con la domesticación de las plantas asociada al cambio de nomadismo a sedentarismo. A partir de poblaciones silvestres, durante cientos de generaciones, los ciclos de siembra-cosecha en los que los

agricultores seleccionaron semillas de aquellas plantas con características favorables para la agricultura fijaron las mutaciones que dieron lugar a las plantas "domesticadas" que conocemos actualmente. Así, en las poblaciones de gramíneas silvestres (de las cuales derivan los cereales actuales), las mutaciones seleccionadas inconscientemente correspondían a genes responsables de flores agrupadas, granos que no caían al suelo (en contra de la tendencia natural de las plantas a diseminar sus semillas), granos desnudos y mayor número de granos por planta. Estas características seleccionadas por

* European Commission, Joint Research Centre (JRC), Institute for Prospective Technological Studies (IPTS), Edificio Expo, Seville, Spain
El texto representa únicamente el punto de vista del autor y en ningún caso puede tomarse como postura oficial de la Comisión Europea.

los primeros “agricultores” son contrarias a las necesidades naturales de las plantas. Estas nuevas especies, de las que el trigo es un ejemplo clásico, se convirtieron en plantas totalmente dependientes del hombre (“domesticadas”) de manera que, abandonadas en un medio natural, desaparecerían. La domesticación del Neolítico fijó el reducido número de especies cultivadas en las que se basa la agricultura actual.

Desde el comienzo de la agricultura se observa la división entre plantas propagadas asexualmente (reproducción clonal, por esquejes u otros materiales vegetativos que replican exactamente al individuo del que provienen) o sexualmente (reproducción por semillas). Este último caso implica un proceso de selección y siembra anual que resulta en un cambio genético constante. Los primeros agricultores transportaban con ellos sus semillas a medida que se establecían en nuevas zonas agrícolas, donde se generaba nueva diversidad genética por el cruzamiento espontáneo de estas plantas con poblaciones locales y especies similares, creando de esta forma las llamadas “variedades locales” de semilla, la base de la agricultura durante siglos. Las semillas se utilizaban como moneda de pago en el comercio. En cambio, en los cultivos de multiplicación vegetativa o clonal el progreso genético fue limitado, y la intervención del agricultor se reduce a la identificación y propagación de mutantes naturales.

En los siglos XVII y XVIII, los avances científicos y comerciales llegaron también a la agricultura. La agricultura y la horticultura se beneficiaron de la revolución ilustrada, fundamentalmente por el interés que despertaron entre la élite intelectual (como la familia Vilmorin en Francia, fundadora de una de las primeras empresas comerciales de semillas) y los grandes propietarios europeos. La escasez de tierra (sobre todo en los Países Bajos) y el aumento de la población impulsaron la intensificación de la producción agrícola. La agricultura experimentó cambios cruciales, como el aumento del número de especies cultivadas (procedentes de América), el comienzo del comercio de semillas, y sobre todo la constata-

ción de que los cultivos podían y debían ser “mejorados”.

El proceso de mejora “consciente y deliberada” de los cultivos agrícolas ya no se limita a seleccionar cada año las mejores simientes. En los siglos XVIII y XIX se generaliza la mejora “activa”, basada en cruzamientos entre plantas individuales para buscar en la descendencia individuos superiores a cualquiera de los dos parentales para cada necesidad específica. Simultáneamente a la generalización del uso de cruzamientos o hibridaciones se fueron descubriendo las leyes de la herencia y los mecanismos biológicos de la reproducción de las plantas. En Moravia, Gregor Mendel descifró las bases de la herencia. Establecidas las bases científicas del proceso de cruzamiento, selección y ensayo de la descendencia, comenzó la mejora vegetal sistemática. Estas bases se plantaron en Europa, donde la producción de nuevas variedades de remolacha (la conocida hoy día como “remolacha azucarera”, para suplir una de las materias primas más importantes en la época) en los siglos XVIII y XIX es uno de los primeros ejemplos de aplicación de la mejora genética a un sector agrícola/industrial integrado. La era de las “variedades locales” iba llegando a su fin para ser sustituidas por variedades estables y predecibles obtenidas por mejora genética.

2. LOS COMIENZOS DE LA INDUSTRIA DE LAS SEMILLAS

En la segunda mitad del siglo XIX, la colonización de Norteamérica por parte de agricultores de origen europeo tuvo un impacto notable en el progreso de la mejora de los grandes cultivos (maíz, trigo, arroz, patata). El ferrocarril incentivó a la industria a invertir en la mejora de frutas y hortalizas. La importancia de las empresas privadas productoras de semillas y materiales de reproducción creció con la demanda de una población en aumento y más rica.

Un factor determinante del desarrollo de una industria de la producción de semillas fue el progreso técnico ocurrido al comienzo del siglo XX. El desarrollo de la semilla híbrida de maíz en la década de 1920 fue una de las mayores revoluciones que ha conocido la agricultura y con implicaciones para la propiedad intelectual. A diferencia de especies autógamas como el trigo (que se autofecundan dando lugar en pocas generaciones a líneas genéticamente puras), el maíz es alógamo (fecundación cruzada entre individuos de la misma especie) y la forma de selección tradicional eran las “variedades población” de polinización libre, muy heterogéneas genéticamente e inestables. La aplicación del conocimiento científico mendeliano, en absoluto intuitiva, sirvió para producir variedades de maíz homogéneas y muy productivas con la tecnología de los híbridos de primera o segunda generación. Para ello se trabaja en la producción artificial de líneas consanguíneas puras de maíz (autofecundando artificialmente las plantas durante generaciones). Una vez obtenidas dos líneas consanguíneas puras (las líneas “parentales”, débiles y poco productivas) se cruzan dando lugar a una semilla híbrida F1 (de primera generación) de alto vigor y producción y características homogéneas. Sin embargo, la descendencia de esta semilla F1 daría a lugar a una población variable no homogénea (con características de los “abuelos”). Por tanto, además de un progreso en la productividad del maíz, la tecnología ofrece una inmunidad natural contra la copia o el apropiamiento no deseado de la variedad de semilla, es decir, una forma natural de protección intelectual.

La producción de semilla híbrida resulta por tanto muy atractiva para la iniciativa privada, que ve así una forma sencilla de proteger los derechos del obtentor de la variedad, que en aquél tiempo eran inexistentes por vía legal. Esto es, siempre que la empresa sea capaz de proteger sus “parentales” o líneas consanguíneas, verdadero objeto de innumerables intentos de apropiación indebida. Sirva como ejemplo la práctica del self chasing (búsqueda del mismo para reconstruir el híbrido) conde-

nada en varias sentencias en Estados Unidos. Ocurre que, al producir la semilla híbrida F1, el cruzamiento nunca es eficaz al 100% y en la semilla comercializada es posible que existan semillas que provienen de líneas consanguíneas parentales. Una siembra convenientemente espaciada de semillas híbridas comerciales puede permitir identificar individuos que por su debilidad y poco vigor sean plantas de uno de los parentales o líneas puras. Esta práctica tuvo que prohibirse explícitamente. En resumen, la protección intelectual natural asociada a la semilla híbrida se consideraba al menos suficiente para que el agricultor no estuviera interesado en reutilizar su cosecha. Sin embargo la protección natural no es absoluta (sobre todo respecto a competidores industriales) y la demanda de una figura legal que cubriera las necesidades de la incipiente industria de semillas siguió en pie.

En 1927, la empresa Funk Farms estableció el primer departamento específico de producción de semilla híbrida de maíz y se empezaban a utilizar por los agricultores norteamericanos. La rapidez en la adopción de la semilla híbrida por parte los agricultores es un caso de estudio frecuente en los libros de texto de difusión de tecnologías. El éxito estimuló la aplicación de la tecnología a otros cultivos (algo que no siempre se consiguió por dificultades técnicas). La tecnología de semilla híbrida desarrollada en los 1930 aceleró la transición de la mejora vegetal efectuada por el sector público hacia el sector empresarial privado. Y no es extraño que el sector privado centrara sus inversiones en cultivos en los que se pudiera producir semilla híbrida en detrimento de los cultivos autógamos (trigo) que permanecieron fundamentalmente en la investigación pública, dada la facilidad con que sus semillas pueden ser reutilizadas por los agricultores, factor que desincentivó la iniciativa privada en una época de ausencia de instrumentos legales de protección de las variedades obtenidas.

Las décadas de 1950 y 1960 trajeron otros progresos tecnológicos como la mutagénesis química o radiológica. Desde entonces más de 2200 variedades de semillas producidas por

estas tecnologías se han comercializado en el mundo, lo que da una idea de la importancia de estos desarrollos. La insatisfacción de los mejoradores por la ausencia de un sistema legal que cubriera sus obtenciones continuó creciendo.

Los avances tecnológicos aplicados a la mejora vegetal más recientes (y origen de polémicas) son los derivados de la biotecnología moderna y el ADN recombinante. El progreso de la biología molecular y la biotecnología en los años 1980 condujo a las grandes empresas productoras de agroquímicos (que habían apostado por la biotecnología agraria) a la adquisición de muchas empresas productoras de semillas, y a la presión por desarrollar globalmente instrumentos de protección intelectual más fuertes, basados en las patentes de utilidad.

3. LA INDUSTRIA EN LA ACTUALIDAD Y LA NECESIDAD DE PROTEGER LAS OBTENCIONES

En la actualidad, el sector productor de semillas y materiales de reproducción es importantísimo en la agricultura mundial, e invierte gran parte de sus ingresos en investigación y desarrollo de nuevas variedades. El sector industrial de las semillas y materiales de reproducción agrícola en Europa factura 6800 millones de euros anuales (las semillas híbridas de maíz representan nada menos que la cuarta parte de esta cifra de ventas). Cuenta con más de 7000 empresas en Europa (entre obtentores y multiplicadores), con 750 estaciones de “mejora” que emplean a más de 12.000 científicos y técnicos en investigación y desarrollo de nuevas variedades. Se trata, por tanto, de un sector industrial muy intensivo en I+D, con plazos de desarrollo de producto muy largos (10 años es el plazo típico de desarrollo de una nueva variedad) y con alto riesgo en la inversión (cambio de condiciones de mercado, y otros factores que hacen que una variedad no tenga

aceptación comercial). Una vez comercializada con éxito la nueva variedad, el obtentor necesita protección frente a (1) la competencia industrial, que puede copiar la variedad o producir una similar a partir de las semillas comerciales con cambios mínimos y a coste menores y (2) los agricultores, que en el caso de que la variedad sea de semilla autógama (trigo) o se trate de cultivos de reproducción vegetativa (esquejes de frutales, ornamentales, tubérculos) pueden “auto-reproducir” el producto.

Sin embargo, por su naturaleza especial, por el componente emocional y tradicional que la alimentación y la agricultura han tenido siempre, la protección intelectual de variedades de cultivo tuvo un desarrollo lento y distinto a otras actividades industriales. Como veremos en este artículo, los sistemas e instrumentos diseñados han tenido un carácter *sui generis*, aunque en las últimas décadas, empujados por la industria de la biotecnología y sus costosas inversiones, tienden a converger hacia instrumentos convencionales basados en patentes. En la actualidad coexisten distintos tipos de instrumentos, los *sui generis* (derechos de obtentor) y las patentes, lo que hace la situación interesante y complicada a la vez. En este artículo se resume la evolución de los instrumentos de protección de las variedades de cultivo agrícola.

4. PROTEGER LOS CLONES: PRIMEROS PASOS EN EL DESARROLLO DE INSTRUMENTOS LEGALES PARA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Se ha subrayado que las plantas utilizadas en la agricultura se reproducen sexualmente (a través de semillas, por ejemplo en los cereales como el trigo, cebada, maíz o arroz) o asexualmente (a través de la propagación de partes de una planta, como tubérculos, esquejes, raíces), dando lugar en este caso a individuos idénticos (clones).

Esta distinción es importante a la hora de entender los primeros pasos en el desarrollo de instrumentos de protección intelectual para los obtentores de variedades vegetales.

Los cultivos de reproducción asexual (clones), como son los frutales y las plantas ornamentales, son idóneos para la producción masiva de individuos idénticos y estables genéticamente. Al mismo tiempo, corren el riesgo de la copia fácil y masiva de sus productos por cualquier interesado que pudiera conseguir un esqueje de la planta deseada. La industria de los viveros de frutales y ornamentales ya tenía una importancia enorme en el siglo XIX. Sus intereses y las necesidades de protección intelectual eran completamente diferentes a la de las empresas productoras de semillas.

Para ilustrar la situación, sirva el ejemplo de los viveristas norteamericanos Stark Brothers, que descubrieron la variedad de manzana Starking (que aún se consume) en 1930 como una mutación observada en un árbol de un huerto de manzanos en Nueva Jersey. El árbol, comprado por 6000 dólares, fue protegido con una valla para impedir el acceso de los competidores a los esquejes que permitirían reproducirlo masivamente.

No es extraño que el sector que más presionó para que se creara una legislación de propiedad intelectual sobre las plantas de cultivo fuera el sector de los viveristas. Las empresas de semillas, entre tanto, exploraban otras formas naturales (como la semilla híbrida) de protección intelectual.

5. LA LEY TOWNSED-PURNELL DE PATENTES DE PLANTAS DE 1930 (THE US PLANT PATENT ACT)

Se suele escribir que la introducción de las patentes de plantas data de la década de 1980, asociada al desarrollo de la biotecnología y los transgénicos. Sin embargo el primer instrumento de propiedad intelectual fue una ley de

patentes de plantas diseñada en EEUU en 1930 según las necesidades de los viveristas (esto es, excluyendo de su ámbito legal las semillas o cultivos de reproducción asexual). Ciertamente que las patentes de plantas que introdujo esta ley son distintas a las patentes de utilidad, que ya existían para la actividad industrial.

Ya en 1870 las empresas de viveros de Estados Unidos reclamaron protección para su trabajo, sin que hubiera consenso sobre qué forma legal debía tener la citada protección intelectual. En realidad no se trataba de proteger la innovación o la invención (ya que la industria viverista se basaba entonces en la observación y descubrimiento de mutaciones naturales), sino de asegurarse el control del producto. Los intentos de movilizar apoyo para presentar una propuesta legislativa al Congreso de los Estados Unidos continuaron pero no prosperaron hasta 1930.

En primer lugar, la industria de los viveros carecía de fuerza y organización. En segundo lugar, su “complementaria”, la industria de las semillas, prácticamente no existía. La iniciativa privada en la producción de semillas de gran cultivo era muy reducida e incapaz de competir con la práctica extendida de la reutilización de las semillas por los agricultores o con los programas públicos de distribución de semillas por parte del gobierno, que existían aún en la década de 1920-30. Por tanto, la incipiente industria de las semillas no estaba preocupada especialmente por la propiedad intelectual y la protección de sus variedades. De hecho, producía pocas “variedades” de semillas que se pudieran considerar nuevas, y se limitaba más bien a producir una versión de calidad de la semilla ya conocida por los agricultores. Por añadidura, las empresas innovadoras en la década 1920-30 estaban dedicadas al desarrollo de la tecnología de semilla híbrida en maíz, tecnología que ofrece una forma de protección biológica de la variedad que hace redundante e innecesaria la protección a través de legislación sobre propiedad intelectual. La introducción de los híbridos tuvo un efecto decisivo en el desarrollo de la iniciativa privada en la producción de semillas

La Ley Townsed-Purnell de 1930, aún en vigor, permite la patentabilidad de variedades de plantas de reproducción asexual (vegetativa), pero excluyó la protección de variedades de cultivos de reproducción sexual (semillas). En la actualidad esta patente sigue disponible en Estados Unidos y cubre muchas variedades de cultivos ornamentales, las variedades de fresas y árboles frutales (cítricos sobre todo) y árboles ornamentales. Como veremos más adelante, la llegada de la biotecnología a finales del siglo XX hizo que las patentes de utilidad (las verdaderas patentes) se empezaran a aplicar a las plantas agrícolas.

6. LA CONVENCIÓN UPOV: ESTÁNDAR PARA LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN SUI GENERIS DE LAS VARIEDADES VEGETALES

El desarrollo tecnológico de las décadas de 1950-60 y la expansión de la industria privada de semillas hizo inaplazable una respuesta internacional a la necesidad de protección intelectual de las obtenciones vegetales. El proceso lo impulsaron los países de Europa occidental, durante un período en el que la agricultura aún estaba dominada por pequeñas explotaciones necesitadas de variedades mejores y más productivas. La emergencia de sistemas nacionales sui generis en Europa para la protección de variedades puso las bases para la convergencia, a través de una serie de conferencias internacionales en París, materializada en el convenio UPOV (Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales) redactado en 1961. Los países “fundadores” (entre ellos Francia, los Países Bajos, Alemania e Italia) tuvieron como objetivo diferenciarse del convenio de París de 1883 sobre propiedad intelectual (patentes). La postura de los fundadores de UPOV sobre el Convenio de París y el sistema de patentes, con sus derechos exclusivos, era que impediría la práctica habitual de utilizar variedades protegidas para obtener nuevas

variedades agrícolas comerciales. El fenómeno (privilegio del mejorador) así como otros privilegios para el agricultor se recogieron en el convenio UPOV, creando por tanto las bases del sistema sui generis actual de protección de variedades cultivadas.

El convenio UPOV, esencialmente, fijó los estándares mínimos de un sistema de protección de la propiedad intelectual sui generis adaptado a las características de la mejora vegetal, con el objetivo de incentivar a los mejoradores a desarrollar nuevas variedades de cultivo. Describe los parámetros generales que deben cumplir los sistemas nacionales que se desarrollen (derechos, excepciones, requisitos, duración). Los derechos de los obtentores de variedades agrícolas toman distintos nombres según la legislación de cada país (Título de Derecho del Obtentor, Plant Variety Protection Certificate, Certifique D’Obtention Vegetal).

El Convenio redactado en 1961 se revisó en varias ocasiones y la versión UPOV 1978 está aún en vigor en ciertos países. Sin embargo, una revisión mucho más profunda tuvo lugar en 1991, y supuso un avance en la profundización de los derechos de los obtentores de variedades vegetales (aunque sin llegar a equipararlos con las patentes industriales). Estas revisiones han supuesto un fortalecimiento gradual de la posición del obtentor de variedades y una limitación de las excepciones a favor del agricultor, en línea con la profesionalización de la agricultura en los países firmantes del tratado. El acta de la versión UPOV 1991 entró en vigor en 1998 y ha sido ratificada por la mayoría de los países industrializados, incluyendo Estados Unidos y la Unión Europea. Es decir, que actualmente coexisten países que se han acogido a una u otra versión, cuyas diferencias son notables.

El Convenio UPOV estableció por vez primera la protección de variedades (obtencciones) vegetales como una modalidad específica de propiedad industrial o intelectual. Se le concede un derecho al obtentor de una variedad de cultivo que cumpla 4 criterios: ser nueva, distinta, uniforme y estable. Se concede un derecho exclusivo por un tiempo limitado

sobre la variedad, de forma que sólo el obtentor y los terceros autorizados pueden producir la variedad con fines comerciales y vender la semilla de la variedad protegida. Se protegen variedades vegetales, no métodos de obtención de las mismas (que sí cubren las patentes como veremos más adelante).

Se trata de un régimen que presenta grandes similitudes con el previsto para la protección de las invenciones por medio de patentes. De hecho, y por lo que respecta a España, la propia Disposición Final 2ª de la Ley 3/2000, de 7 de enero de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales (LOV), prevé la aplicación supletoria de las normas que regulan la protección legal de las invenciones, en defecto de norma expresamente aplicable a los derechos del obtentor regulados en la presente Ley. En esta clave se puede relacionar el art. 12, en orden a los derechos que la protección de la variedad concede al beneficiario del título de obtención vegetal, con el art. 50 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de utilidad (LP), que enumera los derechos que concede la patente a su titular. También, si nos fijamos en la vertiente negativa, la protección del titular de la obtención vegetal tiene por contenido un derecho de impedir (*ius prohibendi*) a los terceros que, sin su autorización, realicen alguno de los actos que integran la vertiente positiva de su derecho de exclusiva, en modo muy parecido a lo que es propio del contenido del titular de una patente.

Sin embargo, los obtentores de semillas pronto consideraron el convenio UPOV 1978 muy tímido y sujeto a demasiadas restricciones. En primer lugar era muy limitado en cuanto al número de especies agrícolas a los que debía aplicarse obligatoriamente por los firmantes (dejando en la práctica sin protección muchos cultivos). Se ha expuesto en este artículo que la demanda de propiedad intelectual surgió a principios del siglo XX por parte de los productores de cultivos de reproducción vegetativa (y por tanto los más fáciles de copiar), y a esa demanda respondió la ley de Patentes de 1930 de Estados Unidos. El convenio UPOV

supuso un gran avance al ser el primer instrumento mundial para proteger las variedades de semillas (reproducción sexual), pero no logró cubrir ciertos cultivos debido a la sensibilidad de ciertos países y a las cuestiones emocionales que siempre se asocian a la agricultura.

A) EL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR

En segundo lugar, en la versión UPOV 1978, los derechos o certificados de protección estaban sujetos a importantes limitaciones. La primera limitación, conocida como “privilegio o excepción a favor del agricultor”, se establece por defecto en el convenio. En el convenio UPOV 1978 el ámbito de los derechos de obtentor en ningún caso cubre el producto de la cosecha (semillas guardadas por el agricultor) y por tanto no había necesidad de formalizar este privilegio en la transposición a las legislaciones nacionales. Algunos miembros de la convención se limitaron a permitir al agricultor reutilizar sus semillas para sembrar en su plantación (la práctica conocida como *bin run*) e intercambiar cantidades limitadas entre agricultores de forma no comercial. Sin embargo, otros países como USA (cuyo caso se estudia más adelante) permitieron a los agricultores comerciar con las semillas obtenidas de su cosecha (práctica conocida como *brown bagging*).

A diferencia del convenio UPOV 1978, en la versión de 1991 se extiende por defecto el ámbito de los derechos del obtentor al material (semillas) producido por el agricultor. Pero se admite que las leyes nacionales, si lo estiman adecuado, elaboren un privilegio del agricultor. El privilegio puede incluir la reutilización de la semilla por el agricultor, sin el consentimiento del titular del derecho, pero con una salvaguarda del interés del mismo (generalmente expresada como limitación del uso a la propia explotación, sin pago de royalties, o con pago de royalties si la explotación supera un tamaño determinado, como se verá en el caso de la Unión Europea y su implementación del convenio UPOV 1991). En cualquier caso, el *brown bagging* queda claramente

excluido en los países firmantes de la versión UPOV 1991.

B) EL PRIVILEGIO DEL MEJORADOR

La segunda limitación del convenio UPOV 1978 era el privilegio o excepción del mejorador, un privilegio para los competidores del obtentor (privados o públicos) por el cual las variedades protegidas pueden usarse libremente por cualquier otro mejorador para obtener a partir de ellas nuevas variedades vegetales distintas y mejoradas. Como hemos visto, se trataba de diferenciar los derechos de obtentor sobre las plantas cultivadas de las patentes tradicionales y de evitar el monopolio sobre métodos de mejora o caracteres agronómicos importantes para el sustento de la población, de forma que la libertad de operar fuera completa.

El Convenio UPOV en su versión 1991 supuso la ampliación del ámbito de protección de las obtenciones vegetales a las variedades esencialmente derivadas, y con ello un acercamiento al derecho de patentes. El privilegio del mejorador sigue existiendo en este Convenio pero se restringe si lo que se va a producir es una variedad esencialmente derivada (no es lo suficientemente "inventiva"). De este modo, el derecho del obtentor original de una variedad se extiende a las denominadas "variedades esencialmente derivadas", obtenidas por otro obtentor a partir del material inicial protegido. La definición de variedad esencialmente derivada no siempre es sencilla. Estas variedades pueden consistir en plantas obtenidas por selección de un mutante natural o inducido; por selección de una variante somaclonal, o por obtención mediante retro-cruzamiento o por transformación genética (transgénicos), siempre que mantengan los rasgos de la variedad original. De esta manera se protegen los derechos de los obtentores, que de otra manera perderían el valor de su título en un corto lapso de tiempo (como ocurría en realidad, cuando un mejorador hacía cambios "cosméticos" sobre una variedad previa sin pagar derechos por ella). Por ejemplo, la variedad obtenida por la

simple introducción de un gen con técnicas de DNA recombinante (la biotecnología moderna) en una variedad protegida puede considerarse una variedad esencialmente derivada, a no ser que el gen altere de forma muy significativa las propiedades de la variedad original.

Finalmente, el número de especies agrícolas con derecho a protección se amplió en UPOV 1991 sobre la lista restringida de 1978 (que obligaba sólo a un mínimo de 24 especies) hasta cubrir todas las cultivos.

Aunque en la actualidad los estándares que fijan las convenciones UPOV se aceptan en más de 50 países (incluyendo todos los desarrollados), la protección de obtenciones vegetales no está universalmente aceptada, y muchos países con un historial muy arraigado de derechos del agricultor no se han incorporado a la convención.

7. LA TRANSPOSICIÓN DEL CONVENIO UPOV EN LOS ESTADOS UNIDOS: LA "PLANT VARIETY PROTECTION ACT"

El acceso de EEUU a la convención UPOV en su versión inicial se materializó en la aprobación de la Ley de Protección de Variedades Vegetales (Plant Variety Protection Act, PVPA) de 1970. El obtentor de una variedad tiene derecho (*Plant Breeder's Right*) a protegerla a través de un título o certificado creado a propósito (*Plant Breeder's Certificate*).

La PVPA de 1970 introdujo limitaciones a este derecho de los obtentores, manteniendo una amplísima excepción o privilegio del agricultor. En primer lugar, protegía sin excepciones el uso de la cosecha por parte del agricultor para sembrar (la práctica agrícola conocida como *bin run* o uso de la semilla de la cosecha para producir otra cosecha). En el caso de los cultivos de reproducción sexual autógama como el trigo, la soja o el algodón, la aceptación del *bin run* limita de facto los derechos del obtentor de la variedad a una venta única

a cada productor individual, algo parecido a la doctrina de “primera venta” en las leyes de copyright: el obtentor de la variedad tiene una sola oportunidad de vender la información codificada en la semilla, ya que el agricultor puede reproducirla con sencillez. El *bin run*, como se ha descrito antes, no afecta en la misma manera a los obtentores de semillas híbridas.

Esta limitación del derecho del obtentor nunca fue especialmente controvertida, dado que la mayoría de los países que accedieron al convenio UPOV la incorporaron en sus legislaciones específicas como privilegio del agricultor.

Sin embargo, la PVPA de 1970 también permitía a los agricultores que compraran una variedad protegida la utilización de semilla de su cosecha no sólo para uso propio sino para venta o cesión a terceros. En otras palabras, se convertían en competidores de las empresas productoras de semillas. Esta práctica de venta permitida y extendida (*el brown bagging*) desincentivó la investigación y las inversiones privadas de las empresas de semillas de EEUU en cultivos auto-reproducibles.

El *brown bagging*, aceptado por la PVPA de 1970, constituía una limitación opcional del derecho del obtentor que iba más allá de lo previsto en el convenio internacional UPOV, que en esencia sólo exigía a los países que aceptaran la práctica del *bin run*. EEUU adoptó una excepción del agricultor mucho más amplia. La razones son históricas y variadas (el peso del sector agrario en la política y la historia americana es notable) y no caben en este artículo.

Esta situación duró un cuarto de siglo, hasta que en 1994 la PVPA fue modificada y el privilegio del agricultor se confinó a la práctica del *bin run*, eliminando finalmente el derecho del agricultor a comerciar con semillas obtenidas por reproducción en su finca de variedades protegidas por derechos de obtentor. Como se ha dicho anteriormente, este cambio de dirección hacia una excepción del agricultor más limitada se había adoptado internacionalmente en la nueva versión del Convenio UPOV de

1991, y se materializó en EEUU con la reforma de la PVPA de 1994.

El impacto de los años del *brown bagging* en la industria de semillas, en la investigación y en la innovación es un tema de interés, aunque no sea la materia principal de este artículo. Esta es la razón por la que tradicionalmente los certificados de protección basados en el convenio UPOV se consideraban débiles en EEUU y es una de las razones del interés que siempre han tenido las empresas de semillas americanas en desarrollar las patentes como sistema de protección alternativo de variedades agrícolas.

8. LA TRANSPOSICIÓN DEL CONVENIO UPOV EN LA UNIÓN EUROPEA (REGLAMENTO 2100/94)

Los distintos estados de la actual Unión Europea fueron adhiriéndose a los Convenios UPOV e introdujeron a partir de los años 1960 y 1970 en su legislación nacional las correspondientes leyes o reglamentos. En su camino hacia el mercado único, la Unión Europea unificó la adopción de los principios de la Convención UPOV 1991 mediante el Reglamento del Consejo (UE) 2100/94 sobre Protección Comunitaria de las Obtenciones Vegetales, de 27 de julio de 1994 (el mismo año en que se modifica la Ley PVPA en Estados Unidos).

Este Reglamento se caracteriza por la fuerza o vigor que se otorga al derecho de exclusiva del obtentor de las obtenciones vegetales, configurándolo con un ámbito de protección muy próximo al derecho del titular de la patente, y en consecuencia, dejando un reducto muy limitado a la excepción del agricultor, que se admite pero, como veremos a continuación, se limita a ciertas especies y sólo para pequeños agricultores (definidos en el Reglamento), mientras que el resto debe compensar económicamente al obtentor si quiere beneficiarse de la excepción.

El ámbito del título de protección en el Reglamento europeo cubre a todas las especies del reino vegetal sin excepción. Los requisitos para otorgarlo a una variedad son la novedad de la misma (no haber sido distribuida comercialmente antes) y los conocidos criterios DUS (distinct, uniform, stable). La protección de la variedad confiere derecho exclusivo a la producción de la semilla o material reproductivo, la preparación para la venta y la venta, la exportación e importación de la semilla. Los títulos se otorgan por 25 años excepto en cultivos leñosos (frutales y vid) para los cuales se extiende a 30 años.

La excepción o privilegio del agricultor, en la forma de re-utilización de la variedad protegida en la propia explotación (*bin run*), se admite, pero se matiza (ver artículo 14). En primer lugar el Reglamento limita el privilegio a variedades protegidas que no sean híbridos ni variedades sintéticas, y a un número de especies limitado a las de “gran cultivo”, fundamentalmente el trigo y otros cereales no híbridos (excluyendo por tanto frutales, ornamentales y hortícolas). En segundo lugar, el privilegio se aplica a pequeños agricultores (definidos como aquéllos cuya superficie cultivada es menor de la necesaria para producir 92 toneladas de cereales). Estos agricultores tienen derecho a producir su propia semilla cualquiera que sea el título de protección de la variedad.

El resto de los agricultores debe compensar económicamente al titular de los derechos de la variedad si quiere beneficiarse de la excepción. La compensación debe ser sensiblemente inferior a lo que correspondería a los royalties por producir bajo licencia la misma semilla. El Reglamento prevé que el montante y la forma de la remuneración se establezcan mediante acuerdos entre los representantes de los titulares del derecho de obtentor y los representantes de los agricultores. Como es fácil de imaginar, la situación y los modos de aplicación de esta remuneración varían entre países europeos.

No obstante, cada Estado miembro puede decidir si mantiene y cómo mantiene en su legislación el privilegio del agricultor. Por lo que se refiere a España, la doctrina (Botana Agra:

2003: 405) ha puesto de relieve que la LOV 3/2000 “depura y actualiza” el privilegio del agricultor en el sentido de permitirle exclusivamente la utilización en su propia explotación del producto de la cosecha obtenido de la siembra en ellas de material de propagación de una variedad protegida que haya adquirido lícitamente (art. 14.1). Da así carta de naturaleza legal a una de las interpretaciones doctrinales que suscitó la dicción literal del antiguo art. 5.1 de la derogada ley 12/1975. Dicho de otro modo, en el marco de la Ley 12/1975 el derecho del obtentor vegetal admitía dos interpretaciones posibles: (a) bien la de reservarle en exclusiva la venta del material vegetal, derecho que, al agotarse con el ejercicio de esta facultad, no permitía al obtentor impedir que los adquirentes de ese material utilizaran el producto de su primera explotación en la forma que estimasen oportuna, o bien la de entender (b) que el obtentor de la variedad vegetal podría prohibir que sin su autorización se utilizase el producto del material vegetal para sucesivas reproducciones del mismo fuera de la explotación propia del agricultor. Dudas hermenéuticas que se resuelven por la Ley 3/2000 a favor de la segunda interpretación, en idéntico sentido a lo establecido por el convenio UPOV 1991.

En otro orden de cosas, el Reglamento 2110/94 crea un espacio de protección europeo que coexiste con los sistemas de protección nacionales, aunque no son compatibles. El obtentor de una variedad debe elegir entre solicitar un título de ámbito nacional o bien un título comunitario en la Oficina Europea de Variedades Vegetales (OEVV) que se fundó para este propósito y se encuentra en Angers (Francia). Las oficinas nacionales (como la Oficina Española de Variedades Vegetales) también pueden tramitar la solicitud de concesión de un título comunitario. Esta solicitud puede presentarse en uno de los once idiomas oficiales de la UE (no así las patentes europeas, que han de describirse en inglés, francés o alemán) lo que facilita el trabajo a los obtentores si se compara con las necesidades y requisitos de las patentes.

Las estadísticas demuestran que la ruta “comunitaria” de solicitud de títulos ha tenido éxito desde que se aprobó el reglamento, y la mayoría de los obtentores optan por el certificado de protección de ámbito europeo (aunque ciertas variedades de semillas y cultivos siguen teniendo un mercado nacional o incluso regional y utilizan las oficinas nacionales).

También es importante subrayar que los títulos de obtentor en la UE son más potentes que los otorgados en EEUU, país en el que el privilegio del agricultor es teóricamente mayor ya que no establece límites a la práctica del *bin run*, práctica que sin embargo en la UE queda limitada y matizada por tamaño de agricultor y por cultivo, como se acaba de señalar. Sin embargo, de la teórica potencia del título de obtentor europeo a la práctica hay un camino que pasa por la inspección y el cumplimiento del Reglamento, una actividad compleja y costosa. En la práctica, los títulos de obtentor para variedades de semilla autógamas o cultivos de multiplicación vegetativa en Europa tienen valor relativo y la copia por parte de agricultores o viveristas es sencilla y aún es práctica común.

Posteriormente veremos que en el caso de las patentes la situación se invierte: en la UE las patentes están limitadas por un privilegio del agricultor idéntico al descrito y matizado en el párrafo anterior por el Reglamento 2100/94, mientras que en Estados Unidos las patentes de plantas no tienen excepciones para el agricultor de ningún tipo. Es lógico y comprensible que los obtentores norteamericanos tiendan a preferir la vía de las patentes versus la de los derechos de obtentor de variedades.

Por último, en el Reglamento europeo 2100/94 también se reconoce el privilegio o excepción del mejorador con la limitación introducida en el convenio UPOV 1991, ya explicada, de las variedades esencialmente derivadas, que quedan bajo la órbita de protección del obtentor de la variedad original. Finalmente, el derecho del obtentor regulado por la UE nunca se extiende a la investigación básica y no comercial, que puede hacer uso libre de la variedad para investigar con fines no lucrativos.

Este aspecto resulta más conflictivo en el caso de las patentes verdaderas, como veremos más adelante.

9. LAS PATENTES COMO PROTECCIÓN DE INVENCIONES BIOTECNOLÓGICAS Y PLANTAS DE CULTIVO AGRÍCOLA

La protección basada en los convenios UPOV, con su instrumento *sui generis* de los derechos del obtentor, satisfizo a los obtentores durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX. A partir de la década de 1980 se incorporan nuevas tecnologías a la mejora vegetal, como la ingeniería genética (que hizo posible la obtención de plantas transgénicas) y la secuenciación masiva de los genomas (que facilitó la identificación de genes de interés agrícola y su selección asistida por marcadores moleculares). El desarrollo tecnológico relanza el debate sobre la protección de las plantas agrícolas. La extensión de la aplicación de la biotecnología a la mejora vegetal fue paralela a la presión de la industria para incluir en el sistema de patentes invenciones relacionadas con las plantas.

A nivel internacional, se puede establecer un paralelismo entre el papel de convenio marco que tiene la UPOV para la figura *sui generis* de los derechos del obtentor con el que desempeña el acuerdo TRIPS en la protección intelectual a través de las patentes. La protección de las obtenciones vegetales se incorporó al acuerdo TRIPS de 1994, adoptado en la ronda Uruguay del GATT y firmado por los miembros de la Organización Mundial del Comercio. El acuerdo establece que todos los firmantes están obligados a otorgar protección a las obtenciones vegetales “mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste”.

La patentabilidad de los seres vivos estaba excluida en la mayoría de los países del mundo. En Europa, las plantas y las variedades vegetales estaban explícitamente excluidas como objeto de patentes. Por el contrario, en Estados Unidos se creó una patente específica de plantas ya en 1930 para cultivos de reproducción vegetativa, que aún se usa en cultivos importantes como la fresa, los cítricos y otros frutales. Es decir, que el concepto ya existía y se había aplicado, si bien la patente de plantas americana también se consideraba *sui generis* en ciertos aspectos, y diferente de la patente industrial. Pero es en las décadas de 1980 y 1990 cuando la patentabilidad de las plantas se incorpora a la legislación de la mayoría de los países desarrollados.

10. LA DIRECTIVA EUROPEA DE PATENTES BIOTECNOLÓGICAS (DIRECTIVA 98/44/EC)

La convención UPOV se había renovado en 1991, para profundizar en la protección conferida por los títulos de derechos del obtentor. En parte, también se reformó por la presión ejercida por el desarrollo comercial de la biotecnología. De forma paralela, en 1988 se publicó la primera versión de la Directiva Europea de patentes biotecnológicas, que tardaría 10 años en ser aprobada, por la oposición del Parlamento Europeo, centrada en los aspectos éticos de la patentabilidad de los seres vivos. El texto final aprobado por el Consejo y el Parlamento Europeo entró en vigor en 1998 (Directiva 98/44/EC), con un plazo de dos años para su transposición al derecho nacional, plazo que no se ha cumplido en la mayoría de los países de la UE. España la incorporó a su derecho mediante la Ley 10/2002 que modifica la ley de patentes 11/1986. Francia no lo hizo hasta noviembre de 2004. Veamos a continuación el objeto y el alcance de la protección conferida.

En cuanto al objeto de la protección conferida por la patente se distinguen varias categorías:

A) PLANTAS O VARIEDADES DE PLANTAS

La Directiva europea delimita las invenciones biotecnológicas que son patentables en la agricultura. La prohibición de patentar variedades vegetales se mantiene, con independencia del proceso tecnológico (mejora convencional o biotecnológica) utilizado para obtener la variedad. Pero permite patentar invenciones que tengan por objeto las plantas, siempre que la viabilidad y la utilidad de la invención no se limite a una variedad vegetal en concreto.

La distinción entre planta y variedad, es causa de numerosos problemas de interpretación y conflictos entre los dos sistemas de protección (las patentes y los derechos del obtentor de variedades). La definición de variedad vegetal, en el caso de España, está en la Ley 3/2000 (que incorpora el derecho comunitario y los principios de la convención UPOV 1991 sobre derechos de obtentor). De forma simplificada, la variedad es el orden taxonómico más bajo posible y la patente debe demostrar su utilidad en un orden taxonómico superior. Cabe citar el Considerando 30 de la Directiva 98/44/CE según el cual “una variedad se caracteriza por la totalidad de su genoma y posee por ello individualidad y puede ser diferenciada claramente de otras obtenciones vegetales”. Por tanto, uno de los criterios para saber si la invención cuya protección se pretende debe ser protegida como obtención vegetal es comprobar si dicha materia contiene todo el código genético para producir una planta entera. Así, se pueden proteger por derecho de obtentor las plantas superiores, el material de reproducción o de multiplicación o las partes de plantas capaces de generar plantas enteras. Por el contrario un conjunto vegetal caracterizado por un gen determinado y no por la totalidad de su genoma no constituye una variedad vegetal y, por tanto, podría ser patentable si concurrieran en él los demás requisitos al efecto, todo ello según consta en el Considerando 31 de la Directiva 98/44/CE. Por tanto podrían ser patentables los cultivos de células vegetales o secuencias de ADN que, al no contener el código genético completo de una planta, no

podieran ser representativos de una variedad vegetal.

El origen de esta cuestión viene de la década de los 70, cuando el Convenio Europeo de Patentes (EPC), que se aprobó en 1973, estableció que las patentes no se pueden conceder para las “variedades vegetales” como tales. Cuando se redactó este convenio, las “variedades” sólo se podían generar por medio de mejora clásica (mendeliana) y no existía la biotecnología moderna. Para mantener la coherencia de la nueva Directiva de patentes biotecnológicas con el convenio, la Directiva europea 98/44/CE en su artículo 4.2 establece que “serán patentables las invenciones que tengan por objeto vegetales y animales si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal o a una raza animal determinada”. Por tanto (y quizá justo al contrario de lo que ciertos grupos de presión buscaban al intentar limitar las patentes), el efecto de este artículo es que permite en principio la patente a condición de que la innovación se pueda aplicar por encima del nivel taxonómico de variedad o raza (por ejemplo a todo un género o especie), lo que evidentemente es una ampliación notable de derechos. Aunque en todo caso son las oficinas de patentes y la jurisprudencia quien tendrá la última palabra en cada solicitud.

B) PROCEDIMIENTOS QUE DAN LUGAR A PLANTAS

Los procesos o procedimientos que dan lugar a plantas pueden patentarse si cumplen los requisitos clásicos de novedad, aplicabilidad y carácter inventivo. Los procedimientos que se basan en la biología molecular y la biotecnología moderna, si se aplican en algún paso del esquema de mejora vegetal, caen dentro de este supuesto. La Directiva 98/44 excluye los procedimientos “esencialmente biológicos” de obtención de las plantas; en otras palabras, los procesos de cruzamiento entre plantas y selección utilizados durante siglos por los mejoradores.

C) GENES DE PLANTAS

La Directiva 98/44 no ofrece reglas específicas sobre la patentabilidad de genes de plantas o de secuencias genéticas de plantas. Por lo tanto, en principio, las secuencias genéticas de plantas aisladas e identificadas podrían ser objeto de patente si se demostrara que cumplen los criterios de novedad, aplicabilidad industrial e invención (no obviedad).

Sin embargo, se tiende hacia una interpretación muy restrictiva a la hora de conceder patentes de genes, tendencia que ha quedado clara en sentencias recientes en EEUU. Con la generalización de las técnicas de secuenciación genética, las oficinas de patentes se vieron colapsadas por el número de solicitudes de patentes para genes cuya utilidad se postulaba únicamente a través de la homología con otros genes ya caracterizados. El grado de “invención” en el caso de genes aislados de su organismo y no modificados también es muy discutible y los examinadores de patentes tienden a ser muy restrictivos. El debate sobre la patentabilidad de los genes también se extiende a su efecto sobre la innovación en la industria (efecto dudoso o negativo en muchos casos).

La patente europea tiene una protección de 20 años a contar de la fecha de solicitud. Como el tiempo que transcurre entre la solicitud, examen y asignación de la patente es cada vez más largo, está en discusión el establecimiento de un certificado complementario de protección, que en ningún caso podría superar los 5 años.

Respecto al alcance de la protección de una patente que tiene como objeto material biológico con capacidad de reproducirse (como son las plantas o las semillas), la cuestión que se plantea es si la protección alcanza a los seres vivos que son fruto de la siguiente generación. La respuesta es clara, tanto en la Directiva 98/44/EC como en su transposición a la legislación española (Ley 10/2002). El derecho del titular de la patente se extiende ilimitadamente a todo el material biológico que contenga el elemento genético patentado siempre que en ellos cumpla su función.

A efectos prácticos, la Directiva 98/44 reconoce una excepción del agricultor muy similar a la del Reglamento 2100/94 que regula los títulos de obtención varietal: es decir, excepción limitada a ciertas especies agrícolas y al uso en la propia explotación.

El alcance de la patente tiene el límite mencionado: todo material en el que el elemento genético siga ejerciendo su función. Un caso reciente ilustra esta cuestión. El ejemplo se centra en el cultivo de la soja transgénica, y los productos procesados de la misma (la torta o la harina de soja), productos en los que aún pueden detectarse trazas del ADN del gen patentado. Estos productos no están bajo el alcance de la patente. En efecto, la patente cubre una construcción genética que confiere a la planta de soja tolerancia a herbicidas durante su cultivo, y la patente se extiende a la planta de soja y las semillas de su cosecha. Pero no se puede considerar protegida por la patente la torta o harina producida de la molienda de haba de soja pues en dicho producto el gen, aunque presente en trazas (lo que quede después del proceso de molienda, extracción con disolventes y tostado a 115 grados), no ejerce su función inventiva.

La cuestión no es trivial pues la soja transgénica tolerante a herbicidas es una de las bases de la economía agrícola de Argentina, Brasil y EEUU y es el cultivo transgénico más importante del mundo. La soja, patentada por una empresa norteamericana, fue patentada también en Europa, pero no en Argentina (por razones que sería largo de explicar) en donde se siembra de forma más o menos libre por los agricultores argentinos. Argentina exporta cada año a Europa millones de toneladas de soja, siempre en forma de harina o torta de soja, nunca como grano completo. Perdida la batalla de los royalties por las semillas en Argentina, el titular de la patente los reclamó a los grandes exportadores de materias primas agrarias y el caso llegó recientemente a tribunales europeos (Reino Unido, España) y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Quedó claro que la patente no puede cubrir la harina de soja pues en ella no ejerce su función la to-

lerancia a herbicidas, que es relevante para la fase de cultivo pero irrelevante en la harina. El Tribunal europeo por añadidura impide que ningún país pueda extender el alcance de la patente a este producto.

En cuanto a la excepción o privilegio del agricultor, el artículo 11 de la Directiva de patentes es claro en admitirla y especifica que este privilegio se matiza de forma idéntica a lo descrito en el artículo 14 del Reglamento 2100/94 sobre títulos de obtención de variedad. Es decir que admite el *bin run* limitado a ciertos cultivos, a agricultores de tamaño pequeño, etc. De modo que en este aspecto la patente en Europa es idéntica a la protección conferida por los títulos de obtentor, algo que no ocurre en Estados Unidos.

La Directiva 98/44, en cambio, no recoge la excepción o privilegio del mejorador; de modo que, en principio, el mejorador que desee construir una nueva variedad (en cuyo proceso de cruzamientos intervenga por ejemplo una planta transgénica patentada, o se utilice un gen o proceso patentado) no tiene capacidad de operar sin una licencia. Sin embargo, algunos países consideraron éste un punto crucial en el debate sobre la biotecnología agraria en Europa. En concreto, Francia y Alemania han incorporado en su transposición de la Directiva excepciones en el derecho de patentes a favor del mejorador, prácticamente idénticas a las contempladas en el sistema de títulos de protección de variedad del Reglamento 2100/94 (es decir un privilegio que no se extiende a las variedades esencialmente derivadas). A diferencia de Francia o Alemania, otros países europeos no han contemplado ninguna excepción de la patente en forma de privilegio a favor del mejorador.

Por último, la Directiva 98/44 no extiende el derecho de la patente a las actividades de investigación sin ánimo de lucro. El problema, en este campo, es la obtención de muestras biológicas del material patentado, un tema que ha causado conflictos entre los organismos públicos de investigación y la industria, fundamentalmente por la confusión sobre la responsabilidad legal de la industria en un po-

sible uso indebido del material cedido para investigación.

11. INTERACCIÓN ENTRE PATENTES Y TÍTULOS DE OBTENTOR DE VARIEDADES EN EUROPA: LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS POR DEPENDENCIA

En Europa las plantas portadoras de un elemento genético patentado (o producidas por un proceso biotecnológico patentado) son objeto de patente. Y, simultáneamente, una variedad concreta de cultivo que porte dicho elemento genético puede protegerse mediante derechos de obtentor de variedad tipo UPOV. Hay compatibilidad entre la protección por patentes o por derechos de obtentor de variedades.

Como ya ocurrió en la reforma del Convenio UPOV de 1991, la Directiva 98/44 tuvo que abordar el tema de las variedades “esencialmente derivadas”. De este modo “cuando una invención se limite a modificar genéticamente una variedad vegetal y se obtenga una nueva variedad vegetal, la invención seguirá estando excluida de la patentabilidad”. Es decir, el titular de una patente de una planta transgénica, si la desea aplicar a una variedad concreta, necesita el consentimiento del titular de la variedad inicial.

Esta situación de dependencia tiene su reverso. El titular de una variedad “convencional”, implicado en el proceso de mejora, no puede obtener nuevas variedades “biotecnológicas” sin infringir determinadas patentes.

La Directiva europea, para facilitar la innovación y el avance en la mejora de nuevas variedades agrícolas, introduce el concepto de licencias obligatorias por dependencia. Cuando un mejorador no puede culminar su proceso de obtención de nuevas variedades sin vulnerar una patente anterior, debe solicitar una licencia obligatoria. A la inversa, cuando el

titular de una patente biotecnológica no pueda explotarla sin vulnerar los derechos de un título de obtención de variedad, puede pedir la concesión de una licencia obligatoria para explotar dicha variedad.

En los casos que proceda, para obtener la licencia obligatoria, se debe demostrar que se ha dirigido en vano a la otra parte y que la variedad constituye un avance técnico significativo de importancia económica. En cualquier caso, la puesta en práctica de estos sistemas de licencia obligatoria por dependencia no es en absoluto sencilla e implica la intervención de los tribunales, que deberán definir conceptos como avance técnico significativo y/o interés o importancia económica considerable.

Por supuesto, puede ocurrir que los actores comerciales se fusionen o una adquiera al otro, acumulando las patentes y los títulos de protección de variedades, y la capacidad de actuación sobre el mercado de semillas.

12. TENDENCIAS EN EL USO DE TÍTULOS DE PROTECCIÓN UPOV Y PATENTES EN EUROPA

Si se enfoca el debate en la protección de plantas (no de genes o procesos biotecnológicos), se pueden considerar las ventajas e inconvenientes de la ruta de los derechos de obtentor de variedades o las patentes (para taxones superior a la variedad).

La base de datos de la UPOV, que mantiene estadísticas sobre los títulos de obtención de variedades otorgados por cada país miembro, da una idea de la actividad de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales y del uso extendido de esta figura de protección. En la década de 1996-2005 se concedieron más de 2500 títulos de obtención de nuevas variedades de cereales, más de 2000 para variedades hortícolas y 600 para frutales. Es interesante observar que muchos de los obtentores (en cuanto a número de variedades protegidas)

son a la vez compañías biotecnológicas que han invertido en la adquisición de empresas de semillas, salvo en el caso de ornamentales y frutales, cultivos donde están ausentes.

En cuanto a patentes, si se analizan las bases de datos de la EPO (Oficina Europea de Patentes) relacionadas con plantas, se obtiene una media de 300 solicitudes al año, con una concentración creciente en cuanto a número de solicitantes (los cinco primeros suponen más del 30% de las solicitudes). El sector público en Europa tiene una representación importante, con cerca del 25% de las patentes anuales.

Además de la imposibilidad de usar la patente para variedades concretas, los privilegios del mejorador representan la diferencia más significativa entre las dos posibilidades de protección intelectual de las plantas en la UE: los derechos del obtentor y las patentes. Hemos visto que las excepciones o privilegios del agricultor son similares.

A pesar de sus limitaciones, la vía de los derechos de obtentor tipo UPOV es atractiva para los mejoradores que quieren proteger sus inversiones en nuevas variedades. Mientras que el sistema de patentes es caro pero fija un nivel de protección muy elevado (por encima de la variedad), los derechos de obtentor son más sencillos de obtener y más baratos. Obtener un certificado de protección de una variedad no implica más que una descripción relativamente sencilla de la variedad que demuestre su carácter distinto, uniforme y estable (criterios DUS) y una descripción genealógica y del proceso de cruzamientos (si se conoce).

Esta información no es comparable con los requisitos, el coste y la especialización profesional necesarios para solicitar una patente y describir la innovación que conlleva. Proceso riguroso en el que el inventor debe describir la invención de forma que pueda ser replicable por cualquier otro inventor, demostrar que la invención no es obvia, y demostrar su utilidad. En una solicitud de patente es necesario revelar de forma muy detallada la tecnología empleada para obtener la variedad vegetal. En

concreto, por lo que respecta al requisito de la novedad, la LP exige novedad mundial y que la invención no está comprendida en el estado de la técnica —constituido ex art. 6 LP por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público, en España o en el extranjero..., o contenido en las solicitudes españolas de patentes o modelos de utilidad cuya fecha de presentación sea anterior a la fecha de presentación de la patente—. Por tanto, si la “invención” no reúne este requisito, no será patentable. En este sentido, hay que decir que el requisito de “novedad” en la LOV resulta mucho menos estricto que la LP. En particular, la ausencia del requisito de no obviedad, que es uno de los más determinantes para que un examinador decida si el material es patentable o no, hace atractiva la ruta de los derechos de obtentor.

En resumen, la patente es costosa pero ofrece una protección muy sólida a cambio de revelar exhaustivamente la tecnología utilizada, mientras que un certificado de derechos de obtentor tipo UPOV ofrece una protección similar pero menos costosa y a cambio de revelar una información de menor calidad. El proceso de asignación de derechos del obtentor a una nueva variedad, en esencia, es un sistema en el que se deja “que la planta hable por sí misma” en ensayos de campo que fijan los criterios DUS, en lugar de poner la responsabilidad sobre un buen escritor de patentes.

13. COEXISTENCIA ENTRE SISTEMAS DE PROTECCIÓN EN EEUU

A diferencia de Europa, en EEUU había precedentes sobre la patentabilidad de material biológico mucho antes de los progresos de la biotecnología y el ADN recombinante. Se ha discutido aquí la Ley de 1930 que permitía la patentabilidad de especies agrícolas de reproducción vegetativa. El segundo hito fue la decisión judicial de 1980 sobre la patentabilidad de los microorganismos desarrollados por

ingeniería genética. Las decisiones abrieron la puerta a la patentabilidad de plantas en EEUU utilizando patentes de invención normales (utility patent).

Hemos visto que EEUU adoptó en 1970 (con la ley PVPA) un sistema tipo UPOV de derechos del obtentor, aunque EEUU no firmó la convención UPOV hasta 1981. Esperó a que se derogara la prohibición de proteger plantas con los dos tipos de instrumentos a la vez (patentes o derechos de obtentor tipo UPOV), una derogación hecha a su medida.

En la actualidad, coexisten también en EEUU varios tipos de sistemas de protección intelectual. De forma esquemática, resumimos las opciones disponibles. Para las invenciones biotecnológicas (procesos, genes, construcciones genéticas) se puede utilizar la patente (patente normal o utility patent). Este derecho no tiene ningún tipo de excepción, ni privilegio para el mejorador ni para el agricultor, a diferencia de la regulación europea, en donde la patente tiene limitaciones (excepción del agricultor y excepción del mejorador en ciertos países, y se aplica la licencia obligatoria).

Para las nuevas variedades de cultivo, el mejorador puede utilizar en EEUU el derecho específico de las variedades vegetales (los certificados tipo UPOV según la PVPA) para las variedades de semillas, con su conocida (y amplia) excepción a favor del agricultor (*bin run*) y del mejorador. Y por añadidura, para las variedades de cultivo en EEUU también se pueden utilizar patentes (al contrario que en Europa donde la patente debe cubrir y demostrar utilidad en taxones superiores a la variedad, y las variedades concretas no son patentables, sólo protegibles con títulos de obtentor).

En esta situación no es de extrañar que los obtentores de variedades se hayan pasado masivamente en EEUU a la protección por patentes en detrimento de los derechos del obtentor. La protección conferida por derechos tipo UPOV en EEUU tiene limitaciones mayores que en Europa. Y a la inversa, la posibilidad de patentar variedades no existe en Europa, pero sí en EEUU y no se limita a variedades biotec-

nológicas, sino también a convencionales. Por tanto, es importante desligar el debate de la patentabilidad de la aplicación de la biotecnología y la transgénesis, pues no están siempre asociados.

Finalmente, para especies de reproducción clonal (asexual, excepto tubérculos) las patentes de plantas (de la ley 1930) siguen utilizándose y ofrecen una protección muy similar a las patentes de invención.

Desde que en 1985 se atribuyó la primera patente en EEUU cuyo objeto eran semillas (a una variedad de maíz), la oficina de patentes de EEUU había concedido 222 patentes de utilidad que cubrían semillas, de las cuales la mitad incluían nuevas variedades de semillas (datos de 2002).

14. CONSIDERACIONES FINALES

La revisión del marco legal y de los múltiples instrumentos y opciones de protección de variedades de cultivo podría hacer creer que en la práctica los derechos de los obtentores de nuevas variedades agrícolas están garantizados, si no sobre protegidos.

Sin embargo, la situación en España en cuanto a materiales de reproducción y semillas reproducidos de forma ilegítima dista mucho de la imagen de fuerza de los derechos del obtentor. Sobre todo en los cultivos de reproducción sencilla, ya sean las semillas de plantas autóгамas como trigo, o bien especies vegetativas como los frutales o las plantas ornamentales, la reproducción por parte de agricultores y/o viveristas y semilleros, sigue estando muy extendida.

Según datos del sector productor de semillas y materiales de reproducción, el fraude está generalizado en cultivos de reproducción vegetativa como flor cortada, frutales y cítricos. El problema se agrava porque los ciclos de reposición del material en estos cultivos son muy largos (3-4 años en flor cortada hasta 20 en cítricos). El control sistemático de la producción es complicado y costoso. Recientemente

la biotecnología ha desarrollado ensayos de identificación varietal (algo similar al uso del ADN en medicina forense) que pueden ser utilizados en litigios sobre cuestiones de identificación genética y propiedad de variedades.

Además de las figuras legales descritas en este artículo, existen otras prácticas de acuerdos privados (especialmente cuando el fraude es masivo y se trata de regularizar un sector). O contratos específicos con condiciones de uso contenidos en los paquetes de semilla comercial (shrink wrap licenses).

Aunque el sector productor (agricultores y viveristas) es cada vez más consciente de la necesidad de contar con material reproductor con garantías de calidad y evitar el fraude, el tema de la protección intelectual de las semillas y las plantas siempre será objeto de un debate emocional en todo el mundo.

El sector, como se ha visto en este artículo, nunca se ha tratado igual a otras actividades industriales en cuanto a la propiedad intelectual. Por su naturaleza e implicaciones emocionales, la simpatía generada por los agricultores en la opinión pública, y otros muchos factores, las plantas y las semillas se incorporaron tarde al sistema de propiedad intelectual, y se les trató como un sector especial con instrumentos de derecho sui generis. La elevación de los costes de investigación por la llegada de tecnologías más precisas y caras condujo al sector al ámbi-

to de las verdaderas patentes, que coexisten en la actualidad con el derecho sui generis.

Un buen ejemplo del componente sentimental de la actividad de la mejora vegetal y de los sentimientos encontrados que provoca la protección de las plantas de cultivo se encuentra en la descripción que de su oficio de mejorador de plantas hacía Russell Burbank, un genio de la mejora vegetal práctica, en 1911:

“No patent can be obtained on any improvement of plants, and for one I am glad that it is so. The reward is in the joy of having done good work, and the important envy and jealousy of those who know nothing of the labour and sacrifices necessary, and who are by nature and cultivation, kickers rather than lifters”

Dos décadas después, la situación era tan distinta que Burbank, fallecido en 1926, se convirtió en uno de los principales defensores de la propuesta ante el Congreso americano de la Ley de Patentes de Plantas. He aquí, para terminar, la transcripción de un párrafo de una de sus cartas en defensa de la utilización de las patentes en la mejora de las plantas cultivadas:

“A man can patent a mouse trap or copyright a nasty song, but if he gives to the world a new fruit that will add millions to the value of earth's annual harvest, he will be fortunate if he is rewarded by so much as having his name connected with the result”

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- Benda, S.; “The Sui Generis System for Plants in Canada: *Quirks and Quarks of Seeds*, Suckers, Splicing, and Brown Bagging for the Novice”, *Canadian Intellectual Property Review*, 2003, n. 20, pp. 323-380.
- Botana Agra, “El privilegio del agricultor como límite del derecho de obtentor vegetal. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor”, *Comentarios de Jurisprudencia española*, Tomo XXIV (2003), pp. 299-408. Id. vLex: VLEX-221088203 <http://vlex.com/vid/agricultor-raquo-mite-obtentor-vegetal-221088203>.
- Chen, J., “The Parable of the Seeds: Interpreting the Plant Variety Protection Act in Furtherance of Innovation Policy”, *Notre Dame Law Review*, 2006, Vol. 81:4.
- Diez, M. C. E.; *The impact of plant varieties rights on research: the case of Spain*, Food Policy, 27, 2002, pp. 171-183.
- Fowler C.; “The Plant Patent Act of 1930: A Sociological History of Its Creation,” *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 2000, 82, pp. 621-644.
- Herrera Campos, R., Cazorla González, M. J.; “La Propiedad Industrial en Materia de Patentes Biotecnológicas y Variedades Vegetales”, de Yolanda Echevarría, en *Aspectos Legales de la Agricultura Transgénica*, Almería, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2004, p. 199.
- Kingsbury, N.; *Hybrid: The History and Science of Plant Breeding*, Chicago, The University of Chicago Press, 2009, p. 493.

- Le Buanec, B., Ricroc, A.; "Comment protéger les innovations végétales" en *Biotechnologies Végétales*, Environnement, Alimentation, Santé, Paris, Vuibert, 2011, p. 266.
- Louwaars, N., Dons, H., Van Overwalle, G., Raven, H., Arundel, A., Eaton, D., Nelis, A.; *Breeding Business. The Future of Plant Breeding in the Light of Developments in Patent Rights and Plant Breeder's Rights*, Wageningen, Centre for Genetic Resources (CGN), 2009, p. 62.
- Martínez Cañellas, A.; "La Protección Dual de la Propiedad Industrial de las Plantas Transgénicas: Como Inventiones y Como Variedades Vegetales", In *Dret Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, Vol. 1, p. 29.
- Petit Laval, M. V., "Ámbito de protección de las obtenciones vegetales en derecho europeo y español", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº.23, sección Artículos, septiembre-octubre 2011, Editorial La Ley (14760/2011).
- Sechley, K. A., Schroeder, H.; "Intellectual Property Protection of Plant Biotechnology Inventions". *Trends in Biotechnology*, Nov. 2002, Vol. 20, Nº 11.
- Soler Lerma, S., "Las obtenciones vegetales y sus diferencias con otras modalidades de propiedad industrial", Amat Llombart (Coord.), *La propiedad industrial sobre obtenciones vegetales y organismos transgénicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 121 a 128.

THE CONTESTED FUTURES OF BIOBANKS AND INTELLECTUAL PROPERTY

RESUMEN

Los grandes avances de la ciencia y la tecnología de la vida, junto al crecimiento continuo de los biobancos por todo el mundo, están dando su aportación a una infraestructura central para la investigación traslacional sobre la genómica de la población. Al mismo tiempo, el discurso tradicional sobre la propiedad intelectual, que incide en la innovación como bien social y en que los derechos de propiedad limitados son establecidos por la ley, cuestiona a los biobancos y sus estructuras de gobernanza de participación pública, y estos, a su vez cuestionan ese discurso. Exponiendo cómo varios aspectos particulares del discurso de los biobancos difieren del discurso de la propiedad intelectual actual (a saber, la participación democrática y la política de gobernanza, la participación en el beneficio, las bases de datos de secuencias genéticas y la participación de datos abiertos), los autores muestran que el abismo que separa ambos discursos puede que cause importantes ajustes en la ley de propiedad intelectual.

PALABRAS CLAVE

Bio-bancos, discurso, tecnologías emergentes, genética, propiedad intelectual, Derecho de patentes.

ABSTRACT

Breakthrough discoveries in life sciences technologies, coupled with continuing global growth in biobanks, are contributing to a core infrastructure for translational research in population genomics. At the same time, traditional intellectual property discourse, which stresses innovation as a social good and limited property rights as the proper function of law, is challenging, and being challenged by, large-scale population-based biobanks and their publicly-engaged governance structures. By discussing how several particular aspects of biobank discourse differ from current intellectual property discourse (i.e. democratic engagement and governance policy, genetic sequence databases, and open data sharing), the authors show how this chasm may cause a recalibration of intellectual property law, particularly patent

KEYWORDS

Biobanks, discourse, emerging technology, genetics, intellectual property, patent.law.

THE CONTESTED FUTURES OF BIOBANKS AND INTELLECTUAL PROPERTY

Edward S. Dove* y Yann Joly**
McGill University, Montréal

Summary: 1. Introduction. 2. Intellectual Property Discourse. A) Particular Aspects Of Intellectual Property In Biobanks. B) The Master Narrative Of Intellectual Property. C) Gene Patents And The Power Of Innovation Rhetoric. 3. Biobank Discourse And Challenges To And From Intellectual Property Discourses. A) Public Engagement And Embracing The Social And Political. B) The Uncertain Legal Nature Of Genetic Sequence Databases. C) Open Data Sharing. 4. What Next For Biobanks And Intellectual Property? A) Reframing Intellectual Property. B) A Solidarity-Driven Human Rights Perspective. C) New Policy-Making Logics. 5. Conclusion. 6. Acknowledgements. Bibliographical note.

1. INTRODUCTION

Since the completion of the sequence of the human genome in 2003, science has moved to studying the genetic architecture of complex diseases through genome and genome-phenomena datasets. In the past decade, advances in genomics research and systems and network biology, coupled with increased targeted funding, lower cost high-throughput technologies, next-generation sequencing and nano-chips, and information technology and bioinformatics, have cumulatively led to significant growth

of database consortia and biobanks at the global level. While there is an open-end typology in the rich tapestry of biobanks (for example, biobanks can differ on population types, purpose, nature and size of the biological samples and data included, etc.), many stand at the intersection of multiple issues such as medicine and science, markets and public health (Rial-Sebbag and Cambon-Thomsen, 2012). This article focuses on large-scale, longitudinal, publicly funded, population-based biobanks¹.

Because gene-environment and gene-social interactions are complex and large amounts of

* **Edward S. Dove** is a Research Assistant at the Centre of Genomics and Policy, Department of Human Genetics, Faculty of Medicine, Québec. He holds a B.A. (Political Science) and civil and common law degrees (B.C.L. and LL.B.) from McGill University.

** **Yann Joly**, Ph.D. (DCL), is a Lawyer and an Assistant Professor at the Faculty of Medicine, Department of Human Genetics at McGill University, as well as a research fellow from the Fonds de recherche du Québec-Santé (FRQ-S) and a researcher at the Centre of Genomics and Policy. He holds a LL.B. and an LL.M from the Université de Montréal, Québec, and a D.C.L. from McGill University.

data and samples are necessary to prove causal relationships, biobanks help enable robust, large-scale genomic analysis and the validation of promising findings via large cohorts. Biobanks also facilitate continuous collections of data over extended time periods, which maximize the value of existing resources and allow researchers to better explore medical conditions, as well as epidemiological and public health issues. Numerous studies have demonstrated the usefulness of biobanking in researching gene-social/environment interactions and subpopulation susceptibility to diseases. Collectively, large international database consortia and biobanks contribute to a core infrastructure in the bioeconomy for translational research (e.g. target identification/validation) and personalized medicine.

Individual biobanks are now pooling data in greater detail between population resources to investigate not only rare diseases, but also common complex diseases. The attendant need for data sharing, interoperability, and openness has led a growing number of funding organizations to require that funded projects swiftly release genomic data in openly accessible repositories. Data sharing, interoperability, and openness are components, along with the collection and transfer of bodily materials, that comprise the current biobanking system and contribute to the scientific endeavour. As with all systems, it operates in an environment that interacts with other actors and systems, including commercial actors and intellectual property—the branch of law dealing with expressed creations of the mind. This latter interaction engenders several fields of inquiry. As well, the bodily component of biobanking engenders new ways of thinking about intellectual property's logic and embeds it in an explicitly ethicized environment.

This article sketches in an impressionistic and conceptual fashion the ways in which traditional intellectual property discourse (IPD) is challenging, and being challenged by, a world that is increasingly marked by the merger of biology, information and technology, as well as the rise of large-scale, transnational biobanks.

At the risk of presenting a simplistic binary—though we endeavour to temper it with sufficient nuance and consider it a useful heuristic device—Part 2 introduces the traditional, “closed world” IPD (focusing on patent law) as is typified in developed countries and regions (e.g. the United States, Australia, Japan, European Union). This discourse is then contrasted in Part 3 with emerging “open world” biobank discourse (BD), which is multi-layered and overtly social and political. While neither denying the many significant benefits of intellectual property, nor subscribing to a particular anticipated future(s) and cognizant of the pitfalls of doing so, we will nevertheless discuss several particular aspects of biobanks that are challenging current IPD, namely 1) the vital role of biobank stakeholders (citizens, governments, regulators, researchers, etc.) in governance policy and its associated broader aspects of societal and political decision-making; 2) the uncertain legal nature of genetic sequence databases; and 3) open data sharing. The article then explores how this discourse chasm could cause intellectual property law to recalibrate in order to reflect emerging technologies and democratically engaged practices. The article concludes in Part 4 with the authors envisioning what some of these changes could entail—and how such changes should be welcomed as they will simultaneously improve biobanks and intellectual property law.

2. INTELLECTUAL PROPERTY DISCOURSE

A) PARTICULAR ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY IN BIOBANKS

Despite efforts to simplify the process of securing intellectual property rights (IPRs) (e.g. international treaties, centralized patent offices), such rights are still created by national laws and apply only in the countries that grant them. In IPD, IPRs are portrayed as tools to control how knowledge (or more specifically,

an intangible good of a creative kind) will be used. As a property right, it gives the holder of this right the ability to control other people's interaction with the subject matter of that right.

Though the theme of this article is theoretical, it is useful to understand how intellectual property plays a practical role in biobanks. Table 1 outlines the relationship between intellectual property and biobanks; it does not query whether any IPRs in biobanks will be

financially beneficial, as is discussed elsewhere (Pathmasiri et al., 2011). This article does not discuss the role of material property rights in biological samples, which, in their natural state, are generally not subject to intellectual property rights since no inventive or creative input is added. Though tangentially related and an extremely important and contentious topic, material property rights in samples are beyond the scope of this article and discussed elsewhere in the literature (Dove, 2011).

Table 1: Examples of possible intellectual property components contained within biobanks

Intellectual Property Right	Components
Copyright	<ul style="list-style-type: none"> • Software for interviews with participants, health questionnaires, security set-up, and bioinformatic-related software • Structure of genetic sequence databases(s) • Copyright on publication materials arising from biobank research
Trademark	<ul style="list-style-type: none"> • Biobank name and logo
Patent	<ul style="list-style-type: none"> • Gene patents • Novel sequencing method or innovative equipment for sample storage • New drug, repositioned drug, diagnostic tool derived from access to biobank's data and samples.

B) THE MASTER NARRATIVE OF INTELLECTUAL PROPERTY

IPRs, and how they are characterized and structured in law, are based on certain norms that society, at least historically, has deemed the “master narrative” (Lyotard, 1984). In other words, when we ask, for example, “What constitutes a patentable invention?”, we assume certain legal, socio-economic and political frameworks that make this standard “performative” language (Butler, 1997), such as a political economy based on capitalism and individual property rights. What emerges is a *discourse* (a comprehensive, historically informed term by which we mean all forms of speech, writing, signs, and the ways in which communication is intertwined and serves as an essential aspect of relations of power) (Foucault, 1972) that steers a set point of view of a set of actions (or non-action). In intellectual property, what ties these different rights together is the underlying notion that innovation is a social, *a priori* good and inventors

should be rewarded as heroes, while free riders should be chastised as “pirates” and “parasites”. In this discourse (seen, for instance, in article 7 of the TRIPS Agreement), limited property rights are the proper function of law and society is the ultimate beneficiary of these limited property rights (Hilgartner, 2009). Largely a Western conceit, it emphasizes individuals and individual rights, and big business and innovation as the path to self-fulfilment and social advance (Vaver, 1997). While historically intellectual property may have advocated a role for the social good, this has all but eroded today.

Moreover, intellectual property operates in a rather “closed world”, symbolized by a Chinese box-like framework of national laws and regulations, international treaties or agreements, and bilateral or multilateral agreements. The common denominator in this closed world—or “epistemic community” (Haas, 1992)—is that lawyers (including patent agents and judges) and regulators (including patent examiners and civil servants) act as the two main

(and perhaps only) necessary groups to make innovation and intellectual property properly function; they are, according to Professor Susan K. Sell, “socialized to promote the protection of IP, and uphold the ideology of private property rights” (Sell, 2003: 99). The relationship between inventor and users or consumers of the innovation are separated by multiple but clearly delineated expert intermediaries, including lawyers, regulators, and marketers.

Lawyers and regulators dominate the discourse and are considered experts who are bestowed authority to speak and act on matters relating to the field through autonomous processes of legal reasoning and policy drafting. Consequently, there is little if any *communication* between the epistemic community and citizens. Citizens are *impacted* by the domain’s laws and policies, but facing an “expertise barrier” (Parthasarathy, 2010) that is as much agent-driven as structural, they wield negligible power in the decision-making processes behind them. This narrow but powerful “closed world” frame, whereby innovation is trumpeted as the ultimate goal and *sine qua non* metric of success, brackets out contentious and latent legal, political, and ethical issues. This is well documented in the field of genetics patents, which is particularly germane for biobanks.

C) GENE PATENTS AND THE POWER OF INNOVATION RHETORIC

Though increasingly challenged in legal fora (sometimes with success), patent offices around the world grant patents for DNA sequences and entire genes in their non-natural state, provided they fulfil the standard patent criteria (i.e. they are new, have industrial application, and have an inventive step). Yet, there has been sustained criticism of gene patents. Professor James Boyle maintains that there are many arguments against gene patents (e.g. religion, “common heritage of humanity”, creeping commodification of nature, ownership of DNA by people whose bodies contain them, etc.), but most are dismissed by intellectual

property scholars as not comprising legitimate discourse (Boyle, 2003). Only innovation-centred arguments concerning whether gene patents are patentable subject matter and whether gene patents hinder innovation are accepted as valid material for debate within IPD.

Similarly, Europe’s Directive 98/44/EC on the legal protection of biotechnological inventions prohibits gene patents if “their commercial exploitation would be contrary to *ordre public* or morality” (Article 6), yet the determination of *ordre public* or morality is made by judges, lawyers, and regulators, who do not have special expertise or a monopoly on ethical decision-making, yet powerfully shape the terms of the inquiry and the corpus of acceptable evidence. Further, discussions in certain jurisdictions that centre on statutory research exemptions for use of patented inventions—to the extent such exemptions still apply in an age of blurred commercial and non-commercial academic research—fall into the traditional discourse of treating the law as the beginning and end for considering the appropriate scope and use of gene patents². As technologies and biobanks continue to rapidly increase in importance, we must, like Professor Boyle, pose a fundamental question: what does the debate over gene patents teach us about the structure of our legal discipline, about our pattern of inquiry? Or, to take Part 3 of this article as a springboard for exploration: how are biobanks leading to contested futures with intellectual property?

3. BIOBANK DISCOURSE AND CHALLENGES TO AND FROM INTELLECTUAL PROPERTY DISCOURSE

BD embraces technological systems, politics, and open future trajectories. A biobank is fundamentally a *social* and *political* institution with activities (e.g. data collection and transfer, experimental/translational biomedical and epidemiological research) geared towards the

“public interest”, that is, interests of present and future society. IPRs, by contrast, are private ends in themselves, not tools to further the public interest. As noted by Knoppers and Chadwick, the inherently shared bodily component of genetic research has engendered “a public and therefore a political examination of personal and social values” (Knoppers and Chadwick, 2005). Biobanking’s “open world” normative discourse emphasizes reciprocity, solidarity, and citizenry (Kanellopoulou, 2011), which likely promote more contested positions (deliberate and participatory democracy almost always do), but also more equitable and democratic outcomes. On a practical level, unlike IPD, which is premised on the commercialization of innovations and thus grounds itself in a property model (i.e. intangible goods to be objectified), BD—at least through the eyes of most sample donors and publics—is premised on the principle of non-commercialization of the human body and thus grounds itself in a consent model (i.e. tangible biological samples to be given away). Ploughing deeper, one discovers that the discourses differ on several fundamental levels.

A) PUBLIC ENGAGEMENT AND EMBRACING THE SOCIAL AND POLITICAL

Aside from research outputs that improve knowledge of human health, the success of a biobank is in large part defined by meaningful engagement whereby both participants and the broader community have trust (Critchley et al., 2012). Participants will not give data and samples and the public will not give support if there is not a dialogue (and ideally, a regulatory structure) that fosters transparency and confidence in biobank governance. IPD often emphasizes self-interest (i.e. individual rights and proprietary enclosure around a good), while BD often stresses a participatory approach (i.e. collective goods based on doing the “right thing” regardless of personal or family benefit) (Critchley et al., 2012), though researchers utilizing biobank resources do also

consider certain self-interested factors, such as reputational reward (Kieff, 2001).

Public participation and engagement is a growing movement in the biosciences. Biobanks establish ongoing relationships with participants and the broader community to foster public trust. Given the long-term nature of biobank research and the need to maintain data and samples for extended periods, biobank participants will not be able to receive all information necessary to have a fully informed picture of who has access to their data and samples, and what commercialization or IPRs may be associated with or derivative from the research undertakings. Though large-scale population-based biobanks are relatively recent, the evidence indicates that there is a strong degree of public trust in the privacy and confidentiality of the use of data (Pullman et al, 2012). However, a single breach of this trust can significantly hinder future biobank research (Critchley et al., 2012).

Biobanks have invested time and energy towards public engagement, albeit in different forms (e.g. community dialogue, small group meetings, focus groups, polls) that depend on cultural, socio-political, financial, and other contexts. Whatever the form of public engagement, it is important to discuss intellectual property aspects of the biobank infrastructure. International norms and guidelines, such as the 2009 OECD *Guidelines on Human Biobanks and Genetic Research Databases* (“OECD Guidelines”), stress that biobank operators should consider which relevant stakeholders, including the general public, should be consulted (Principle 2.D). In particular, a biobank should determine the extent and types of consultations based upon the nature and design of the biobank; the risks involved to participants, their families and identifiable groups; any particular sensitivities related to individuals and groups under study; and the types of research to be conducted (Best Practice 2.5). The greater the breadth of targeted participants and the more extensive the information and data to be collected, the more important it is that broad

consultations be carried out and with diverse groups (Annotations, s. 18).

Even if biobanks are committed to public engagement and fulfil international guidelines in carrying out various consultations, what will happen if many in the community, due to cultural, religious, political, or other significant and meaningful values, express an opposition to IPRs? For instance, Frank Dukepoo, a Hopi Indian and geneticist, has said: “When scientists don’t show cultural sensitivity and respect for the beliefs of others —like our absolute opposition to gene patenting— or won’t take ‘no’ for an answer, there is no basis for discussion, and there can be no cooperation” (Brower, 1998: 339). Biobanks seeking to both fulfil their duty to consult and engage the community, as well as foster the means for researchers or pharmaceutical companies to patent disease genes or diagnostic products, may find themselves in a quagmire. If there is clear community opposition to IPRs and the researchers continue nevertheless with the project, trust will quickly erode and compromise the success of genetic population research (as discussed in Part 4 below with the UmanGenomics failure). And if biobanks encourage populations to help set research goals and to view themselves as research *collaborators*, how will these populations respond to IPD, which largely disregards broader governance and engagement issues?

B) THE UNCERTAIN LEGAL NATURE OF GENETIC SEQUENCE DATABASES

Biobanks increasingly rely on online databases to enable scientific research. These databases contain genetic sequence information and also perhaps phenotypic information on numerous individuals. The data explosion in the last several years has led to renewed questions as to databases’ status as a legally protected entity. While the issue of open access and data sharing is discussed in the following section, it is important to note here that some biobanks assert proprietary rights over their databases by relying on copyright (espe-

cially in jurisdictions outside of the European Union), contracts, unfair competition laws, and/or *sui generis* database protection in the European Union that prevent others from extracting significant portions of the database without consent.

The *sui generis* database protection afforded by the European Database Directive (Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases) presumably covers genetic sequence databases, as the only preconditions for a database to be protected are that it 1) be a systematic collection of independent elements accessible in an individual manner, and 2) necessitated a substantial investment (by way of money, time, effort, technical equipment or human resources) in obtaining, verifying or presenting the content of the database judged qualitatively and/or quantitatively (Gervais, 2007). Moreover, the *sui generis* right may cover not only genetic sequence databases, but also collections of *physical material* (i.e. genetic samples), as “database” is defined broadly to include “other material” apart from works and data (Cornish et al., 2010). Thus, this powerful right may be extended to cover the essential components of a biobank —data and samples (provided they are in a “database”)— thereby privatizing the (public) biobank domain even more strictly than envisioned by the drafters of the Directive. However, since biological data can derive from different sources (e.g. from other databases or from sequencing projects), it is an open question whether data in the database has been “obtained”, as per the *sui generis* right found in Article 7 of the Directive, and thus receiving legal protection, or database creators invest only in “creating” the contained data, and thus, not counting towards a “substantial investment”, do not receive legal protection (Oliva and Carrales, 2011).

Another particularly troubling issue with these *sui generis* rights is that, assuming the European Database Directive does apply to genetic sequence databases, their protection could be extended beyond the 15-year limit

stated in the Directive since the term of protection restarts when substantial additions are made to the database [art. 10(3)], something that occurs regularly in biobanks (Madhavan, 2006). This, along with the uncertainty of the legal protection of genetic sequence databases, demonstrates that when the Directive was drafted in the mid-1990s, internationally collaborative techniques like cloud computing and the fast-evolving and data-intensive sciences like genomics and proteomics simply were not envisioned. Professors Cornish and Llewelyn have noted not only that “[v]irtually no consideration was given [during the presentation of the European Directive] to the position of major scientific databases, such as the biobanks and genebanks, which are crucial to progress in genetics” (Cornish and Llewelyn, 2003: 789), but also that “the *sui generis* database right[s] impact on the collection of data of all kinds in scientific research... went virtually unnoticed during the passage of [the Directive]” (Cornish et al., 2010: 945).

Further, the European Database Directive itself has been viewed as the product of skillful lobbying (Gervais, 2007) rather than solid economic evidence, given that the European Commission itself has remarked that the “economic impact of the ‘*sui generis*’ right... is unproven” (European Commission, 2006), symbolizing well the political leverages wielded by the IPD epistemic community that obstruct meaningful democratic and open decision-making. The consequences for the public are profound: the potential for infinite control of data by the “closed world” domain of intellectual property and an impediment towards the interoperability of data at a global level due to differing legal standards of database protection. As noted by intellectual property scholar Mahesh Madhavan (2006: 81):

The breadth of protection under the database right can force the scientists to pay for access to genomic data leading to a wave of commercial dominance that will breed monopoly. It can create a monopoly market with no benefit sharing of genomic information even in research environments. For this reason, the second-generation database builders will have to reinvent the

wheel, i.e. build new databases from scratch, which is not realistic in the bioinformatics discipline.

Other commentators contend that because biobanks are increasingly tightly controlling access to collected data via data access agreements and ethics and peer review, procedural and contractual mechanisms make the added protection provided by various intellectual property regimes somewhat moot (Parthasiri, 2011) and more importantly, a rather blunt instrument to purportedly protect innovators and encourage innovation.

C) OPEN DATA SHARING

To a significant degree, biobanks operate in an “open world” environment that relies on myriad publics not only for funding support, trust, data and sample donation, and benefit sharing, but also for enabling robust science. That is, contemporary biomedical science relies on research conducted in distributed networks involving teams of communally-oriented multidisciplinary and multi-institutional players (scientists, bioinformaticians, funding agencies, universities, etc.) that downplays (but certainly cannot eliminate) an individualist ethos often present in IPD. *Sharing*, as opposed to exchanging or licensing, of information and resources is the predominant ethos in the “open world” of biobanking.

As recognized by both the scientific and political communities, data sharing is necessary for scientific progress and requires the development of tools to facilitate the harmonization of international disease and database consortia and biobank infrastructures across national boundaries. A recent survey indicates that more than half of the biobanks in Europe engage in regular international data and sample sharing (Zika et al., 2011), reinforcing the Council of Europe’s observation of “increasing cross border flow of biological materials of human origin and data” (Council of Europe, 2006).

Releasing data rapidly into the public domain (known invariably as “open access” and

“open science”), subject to certain restrictions such as legal and ethical obligations to research participants on matters like privacy and informed consent, may be viewed as a primary means of providing benefit sharing and promoting broad social benefits (Joly et al., 2012). Yet, such a practice seriously challenges IPD pertaining to upstream rights claims that encourage exclusive, proprietary ring fences around data and samples (Caulfield et al., 2012). Professor Donna Gitter writes that “there is significant need for a data access policy for publicly funded genomic databases that will ensure the data’s accessibility while simultaneously protecting against parasitic patenting” (Gitter, 2007: 1491), which is the filing of dubious patent applications on upstream research and research tools that block other users’ access to the data.

Open data sharing demonstrates how multiple actors are using technology and models (e.g. science commons, copyleft, BioBrick™ Public Agreement) to democratize access to knowledge. This differs operationally from IPRs like patents, which often impose high transaction and information costs on various sectors of society. Patents allow not only for commonly acknowledged management rights that control decisions about a resource, but also latent managerial dominion over the social relations surrounding it, as witnessed by the patents on the ovarian and breast cancer genes, BRCA1 and BRCA2 (as well as rights to an analysis of the RAD51C gene), issued to the American molecular diagnostic company Myriad Genetics, Inc. Myriad charges individuals up to U.S. \$3,000 for use of its BRCA1 or BRCA2 test and thwarts competitors from producing cheaper alternatives. Inevitably, those in lower income brackets who may not have (any) health insurance, belong to a jurisdiction that pays for the test, or have the money to pay for it out of pocket, are excluded—along with doctors—from this advanced diagnostic test. Of course, patent status is but one of many factors that can impact access to diagnostics and therapeutics. Yet, it must be stressed that in general, poorer people

also suffer from more health problems and this does not factor into patenting decisions, which manifest almost exclusively from economic determinants.

Thus, the power that a patent holds on something difficult to invent around (Lee, 2009; Huang, 2006; Heller and Eisenberg, 1998), such as a disease gene, arguably constrains³ people from participating in decision-making and wider negotiations about technology—though Professor Peter Lee argues, within an innovation-centric discourse, that patents encourage “theorizing around” technical problems and promote scientific paradigm shifts (Lee, 2004). Biobanks that stimulate open access and researchers to share in the creation of knowledge confront intellectual property’s monopolies of configuration power (influencing how technologies are connected with the social world) and limits on democratic choice. This is not to render a negative indictment of intellectual property *per se*. But, it does give legitimate consideration to the hidden socio-political determinants of intellectual property policies that shape biobanks and publics, and causes us to reflect on the need for a wider analysis when considering the impact that gene patents, *sui generis* database protection privileges, and other forms of property rights can have on biobanks and associated emerging technologies.

4. WHAT NEXT FOR BIOBANKS AND INTELLECTUAL PROPERTY?

If we accept that biobanks and intellectual property will face contested futures, many jurisdictions may no longer accept a status quo system, comprised of complex laws, that views itself predominantly, if not exclusively, as economic and technocratic rather than social and political. It is critical to situate intellectual property in its historical context. Professor Adrian Johns reminds us that, “When we talk about intellectual property, we are necessarily historians for the duration. We have to be,

because the very concept involves notions of origination and authorship that demand excavation of the past and narrative explanation of its relation to the present” (Johns, 2006: 162). As early as 1869, the venerable and non-radical newspaper *The Economist* predicted that “the patent laws will be abolished ere long”. The scientist-philosopher Michael Polanyi advocated systemic patent reform in 1944 (Polanyi, 1944), as did economist Edith Penrose in 1951 (Penrose, 1951). The United States government has long recognized that systemic change in that country was needed, but absent a change in discourse and greater political involvement, little would change (Machlup, 1958).

Certain sub-systems within intellectual property have undergone incremental change, such as copyright, but little has changed in others, such as patent law. More critically, however, systemic change has never occurred. Rather, both the post-World War II and the post-Keynesian neo-liberal world order have imposed an internationally harmonized system of standardized law and discourse. Seen in a historical context, because the United States and other industrialized countries, mainly in Europe, wanted to ensure that industrializing countries like Japan would embrace the patent system, large diplomatic efforts went into establishing supranational organizations like the World Intellectual Property Organization (WIPO) to establish basic uniform standards for intellectual property protection and maintain the master narrative. WIPO, in turn, now falls in tune with the neo-liberal approach of the World Trade Organization and TRIPS Agreement. Consequently, the politics of intellectual property is hegemonic, severely under-developed (Boyle, 1997), and isolated from a broader social milieu (May, 2002).

This trajectory is surely being challenged not so much by economic orders (as much of the world now embraces or accepts the neo-liberal order) as social ones, and biobanks are what we consider a prime example of this. Biobanks are becoming increasingly transnational and equitable in character and are working towards

closing the life sciences gap between developed and developing communities. Their multidisciplinary and multi-actor approach challenges the traditional conception of what intellectual property deems a “producer” or “innovator”. Is it still the researcher who isolates the disease gene and patents it, or can it not be (alone or in concert with) the donors who facilitated the research and discovery process? The juridical concepts of patent pools and co-ownership do not provide clean answers and exclude social and political factors. More broadly, should we even maintain such rhetoric of “producers” and “innovators” or instead, conceptualize a new “open world” discourse that embraces modes of public involvement in intellectual property development and decision-making?

A) REFRAMING INTELLECTUAL PROPERTY

If IPD is to evolve from its current stasis, the extant law undergirding it may need to undergo a profound endogenous, systemic change. Some argue for specific improvements (e.g. more patent pools) over sweeping reforms. Our vision for a synergistic biobank and intellectual property relationship requires more extensive juridical and socio-political alteration. This is not a radical plea for the abolition of intellectual property (on the contrary, we think *some* system of property attribution serves many beneficial purposes). Rather, it is an entreaty that the domain recognizes and embraces its socio-political dimensions and works with —not against— broader human rights in our modern biobanking world. So that biobanks operating in modern liberal democracies (in developed and developing countries) and in a neo-liberal economic order sustain public trust and, ultimately, achieve success (measured by longevity, funding, public support, and scientific output), it is imperative that intellectual property laws and regulations affecting biobanks 1) fulfil principles of fundamental justice (i.e. are clear and well drafted and therefore understood by more than specialized lawyers) to the greatest pos-

sible degree; 2) integrate with one another and other areas of law; 3) focus on local and global diffusion and needs; 4) include all individuals as units of moral concern; and 5) reflect true citizen involvement. Intellectual property law, like all law, should be open to publics who can affect legislation and policies as much as they are affected by it. That is, publics must be rightfully respected as sophisticated negotiators who co-steer the course of the biobanking endeavour, innovation trajectory, and research outputs.

B) A SOLIDARITY-DRIVEN HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Beyond the internal need for modern intellectual property laws that are collaboratively well drafted, well understood, and transnationally interoperable, we also envision two other exogenous elements of change. First is the inclusion of a modern human rights perspective, as a political claim and juridical right, possibly in the form of future standards, policies, or laws or amendments to existing legislation, that would add an essential layer to intellectual property. It would serve two main purposes. First, it would serve as an operational constraint on the epistemic community, requiring them to consider the human rights impact of IPRs and policies before they are implemented or enforced, thus ensuring greater accountability and a check on power. Second, it would explicitly acknowledge the polychromatic realm of socio-political actors and practices. In addition to maintaining economic benefit as a factor, this perspective would adjoin the primacy of human dignity within a solidarity and community-oriented ethic.

Within the intellectual property and biobanking context, this modern human rights perspective would accommodate broad social and political perspectives and consider biobanks as a global public good, whereby their non-excludability allows everyone to share in and have access to their benefits, thus actively fostering the population dimension of biobanking. Such a perspective “buttresses the

view that biobanks should be managed under principles that consider the whole of humanity rather than narrower interests, no matter how seemingly benign” (Meslin and Garba, 2011: 459). This perspective would not treat downstream genomic innovations themselves (e.g. molecularly targeted drugs) as global public goods, but by recognizing the multiplicity of socio-political actors and practices and ensuring that biobanks are treated as a resource for the whole of humanity, it would better ensure that exclusive IPRs on biobanks, research tools, and raw data contained in a biobank are minimized and supplemented with measures to enable equitable access to these upstream goods and healthcare more generally.

This would go a long way to preventing what befell UmanGenomics, a Swedish spin-off biotechnology company that pitched itself as “ethics-grounded” (Hoeyer, 2004; Rose, 2003). Its engagement with a publicly funded, large-scale (68,000 individuals) population-based biobank (Medical Biobank at Umeå University’s research hospital) led to its collapse in 2003 because of four main disputes over the allocation of IPRs: 1) the contract between the university and Swedish county from which the samples and data were based (Västerbotten) ignored pre-existing research contracts; 2) UmanGenomics was granted monopoly commercial access to the public resource; 3) the contract ignored the fact that donors did not agree to have their samples used for private profit; and 4) the contract disregarded Sweden’s “teacher’s exemption” rule that allows academics to own the intellectual property they produce. A solidarity-driven human rights perspective likely would have prevented this outcome from occurring. Either through soft-law nudging or legal enforcement of rights claims by regional human rights bodies or other courts or tribunals, it would have encouraged the consideration of views of academics, donors, and publics as being equal to those of private industry, and worked to enforce norms fixated not on property rights (which IPD does well), but on promoting distributive justice and democratic engagement.

C) NEW POLICY-MAKING LOGICS

These first two visions are firmly situated in the legal realm. To avoid falling into a juridification trap or a blind faith in the saving grace of human rights, supplementary aspects at a global governance level should also be considered. Therefore, a second proposed exogenous element of change is the deployment of what Professor Shobita Parthasarathy terms “new policy-making logics” that engender “more iterative processes that [do] not take for granted the social benefits of innovation” (Parthasarathy, 2010: 362).

In the biobanking and intellectual property systems, an alternative logic, perhaps grafted on to biobank mission statements, would allow for more than an “economic benefit” lens when considering the value of IPRs and innovations. In this sense, IPD would retain an innovation-positive dimension, which we think is necessary and reflective of economic reality. However, it removes it as an unexamined centerpiece by allowing—and encouraging—an ethical and social benefit lens to evaluate, with new kinds of evidence and expertise, whether the application of an IPR would leave biobank participants and the greater public better off, beyond traditional financial metrics. Thus, it would not assume every innovation will necessarily generate social benefits. Instead of a linear logic that assumes gene patents lead to a stronger economy and thus a stronger society, an ethical and social benefit lens built on an evaluation mechanism that elides traditional evidence (novelty, economic utility, etc.) with other interests and values worthy of inclusion (health outcomes, potential for unjust enrichment, barriers to access, etc.), would facilitate inquiry into, for example, whether potential social and ethical harms, such as commodification of the human body and inaccessibility to valuable genetic tests or drugs, militates against the standard innovation-centric IPD. Deploying these new policy-making logics would not only promote a more holistic—and accountable—IPD, it would also bring many more stakeholders to the table as experts in

their own fields of health, sociology, politics, technology, and ethics.

5. CONCLUSION

This article has posited that “closed world” IPD, characterized by individual rights, property enclosure, and innovation as an *a priori* social good, is challenging and being challenged by emerging “open world” BD that emphasizes communal rights, reciprocity, solidarity, citizenry, as well biobank-related issues such as genetic sequence databases and open data sharing. While reflexivity encourages us to be aware of our biases and value judgments regarding these fields of study, we have attempted to avoid presenting a simplistic Manichean opposition that dismisses one for the other. We therefore sought neither a universal condemnation of IPD nor a heroic portrayal of BD. The literature regarding open access movements persuasively convinces us that the “binary tenor of current intellectual property debates... obscures other important interests, options, critiques, and claims for justice that are embedded in many new claims for property rights” (Chander and Sunder, 2004: 1334). Our impressionistic sketch, though binary, is meant to make overt these other interests and claims for justice.

As biobanks are planting global roots and becoming increasingly transnational in collaborative data sharing and infrastructure development, the time is ripe to query whether intellectual property’s fixation on expert decision-making and private goods is the most conducive path to bridging and co-producing open future trajectories with biobanks that emphasize cross-cultural public engagement, citizen-involved decision-making, and open data sharing. We think that the status quo IPD and the still emerging world of biobanking will lead to contested futures where the effects of the mal-distribution and asymmetry of information, knowledge, and genetic “theragnostics” will become more politically sensitive. We therefore presented visions of a

new kind of IPD. Time will tell whether such a new discourse is accepted and whether it will simultaneously improve biobanks and intellectual property law, but surely the emerging “open world” of socio-ethically and politically engaged biobanking is here to stay.

6. ACKNOWLEDGEMENTS

The authors would like to acknowledge the funding support of the Fonds de recherche du Québec-Santé (FRQ-S).

BIBLIOGRAPHICAL NOTE

- Boyle J. (2003) Enclosing the Genome: What the Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us. *Advances in Genetics* 50: 97-122.
- Boyle J. (1997) A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net? *Duke Law Journal* 47(1): 87-116.
- Butler J. (1997) *Excitable Speech: A Politics of the Performative*. New York and London: Routledge.
- Caulfield T., Harmon S., Joly Y. (2012) Open Science versus Commercialization: A Modern Research Conflict? *Genome Medicine* 4: 17.
- Chander A., Sunder M. (2004) The Romance of the Public Domain. *California Law Review* 92(5): 1331-1373.
- Chon M. (2006) Intellectual Property and the Development Divide. *Cardozo Law Review* 27(6): 2821-2914.
- Cornish W. R., Llewelyn D., Aplin T. F. (2010) *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade marks and Allied Rights* (7th ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Cornish W. R., Llewelyn D. (2003) *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade marks and Allied Rights* (5th ed.). London: Sweet & Maxwell.
- Council of Europe (2006) Recommendation Rec(2006)4 of the Committee of Ministers to Member States on Research on Biological Materials of Human Origin. Strasbourg: Council of Europe.
- Critchley C. R., Nicol D., Otlowski M. F., Stranger M. J. (2012) Predicting Intention to Biobank: A National Survey. *European Journal of Public Health* 22(1): 139-144.
- Dove E. S. (2011) The Genetic Privacy Carousel: A Discourse on Proposed Genetic Privacy Bills and the Co-Evolution of Law and Science. *Current Pharmacogenomics and Personalized Medicine* 9(4): 1-6.
- European Commission (2006) Evaluation of the 1996 Database Directive Raises Questions. *Single Market News* 2006 40: 19, online: http://ec.europa.eu/internal_market/smn/smn40/docs/database-dir_en.pdf.
- Foucault M. (1972) *The Archaeology of Knowledge*. London: Tavistock.
- Gervais D. J. (2007) The Protection of Databases. *Chicago-Kent Law Review* 82(3): 1109-1168.
- Gitter D. M. (2007) Resolving the Open Source Paradox in Biotechnology: A Proposal for a Revised Open Source Policy for Publicly Funded Genomic Databases. *Houston Law Review* 43(5): 1475-1521.
- Haas P. M. (1992) Introduction: Epistemic Communities and International Policy Co-ordination. *International Organization* 46(1): 1-35.
- Heller M. A., Eisenberg RS (1998) Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. *Science* 280: 698-701.
- Huang K. G. L. (2006) Innovation in the Life Sciences: The Impact of Intellectual Property Rights on Scientific Knowledge Diffusion, Accumulation and Utilization. PhD thesis, Massachusetts Institute of Technology.
- Joly Y., Allen C., Knoppers B. M. (2012) Open Access as Benefit Sharing? The Example of Publicly Funded Large-Scale Genomic Databases. *Journal of Law, Medicine & Ethics* 40(1): 143-146.
- Johns A. (2006) Intellectual Property and the Nature of Science. *Cultural Studies* 20(2): 145-164.
- Kanellopoulou N. (2011) Reciprocity, Trust, and Public Interest in Research Biobanking: In Search of a Balance. In: Lenk C, Hoppe N, Beier K, Wiesemann C. (eds). *Human Tissue Research: A European Perspective on the Ethical and Legal Challenges*. Oxford: Oxford University Press, pp. 45-53.
- Kieff S. F. (2001) Facilitating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science-A Response to Rai and Eisenberg. *Northwestern University Law Review* 95(2): 691-705.
- Knoppers B. M., Chadwick R. (2005) Human Genetic Research: Emerging Trends in Ethics. *Nature Reviews Genetics* 6(1): 75-79.
- Lee P. (2009) Toward a Distributive Commons in Patent Law. *Wisconsin Law Review* 4: 917-1016.
- Lee P. (2004) Patents, Paradigm Shifts, and Progress in Biomedical Science. *Yale Law Journal* 114: 659-695.
- Luhmann N. (Ziegert K. A., transl.) (Kastner F., Nobles R., Schiff D., Ziegert R., eds.) (2004) *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press.
- Lyotard J. F. (1984) *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. Manchester: Manchester University Press.

- Machlup F. (1958) United States Senate, Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyrights: An Economic Review of the Patent System. Study no. 15, 1958.
- Madhavan M. (2006) Copyright versus Database Right of Protection in the UK: The Bioinformatics Bone of Contention. *World Intellectual Property* 9(1): 61-90.
- May C. (2002) Unacceptable Costs: The Consequences of Making Knowledge Property in a Global Society. *Global Society* 16(2): 123-144.
- Murray F., Stern S. (2007) Do Formal Intellectual Property Rights Hinder the Free Flow of Scientific Knowledge? An Empirical Test of the Anti-Commons Hypothesis. *Journal of Economic Behavior & Organization* 63(4): 648-687.
- Oliva M., Corrales M. (2011) Law Meets Biology: Are our Databases Eligible for Legal Protection? *SCRIPTed* 8(3): 227-228.
- Parthasarathy S. (2010) Breaking the Expertise Barrier: Understanding Activist Strategies in Science and Technology Policy Domains. *Science and Public Policy* 37(5): 355-367.
- Pathmasiri S., Deschênes M., Joly Y., et al. (2011) Intellectual Property Rights in Publicly Funded Biobanks: Much Ado About Nothing? *Nature Biotechnology* 29(4): 319-323.
- Penrose E. T. (1951) *The Economics of the International Patent System*. Baltimore: Johns Hopkins.
- Polanyi M. (1944) Patent Reform. *Review of Economic Studies* 11(2): 61-76.
- Pullman D., Etchegary H., Gallagher K., et al. (2012) Personal Privacy, Public Benefits, and Biobanks: A Conjoint Analysis of Policy Priorities and Public Perceptions. *Genetics in Medicine* 14(2): 229-235.
- Rial-Sebbag E., Cambon-Thomsen A. (2012) The Emergence of Biobanks in the Legal Landscape: Towards a New Model of Governance. *Journal of Law and Society* 39(1): 113-130.
- Rose H. (2003) An Ethical Dilemma. The Rise and Fall of UmanGenomics-the Model Biotech Company? *Nature* 425: 123-124.
- Sell S. (2003) *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*. New York: Cambridge University Press.
- Vaver D. (1997) *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, ON: Irwin Law.
- Walsh J. P., Arora A., Cohen W. M. (2003) Working Through the Patent Problem. *Science* 299: 1021.
- Walsh J. P., Cho C., Cohen W. M. (2005) View from the Bench: Patents and Material Transfers. *Science* 309: 2002-2003.
- Williams H. L. (2010) Intellectual Property Rights and Innovation: Evidence from the Human Genome. National Bureau of Economic Research, NBER Working Paper 16213. Online: <http://www.nber.org/papers/w16213>.
- Zika E., Paci D., Braun A., et al. (2011) A European Survey on Biobanks: Trends and Issues. *Public Health Genomics* 14(2): 96-103.

NOTAS

1. A population-based biobank (e.g. UK Biobank) has the following characteristics, based on the Council of Europe criteria (Council of Europe, 2006): (i) the collection has a population basis; (ii) it is established, or has been converted, to supply biological materials or data derived therefrom for multiple future research projects; (iii) it contains biological materials and associated personal data, which may include or be linked to genealogical, medical and lifestyle data, and which may be regularly updated; and (iv) it receives and supplies materials in an organized manner.
2. We concede that this objection could be applied to other types of legal provisions outside of intellectual property. Moreover, despite claims of juridical capture by legal experts, this has not stopped judges from factoring morality issues into their court decisions, including those in intellectual property. Yet moral terminologies (e.g. “good faith”, “*ordre public*”) themselves are used in law to give a specific juridical meaning: “...morality as such has no legal relevance-neither as a code (good/bad, good/evil), nor in its individual values... The law can accept directly normative premises from morals or from other social sources, but can only do so through an explicit transformation” (Luhmann, 2004: 112).
3. Walsh and colleagues argue, albeit from within traditional IPD, that patents on upstream goods like research tools do not constrain downstream biomedical research (Walsh et al., 2003, 2005). A well-cited study conducted by Murray and Stern found evidence for a modest anti-commons effect, with the effect becoming more pronounced with the number of years elapsed since the date of the patent grant (Murray and Stern, 2007). They “reject the null hypothesis that IPR have no impact on the diffusion of scientific knowledge”, but also find that “erecting a (property rights) barrier to the accumulation of knowledge does not eliminate all Open Science use of that knowledge” (Murray and Stern, 2007: 683). Other researchers have found opposite conclusions. Huang finds “direct evidence of the adverse effect of ‘patent thickets’... and... the patenting of disease and cancer genes generates differential and significant negative impact

on knowledge dissemination and utilization” (Huang, 2006: 179). Empirical research on Celera’s patents on certain human genes during the Human Genome Project leads Williams to conclude that they “had persistent negative effects on subsequent scientific research and product development relative to a counterfactual of Celera genes having always been in the public domain” (Williams, 2010).





ESTUDIOS

Soft Law y sus efectos en el ámbito del Derecho europeo de los derechos humanos

Luis López Guerra

Ley, lenguaje y libertad (Sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal)

Tomás S. Vives Antón

La dispensa de declarar de las víctimas de violencia de género

Ana Montesinos García

La potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial y la regulación del mercado de reutilización de resoluciones judiciales

David Blanquer Criado

SOFT LAW AND ITS EFFECTS IN THE FIELD OF EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW

RESUMEN

La presencia del *soft law*, en cuanto reglas con valor normativo limitado, por figurar en instrumentos jurídicos no obligatorios, se ha hecho frecuente en el área del Derecho Internacional, y, posteriormente, en otros ámbitos del Derecho. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha utilizado el *soft law* no sólo como complemento adicional en sus resoluciones (*obiter dictum*), sino también como elemento básico para sus decisiones. Para ello, ha utilizado el *soft law* como indicador de la existencia de un consenso generalizado en cuanto a la interpretación de normas de Derecho positivo. La práctica del TEDH puede resultar relevante como ejemplo de los efectos del *soft law* en áreas del Derecho (como el Derecho Constitucional) caracterizadas por una escasa densidad normativa, y en las que la jurisprudencia de los Tribunales desempeña un papel destacado.

PALABRAS CLAVE

Normas vinculantes. Jurisprudencia. Interpretación del Derecho. Razonamiento jurídico. Derecho Internacional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

As rules with limited normative value present in non-mandatory legal instruments, soft law is often found in International Law and, consequently, in other legal areas as well. The European Court of Human Rights has cited soft law in its decisions not only as an additional complement (*obiter dictum*), but also as a basic element of its rulings. In that regard soft law has sometimes been used to underscore the existence of a generalized consensus in the interpretation of positive law rules. ECHR practice provides a relevant example of the effects of soft law in areas of law (such as Constitutional Law) that are sparsely regulated and in which court case law plays a significant role.

KEY WORDS

Binding norms. Case law. Interpretation of the law. Legal reasoning. International Law. European Court of Human Rights

SOFT LAW Y SUS EFECTOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Luis López Guerra

Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional

Sumario: 1. Concepto y manifestaciones del *soft law*. 2. Significado y efectos del *soft law*. El caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. Presencia del *soft law* en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Algún dato numérico. B) Tipo de presencia: (1) Simples citas. C) Tipos de presencia: (2) *Obiter dicta*. D) Tipos de presencia: (3) *Ratio decidendi*. 4. Una propuesta de clarificación: el caso de *Daymar y Baykara c. Turquía*. 5. El por qué y el cuándo de la utilización del *soft law*. 6. ¿Extensión del *soft law* más allá del Derecho Internacional? 7. Algunas consideraciones finales.

1. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES DEL *SOFT LAW*

No es ciertamente fácil definir el significado de un término, popularizado en inglés como *soft law*, y que tiene difícil traducción en otros idiomas¹. El término empezó a generalizarse en los años setenta del pasado siglo en el ámbito del Derecho internacional² al menos con dos sentidos. Desde un punto de vista estricto, se entendería por *soft law* aquellos instrumentos internacionales no vinculantes de tipo multilateral, en que las partes expresan deseos o propuestas que habrán de llevarse a cabo en el futuro, pero sin resultar obligatorias en el presente. Desde una perspectiva amplia, los instrumentos considerados como *soft law* incluirían no sólo acuerdos multilaterales, sino también declaraciones o recomendaciones de los órganos ejecutivos o deliberantes de orga-

nizaciones internacionales, o incluso de órganos asesores o de supervisión. En términos recogidos por la juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Françoise Tulkens, el *soft law* ha podido definirse como “reglas cuyo valor normativo sería limitado, bien porque los instrumentos que las contienen no sean jurídicamente obligatorios bien porque, figurando en un instrumento vinculante, no crearían obligaciones de Derecho positivo”³

Desde luego, el término *soft law* se refiere a una amplia variedad de instrumentos. Puede tratarse de textos elaborados por organizaciones internacionales de alcance global o mundial, como los textos elaborados por las Naciones Unidas: el más conocido ejemplo de este tipo sería la *Declaración Universal de Derechos del Hombre* de la Asamblea General de Naciones Unidas. Pero podemos encontrar otros ejemplos de menor alcance geográfico. Así, entre los documentos de alcance regional

valga señalar la amplia variedad de instrumentos de *soft law* en la Unión Europea, incluyendo (hasta el Tratado de Lisboa en 2010, en que se le dio fuerza vinculante) la misma *Carta de Derechos Fundamentales* de la Unión.

Dentro también del contexto regional europeo y en el ámbito del Consejo de Europa se ha aprobado un buen número de instrumentos de *soft law*. Como tales pueden citarse por un lado los emanados de aquellas instituciones del Consejo que representan, en el nivel ejecutivo o en el parlamentario, a todos los países miembros del mismo, como pueden ser las Recomendaciones o las Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria, y las Recomendaciones del Comité de Ministros; pero, por otro lado, también podrían considerarse como *soft law* los documentos, con diversas denominaciones, emanados de otros órganos especializados del Consejo, como el Comité para la Prevención de la Tortura, o la Comisión de Venecia.

Ahora bien, el uso de reglas del *soft law* (en cuanto manifestación de una voluntad formalmente expresada, pero a la que no se confiere fuerza vinculante) se ha extendido a otros ámbitos jurídicos, más allá del Derecho internacional. En nuestro país pueden encontrarse ejemplos de *soft law* en muchas manifestaciones de la actividad de los poderes estatales: tal sería el caso en aquellos supuestos en que las autoridades administrativas aprueban códigos de buenas prácticas, como pudiera ser el “Código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado”, aprobado por el Consejo de ministros en 2005⁴. Otro ejemplo, referido a las asambleas legislativas pudiera ser el representado por la aprobación parlamentaria de mociones o proposiciones sin fuerza vinculante, como las “proposiciones no de ley”: valga recordar la, en su momento muy difundida, “Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia” aprobada por el Congreso de los Diputados en 2002⁵. Incluso las autoridades judiciales pueden producir algo muy parecido al *soft law*; por ejemplo cuando un tribunal (particularmente los tribunales constitucionales) “recomienda” determinadas

líneas políticas u ofrece consejos al ejecutivo o al parlamento⁶. Y esta práctica no resulta totalmente desconocida en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que muy frecuentemente hace recomendaciones no vinculantes a los Estados demandados, referentes por ejemplo a las formas más adecuadas de ejecutar sus sentencias.

No es tampoco infrecuente el empleo del *soft law* en Derecho comparado. Se ha señalado, así, su utilización en el caso del Reino Unido⁷; conviene señalar en todo caso que debe diferenciarse en el Derecho constitucional británico, la presencia de Derecho no escrito, como las convenciones constitucionales (que son auténtico Derecho “clásico”, en cuanto su fuerza vinculante se ve reconocida sin discusión) del fenómeno del *soft law*. Este se manifiesta, en el caso británico, en forma de emisión de documentos de carácter oficial por los poderes públicos, tanto por el ejecutivo como por el parlamento, documentos que, sin tener un carácter de normación legal o reglamentaria, reflejan la voluntad de los órganos del Estado: un ejemplo serían los diversos tipos de acuerdos administrativos relativos a las competencias de los entes territoriales (así los llamados *devolution contracts*)⁸. Un fenómeno similar se ha producido en los Estados Unidos, asumiendo formas tales como declaraciones presidenciales o resoluciones no legislativas del Congreso⁹. Y se ha puesto de manifiesto recientemente que el empleo del *soft law*, al menos en el ámbito del Derecho Constitucional, se ha extendido a áreas geográficas distintas de las tradicionalmente estudiadas por los tratadistas europeos y americanos¹⁰.

2. SIGNIFICADO Y EFECTOS DEL *SOFT LAW*. EL CASO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Desde el momento de la aparición del fenómeno del *soft law* se inició una amplia discusión sobre la naturaleza y efectos de ese tipo

de reglas. Dado el campo en que se originó esta nueva categoría de disposiciones, esto es, el Derecho internacional, en forma de instrumentos que no ostentaban fuerza vinculante, fue la doctrina internacionalista la que primeramente se ocupó del tema. Una primera posición, desde luego, fue la de negar naturaleza jurídica a tales instrumentos o disposiciones, considerando que no puede hablarse de un *tertium genus* entre lo que es Derecho vinculante (*hard law*) y lo que no lo es; por tanto, o bien se identificaba al *soft law* con las reglas clásicas del Derecho, o bien se catalogaba como manifestación cuasi-académica de buenas intenciones o deseos. En consecuencia, y en esta dirección, se venía a considerar la extensión del concepto de del *soft law* como deplorable¹¹. Ahora bien, tal opinión, si bien fundada sólidamente en la lógica clásica de la teoría del Derecho, no resultaba de excesiva utilidad. Por una parte, porque se mantenía y se mantiene la cada vez más abundante producción de este tipo de textos; y por otra, porque tales textos mostraban (y ahí residiría precisamente el problema) tener consecuencias propias en el mundo jurídico, al producir efectos distintos de los derivados de las normas del *hard law* por un lado y de las simples opiniones académicas por otro. Pero además porque, según no pocas opiniones, la misma introducción de la categoría de *soft law* respondía a una necesidad en el mundo jurídico, desde la misma perspectiva del Derecho internacional. De acuerdo con algún autor, la categoría del *soft law* derivaría en forma general, “de la suposición de que la naturaleza binaria del Derecho no es adecuada para enfrentarse con la creciente complejidad de las relaciones internacionales contemporáneas, y de que hacen falta instrumentos normativos complementarios para regular los problemas multidimensionales del mundo moderno”¹².

El hecho es que en el ámbito de los estudios de Derecho Internacional la delimitación y explicación de los efectos del *soft law*, tal como se derivan de la práctica, aparece como una cuestión sometida a amplio debate. Se ha destacado así que este tipo de reglas suele versar usualmente sobre materias que se encuentran

reguladas también por las normas vinculantes de Derecho Internacional clásico, de modo que tendrían simplemente un carácter explicativo o clarificador de éstas; también se ha señalado que sus efectos podrían atribuirse a que asumen un carácter de Derecho consuetudinario internacional, o que reflejan principios generales de Derecho internacional. Se ha podido señalar igualmente que las prescripciones del *soft law* deben considerarse como Derecho *in fieri*, y que sus verdaderos efectos derivarían de su posterior reconocimiento o paulatina inclusión en el Derecho (*hard law*) de los Tratados, o de su conversión como se apuntó en costumbre internacional (fenómeno definido como *hardening of soft law*).

La discusión sobre el *soft law* se ha producido pues, inicialmente, en el ámbito del Derecho internacional, y respondía a las características y peculiaridades de este tipo de Derecho. Pero el empleo del término *soft law* se ha extendido a otras áreas jurídicas, ya incluidas en el Derecho “interno” y, en consecuencia, también en estas áreas se ha planteado la pregunta de cuál es la función (si hay alguna) que este tipo de instrumentos cumplen y cuáles son sus efectos en el mundo del Derecho.

Es en este aspecto donde resulta relevante el estudio del empleo del *soft law* por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, para ayudar a la comprensión del significado del *soft law* en el Derecho interno, pudiera ser útil el análisis de su empleo en un nivel jurídico que cabría considerar, por sus características, como intermedio entre el Derecho internacional y el Derecho interno (especialmente el Derecho constitucional). Me refiero a lo que pudiera denominarse “Derecho internacional de los derechos humanos” y más precisamente “Derecho europeo de los derechos humanos”, por cuanto que su versión más desarrollada es la representada por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³.

Hay que tener en cuenta que el sistema europeo de protección de los derechos humanos

muestra elementos que derivan tanto de una perspectiva del Derecho internacional como de otra que pudiera considerarse de Derecho constitucional. En cuanto a la primera, porque su instrumento normativo clave es un Tratado internacional, el Convenio de 1950, elaborado y modificado según las normas del Derecho internacional, y cuya interpretación se ha llevado a cabo, según la misma jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, dentro de los cauces establecidos en ese Derecho, y más precisamente, en los términos del Convenio de Roma de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Pero, en cuanto a la segunda, ha de destacarse que el sistema resultante del Convenio va más allá de los contornos clásicos del Derecho internacional, en cuanto viene a establecer un orden jurídico objetivo, superando un enfoque meramente bilateral, o incluso multilateral, de las obligaciones en que incurrir los Estados parte. Al crear un orden público europeo de los derechos humanos, el cumplimiento de las obligaciones resultantes del Convenio deja de depender del principio de reciprocidad; esto es, del cumplimiento también de sus obligaciones por la otra u otras partes; el texto del Convenio se impone como derecho objetivo, a aplicar por el órgano jurisdiccional encargado de su garantía; esto es, el Tribunal Europeo de derechos humanos. En palabras del mismo Tribunal “El Convenio desborda el marco de simple reciprocidad entre los Estados parte, en la medida en que crea, además de una red de compromisos bilaterales sinalagmáticos, obligaciones objetivas que se benefician de una garantía colectiva” (Irlanda *c. Reino Unido*, 1978). En palabras de José Antonio Carrillo Salcedo, antiguo juez del Tribunal, “los Estados parte no ha querido concederse derechos y deberes recíprocos útiles para la protección de sus respectivos intereses nacionales, sino realizar los objetivos e ideales del Consejo de Europa, e instaurar un orden público comunitario de las democracias libres de Europa, a fin de salvaguardar su patrimonio común de tradiciones políticas, sus ideales de libertad y de preeminencia del Derecho”¹⁴.

Todo ello convierte al Derecho europeo de los derechos humanos (y al Tribunal Europeo) en instituciones *sui generis*, resultantes de un proceso iniciado en el marco del Derecho internacional, pero que se ha desarrollado en el sentido de establecer, en el ámbito europeo, un sistema equivalente a los sistemas constitucionales de protección de derechos fundamentales. Por ello, la utilización del *soft law* en este campo puede ser muestra de cómo ese tipo de reglas ha ido extendiendo su presencia y efectos, a partir del Derecho internacional, pero extendiéndose a otras áreas, más afines al Derecho interno.

3. PRESENCIA DEL *SOFT LAW* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) ALGÚN DATO NUMÉRICO

De una observación general de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede comprobarse que las citas que éste realiza de instrumentos del *soft law* son muy abundantes. Como ejemplo, si se examinan las sentencias emitidas por la Gran Sala del Tribunal en los años 2008 a 2011, puede apreciarse que, de un total de 47 sentencias, no menos de 19 contienen, de una forma u otra, referencias a textos de *soft law*. Estas referencias son de muy variada naturaleza; así, se citan, de una forma u otra, Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros y de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, informes de la Comisión de Venecia, y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Partiendo de este muestreo, puede calcularse (en forma aproximativa) que alrededor de un tercio de sus sentencias hacen referencia a este tipo de instrumentos.

B) TIPO DE PRESENCIA: (1) SIMPLES CITAS

Como es lógico, el significado e importancia en cada caso de la utilización del *soft law* por el Tribunal varía considerablemente. En algunas sentencias el empleo de ese Derecho se reduce a una cita en la sección de las mismas denominada “Derecho internacional relevante”, sin mayor referencia en el cuerpo del razonamiento.

Para dar algún ejemplo, tal sería el caso de *Kulikowski c. Polonia* (2009), que versaba, entre otros extremos, sobre las consecuencias de la negativa del abogado del recurrente a formular recurso de casación. El Tribunal cita, en la sección mencionada (Normas internacionales relevantes) los Principios Básicos sobre la función de los Abogados (*Basic Principles on the Role of Lawyers*) elaborados por las Naciones Unidas en 1990, así como la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre medidas para facilitar el acceso a la justicia¹⁵, sin que se haga mayor referencia a estas disposiciones en la argumentación de la sentencia. En forma similar, en el caso *Danilenkov c. Rusia* (2009) que versa sobre el ejercicio de la libertad sindical (artículo 11 del Convenio) se cita, en la misma sección relativa a normas internacionales, la Compilación (*Digest*) del año 2006 de las decisiones del Comité sobre libertad de asociación de la Organización Internacional del Trabajo, sin que tal cita se traduzca en algún razonamiento jurídico en los fundamentos de la sentencia. Por añadir otro ejemplo, también del año 2009, en la sentencia en el caso *Feret c. Bélgica*, que versa sobre la condena a un líder de un partido xenófobo, derivada de expresiones racistas, se cita la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el “discurso del odio” (*hate speech*)¹⁶, sin que la cita se refleje en los razonamientos de la sentencia. Y, finalmente, en el caso *Sorguç c. Turquía* (2009), sobre alegada vulneración de la libertad de expresión, se hace referencia, también en la meritada sección, a la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la protección de la libertad de

expresión académica¹⁷. En todos estos casos, si bien se citan y reproducen diversos instrumentos de *soft law*, no se hace uso alguno de ellos en la parte de la sentencia que incluye el razonamiento sobre la cuestión planteada. Sin embargo, puesto que se incluyen total o parcialmente, en la sección de las sentencia bajo el epígrafe “Derecho internacional relevante”, parece que debe inferirse que de alguna forma se les tuvo en cuenta a la hora de decidir el fallo sobre el caso.

C) TIPOS DE PRESENCIA (2) OBITER DICTA

Este tipo de inferencia, no obstante, no es necesario en otros muchos casos en que se cita el *soft law*. En la mayoría de los supuestos, se hace referencia no solo a la existencia de documentos de *soft law*, sino también a cómo son tenidos en cuenta en el razonamiento de la sentencia. Ahora bien, hay una notoria diversidad en la importancia que se les da, según los casos.

En muchas de las sentencias del Tribunal, el *soft law* se cita dentro de razonamientos del tipo de *obiter dicta*, para reforzar una conclusión a la que, de todas formas, ya se ha llegado previamente por parte del Tribunal. En diversos supuestos, tras citar y comentar instrumentos internacionales de *soft law*, el Tribunal llega a una conclusión, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, sobre la base de la literalidad del Convenio, y a la luz de su propia jurisprudencia. Los instrumentos de *soft law* proveen así un razonamiento suplementario, y usualmente se introducen mediante expresiones como “también” o “en el mismo sentido” o “como se establece en las recomendaciones...”. Posiblemente la mayoría de los casos de empleo del *soft law* por el Tribunal pudieran incluirse dentro de esta categoría.

En *Salduz c. Turquía* (2008), por ejemplo, el Tribunal hubo de examinar si del Convenio se derivaba la necesidad de asistencia letrada durante la fase de detención previa a un procedimiento penal. El Tribunal llega a su decisión (condenatoria del Estado turco) sobre la base

de la interpretación del artículo 6 del Convenio, relativo a los requisitos de un juicio justo. El Tribunal, en la parte dedicada a las normas internacionales relevantes para el caso, cita las Reglas mínimas del Consejo de Europa para el tratamiento de los detenidos¹⁸, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo sobre las reglas penitenciarias europeas¹⁹ así como los informes del Comité para la prevención de la tortura (CPT) de los años 2001 y 2002 sobre la situación en Turquía. Cita asimismo el artículo 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (sin fuerza vinculante en el momento) así como diversos instrumentos jurídicos, de muy varia naturaleza, de las Naciones Unidas sobre los derechos de los menores (por ejemplo, las Observaciones del Comité de derechos del niño, de 25 de abril de 2007). Ahora bien, y a diferencia de los casos comentados en el apartado anterior, el Tribunal hace referencia expresa a estos documentos de *soft law* en su razonamiento, para apoyar sus conclusiones. Así, en su párrafo 54, la sentencia en el caso *Salduz* establece que “el Tribunal ha tomado también en consideración en esta materia las numerosas recomendaciones del CPT, subrayando que el derecho de todo detenido a la obtención de asesoramiento jurídico constituye una garantía fundamental frente a los malos tratos” y en su párrafo 60 afirma que “remitiéndose a un número importante de instrumentos jurídicos internacionales relativos a la asistencia jurídica debida a los menores detenidos (...) el Tribunal subraya la importancia fundamental de la posibilidad, para todo menor detenido, de tener acceso a un abogado durante su detención”.

En otra sentencia, del año 2009 (*Petkov. c. Bulgaria*) relativa a la prohibición a los recurrentes a presentarse como candidatos, debido a sus conexiones con la policía política del anterior régimen, se ha empleado un tipo similar de *obiter dictum*, empleando el *soft law* referido a materias electorales. Para justificar haber apreciado una violación del artículo 3 del Protocolo número 1 al Convenio, el Tribunal “observa que un sistema efectivo de recursos electorales, tal como se describe en el Código

de buenas prácticas en materia de elecciones de la Comisión de Venecia [CDL-AD (2002) 23 rev.] es una salvaguardia de importancia frente a la arbitrariedad en los procesos electorales”, aunque el Tribunal, inmediatamente decide centrarse en “las específicas circunstancias del caso” para alcanzar su decisión.

En *Slawomir Musial c. Polonia* (2009), relativo a un recurso por tratamientos inhumanos durante la detención, el Tribunal subraya la naturaleza de *obiter dictum* de sus referencias al *soft law*. Refiriéndose a las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reglas penitenciarias europeas (2006), y sobre los aspectos éticos y organizativos del cuidado de la salud en las prisiones²⁰, afirma que “en Sentencias recientes el Tribunal ha llamado la atención de las autoridades sobre la importancia de estas recomendaciones, a pesar de su naturaleza no vinculante para los Estados miembros” (párrafo 96).

A este respecto, a veces no es fácil determinar hasta qué punto el Tribunal emplea texto de *soft law* únicamente en sus *obiter dicta*. Por ejemplo, el Tribunal muestra un lenguaje más decidido en *Volkan Ozdemir c. Turquía* (2009), en un recurso sobre malos tratos a detenidos, en el que, al analizar los informes médicos sobre el caso, la Corte expresa que “ambos son poco detallados, y quedan muy por debajo de los niveles recomendados por el Comité Europeo para la prevención de la tortura y los tratamientos o penas inhumanos o degradantes (CPT) que son tenidos regularmente en cuenta por el Tribunal en el examen de aquellos casos que versan sobre malos tratos (...) así como las directivas (*guidelines*) establecidas en el Manual sobre la investigación y documentación efectiva de la tortura y otros tratos o castigos inhumanos o degradantes (Protocolo Estambul) presentadas al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos”. Esta forma de referirse a las recomendaciones del CPT, y otros documentos sin fuerza (formalmente) vinculante no deja de plantear dudas sobre si el Tribunal las considera únicamente como apoyo complementario de su *ratio decidendi*.

D) TIPOS DE PRESENCIA (3) RATIO DECIDENDI

Este tipo de dudas se ve reforzado cuando se examinan otras sentencias en las que la decisión final del Tribunal parece derivarse directamente del contenido de textos de *soft law*, no ya para apoyar sus razonamientos, sino como *ratio decidendi* del fallo.

Efectivamente, en algunos casos el razonamiento del Tribunal muestra que su interpretación del Convenio se ve decisivamente determinada por algún instrumento de *soft law*; de forma que, si tal instrumento ni hubiera existido, su interpretación del Convenio hubiera sido diferente. Valga como primer ejemplo el caso *Manole c. Moldova* (2009) en que se planteaba ante el Tribunal la compatibilidad con el artículo 10 del Convenio, relativo a la libertad de expresión, de las presiones y sanciones a que se habían visto sujetos diversos periodistas trabajando para la empresa estatal de televisión moldava. El Tribunal cita abundantemente en la sección correspondiente, una serie de documentos de *soft law*: así, la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 1994, sobre el futuro de la televisión y radio públicas; la Recomendación²¹ sobre la garantía de la independencia de la radiotelevisión pública, y la Declaración del Comité de 7 de septiembre de 2006, sobre la garantía de la independencia del servicio público de radiotelevisión en los Estados miembros del Consejo. Y la sentencia no se limita a la cita, sino que, en varios apartados, confirma el carácter decisivo para su fallo de los contenidos de ese *soft law*. Así, en su apartado 102, la sentencia afirma que “*los standards relativos al servicio público de radiotelevisión acordados por los Estados miembros del Consejo de Europa (...) proporcionan una guía para el enfoque que debe adoptarse para interpretar el artículo 10 en este campo*”; afirmación que repite literalmente en el apartado 107. Podría tratarse de una expresión retórica, pero inmediatamente, y con referencia al problema concreto planteado en el caso, el Tribunal menciona las citadas líneas directrices para la garantía de la independencia de las emisiones de radio y televisión públicas

para concluir que en el caso de Moldova era esencial que las autoridades hubieran establecido un ordenamiento legal de esa materia. En términos de la sentencia, “Para cumplir con sus obligaciones, era esencial, *según los dispuesto en las líneas directrices mencionadas*, establecer un marco legal que asegurase la independencia de TRM (la entidad de televisión en cuestión) de interferencias y controles políticos”.

Una situación similar se planteó en *Enea c. Italia* (2009). A la hora de examinar la aplicación del Art. 6.1 del Convenio, en relación con los derechos de personas presas sometidas a un régimen especialmente duro (y en concreto el derecho a acceder a un Tribunal), y ante la cuestión de si se estaban o no dilucidando derechos derivados del Convenio, el Tribunal establece, que “la mayoría de las restricciones a las que el demandante se vio sometido según su alegaciones, se refieren a un conjunto de derechos de los presos que el Consejo de Europa ha reconocido mediante las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptadas por el Comité de Ministros en 1987 y reelaboradas en una recomendación de 11 de mayo de 2006, Rec (2006) 2” (apartado 101). En este caso el Tribunal reconoce que está citando *soft law*, en el sentido de Derecho no vinculante jurídicamente: sin embargo, establece indirectamente que se trata de Derecho relevante para el caso. En palabras del Tribunal, “aunque esta recomendación no es jurídicamente vinculante para los Estados miembros, la gran mayoría de ellos reconoce que los presos son titulares de los derechos a que se refiere, y proveen vías de recurso frente a medidas que restrinjan esos derechos”. Como resultado, concluye “de ello se deriva que puede admitirse que existe una “disputa sobre un derecho” en el sentido del artículo 6.1 en el presente caso” (par. 102). Es decir, que la recomendación, aun no siendo jurídicamente vinculante para los Estados individualmente, resulta así y todo de importancia decisiva para el razonamiento del Tribunal, a la hora de establecer que debía pronunciarse sobre derechos reconocidos en el Convenio.

Una muestra adicional de este empleo del *soft law* puede encontrarse en *S. y Marper c.*

Reino Unido (2008) donde el Tribunal se refirió como principios nucleares (*core principles*) de la protección de datos, a aquellos “que parecen haber sido aplicados consistentemente” de acuerdo con el Convenio para la Protección de Datos y las posteriores recomendaciones del Comité de Ministros, citando expresamente la Recomendación²², que regula el uso de datos personales en el área policial, así como la Recomendación²³ sobre el uso de análisis de ADN en el sistema de justicia penal.

Otro ejemplo de la influencia sobre las decisiones del Tribunal de lo que teóricamente era sólo (en aquel momento) *soft law* puede encontrarse en *Scoppola c. Italia* (2009). Se trataba en este caso, de decidir sobre si el mandato del artículo 7 del Convenio, relativo a la irretroactividad de las normas penales, había de interpretarse en el sentido de imponer la aplicación de la pena más ligera prevista por la legislación posterior a la infracción. En este supuesto, el Tribunal observó que la jurisprudencia anterior de la Comisión Europea de derechos humanos (así en *X. c. Alemania* (1978) y más tarde del mismo Tribunal, como en *Le Petit c. Reino Unido* (2000), o *Ziprianov c. Bulgaria* (2003), había considerado repetidamente como manifiestamente infundados recursos que alegaban que los delitos por los que habían sido condenados habían sido descriminalizados, o sometidos a una pena menor con posterioridad a la condena. Sin embargo, tras admitir que “ha pasado mucho tiempo desde que la Comisión emitió su mencionada decisión en *X. contra Alemania*”, el Tribunal en *Scoppola* consideró que “debe tenerse en cuenta la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Y, ciertamente, el Tribunal no se limitó a citar la Carta. El Tribunal utilizó el artículo 49.1 de la misma, que establece que “*si tras la comisión de una ofensa criminal la ley establece una pena inferior, tal pena será la aplicable*” para modificar su jurisprudencia previa. Hay que señalar que la cita de la Carta Europea de Derechos Fundamentales ha sido durante algún tiempo un ejemplo de la utilización del *soft law* (en tanto, antes del Tratado de Lisboa, no fue parte inte-

grante del Derecho vinculante de la Unión Europea) por la jurisprudencia. En la misma sentencia, el Tribunal hace una afirmación que, como se verá más abajo, viene a explicar por una vía indirecta la relevancia del *soft law* en su jurisprudencia al subrayar que “ha emergido paulatinamente un consenso en Europa” sobre la necesidad de aplicar la pena menos grave, incluso aquella prevista después de la comisión de la ofensa delictiva. La idea del “consenso” aparece así como elemento fundamental en esta materia.

4. UNA PROPUESTA DE CLARIFICACIÓN: EL CASO DE DAYMAR Y BAYKARA C. TURQUÍA

Posiblemente el ejemplo más claro (y posiblemente uno de los más resaltados por los comentaristas de la jurisprudencia de Estrasburgo)²⁴ del carácter determinante que puede asumir el *soft law* a la hora de adoptar una decisión por parte del Tribunal Europeo sea el representado por la sentencia en el caso *Demir y Baykara c. Turquía* (noviembre, 2008). La cuestión que se planteaba era la de si el alcance del artículo 11 del Convenio, relativo a libertad de asociación, se extiende también al derecho de los funcionarios públicos a sindicarse y a acordar convenios colectivos; y uno de los temas que se planteaban en la sentencia era la importancia que había que dar, en el proceso de adopción de decisiones jurisdiccionales por el Tribunal, a instrumentos internacionales no vinculantes. El Gobierno turco, en sus alegaciones en el curso del proceso, manifestó expresamente que en el mismo era de aplicación exclusiva el Convenio Europeo de derechos humanos, sin que pudieran emplearse instrumentos internacionales no ratificados por Turquía. Venía así a plantearse expresamente el significado y posibles efectos del *soft law*.

Los instrumentos que aparecían relacionados con las circunstancias del caso, y a los que se hacía mención en el apartado de la Sen-

tencia con el epígrafe “El Derecho interno e internacional pertinente”, eran señaladamente varios artículos de la Carta Social Europea, en su versión de 1989, no ratificada por Turquía: los artículos 12 y 28 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (aún sin fuerza vinculante para los países de la Unión Europea, y desde luego, respecto de Turquía) y la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el estatuto de los agentes públicos en Europa²⁵.

La Gran Sala del Tribunal dedicó una sección entera de su sentencia a expresar su opinión sobre la relevancia de estos documentos, bajo el título “*Diversidad de textos e instrumentos internacionales empleados para la interpretación del Convenio*”. Viene a señalar que el Tribunal, para la interpretación de los preceptos del Convenio, se atiene a las reglas de los artículos 21 a 31 del Convenio de Viena: y añade que puede emplear para ello, desde luego, normas vinculantes de Derecho internacional, como son los Tratados internacionales en vigor, y los “principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (pár. 71). Yendo más allá, en este caso, el Tribunal reconoció explícitamente que en su jurisprudencia había “utilizado, a efectos de interpretar el Convenio, instrumentos intrínsecamente no vinculantes de los órganos del Consejo de Europa, en particular resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria” (pár. 74). E inmediatamente a continuación afirma que “estos métodos de interpretación han llevado también al Tribunal a reforzar su razonamiento mediante la referencia a normas emanadas de otros órganos del Consejo de Europa desprovistos de toda función de representación de los Estados partes del Convenio, tanto de órganos de supervisión como de órganos de expertos”, citando la Comisión para la democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, y el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de los tratamientos o penas inhumanos o degradantes. Así, el Tribunal considera que esos textos vienen a complementar o reforzar

(*supporting*) sus propias conclusiones obtenidas respecto de la interpretación del Convenio. Quedándose, en este aspecto, así dentro de los límites de los *obiter dicta* mencionados más arriba.

Pero el Tribunal va más allá en *Demir y Baykara*. El Tribunal expone que, en el caso de que los medios tradicionales de interpretación se prueben insuficientes, “el Tribunal no puede dejar de lado el conjunto constituido por reglas y principios aceptados por una gran mayoría de los Estados, los denominadores comunes de las normas de Derecho internacional o de los Derechos nacionales de los Estados europeos” que “reflejan una realidad que el Tribunal no podría ignorar” (pár. 76). Y, en la búsqueda de esos denominadores comunes, el Tribunal “nunca ha distinguido entre fuentes del Derecho según hayan sido ratificadas o no por el Estado de que se trate”. Como consecuencia de todo ello, el Tribunal concluye que el consenso emergente de los instrumentos internacionales especializados y de la práctica de los estados contratantes puede constituir un elemento pertinente a la hora de interpretar los mandatos del Convenio en casos específicos.

El Tribunal, así venía a referirse al papel de instrumentos no vinculantes (al menos para el Estado afectado) en cuanto exponentes de un “consenso emergente” a la hora de definir los términos del Convenio. Y ello teniendo en cuenta (como el Tribunal también señala específicamente, pár. 146) que el Convenio es un instrumento vivo, que debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales, en las que hay que integrar la evolución del Derecho internacional. Ciertamente, uno de esos instrumentos sería la Carta Social Europea, algunos de cuyos artículos, en su nueva versión, no habían sido ratificados por el Estado demandado, Turquía (para la que no eran por tanto, *hard law*). Siguiendo su línea de razonamiento, en la *ratio decidendi* relativa a la interpretación del artículo 11 del Convenio en cuanto a si incluía en su ámbito el derecho de los empleados municipales a la sindicación, el Tribunal hizo referencia explícita tanto a la Carta Social Europea como a la Recomendación R(2000)6

del Comité de Ministros. Y a la hora de decidir sobre la inclusión del derecho de negociación colectiva dentro del citado artículo 11 del Convenio, el Tribunal se refirió explícitamente a otros instrumentos de *soft law*; esto es, la Carta Europea de Derechos Fundamentales (antes del Tratado de Lisboa) y a los informes de un órgano de la Organización Internacional del Trabajo, carentes también del carácter de “instrumento vinculante”, como era el Comité de Expertos de la OIT; informes que interpretaban el concepto de “empleado público”.

5. EL POR QUÉ Y EL CUÁNDO DE LA UTILIZACIÓN DEL *SOFT LAW*

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos permite contestar a varias cuestiones de interés relativas al significado y efectos del *soft law*, tanto en lo que se refiere a su significado en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, como, posiblemente, en otros contextos. La primera sería la referente al papel del *soft law* y el porqué de su utilización: ¿qué función puede cumplir en la adopción de las decisiones del Tribunal a la hora de precisar el alcance de los derechos contenidos en el Convenio y sus protocolos? La segunda sería la referente a la oportunidad y legitimidad de su empleo: ¿cuándo y en qué condiciones el *soft law* puede cumplir esa función? Finalmente, ¿qué consecuencias puede tener el empleo por parte del Tribunal del *soft law* como factor determinante para la misma naturaleza de ese tipo de normas?

La primera pregunta, en relación con la aplicación por el Tribunal del *soft law*, es similar a la que se plantea en términos más generales sobre si (y cómo) ese tipo de normas debe aplicarse en el ámbito del Derecho internacional. Y la respuesta, a la luz de la jurisprudencia analizada, parece clara; el *soft law* como tal no tiene un valor propio, como parámetro suficiente para la adopción de decisiones jurisdiccionales: si lo tiene es como elemento para la interpretación de las normas que sí tienen ese

valor; esto es, el Convenio y sus protocolos. Por decir una obviedad, el *soft law* no es *hard law*. Pero asignarle ese valor (sólo) interpretativo no supone en forma alguna minimizar su función. Como se ha visto, las normas de *soft law* pueden tener una considerable relevancia (a veces una relevancia decisiva) al establecer, de entre las varias interpretaciones posibles de un mandato de la Convención, cuál es aquella que se impone como vinculante para el Tribunal.

Ahora bien, aceptado este punto, se plantea la siguiente cuestión. Como se ha visto, hay muchas formas de expresión del *soft law*, tanto por el tipo de instrumentos en que se expresa (recomendaciones, líneas directrices, resoluciones, informes) como por los entes que lo producen (cuerpos ejecutivos o deliberantes de organizaciones internacionales, órganos de asesoramiento, de control, de propuesta). ¿En qué supuestos, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede el *soft law* cumplir ese papel interpretativo, a veces con consecuencias decisivas para el caso a resolver por el Tribunal?

Contestar a esa pregunta requiere tener en cuenta algunas peculiaridades del sistema europeo de protección de derechos humanos. En primer lugar, que se trata de un sistema dotado de una garantía judicial general: esto es que, a diferencia de otros sistemas de protección internacional de derechos humanos, toda reclamación basada en una alegada vulneración de derechos reconocidos en el Convenio tendrá acceso directo al Tribunal (sin intermediación de órgano “de filtro” alguno), deberá ser examinada por éste, y, eventualmente, y si cumple los requisitos de admisibilidad, será objeto de una resolución sobre el fondo. La decisión sobre la demanda se atribuye pues en exclusiva a un órgano judicial: esta judicialización es completa a partir de la reforma del Convenio por el Protocolo número 11, que suprimió la capacidad decisoria de que previamente disponía el Comité de Ministros, órgano político que, a partir de ese Protocolo, se convierte en supervisor de la ejecución de las Sentencias del Tribunal. Las demandas al Tribunal serán pues

resueltas por un órgano judicial, y por criterios jurídicos.

Ahora bien, a la hora de apreciar la extensión de esos criterios, un dato se hace evidente al respecto: la relativamente escasa densidad de la normativa que debe regir las decisiones del Tribunal. En efecto, tal normativa, en sus aspectos sustantivos, se reduce a unos pocos artículos del Convenio (arts. 2 a 14) y de sus protocolos. En comparación con la prolija regulación legal y constitucional relativa al reconocimiento y garantía de derechos común hoy a los ordenamientos nacionales, el texto del Convenio europeo es llamativamente parco. Y, habida cuenta del tipo de derechos que reconoce, y su proyección en prácticamente todos los aspectos del mundo jurídico (piénsese por ejemplo en el derecho a un juicio justo), es evidente que, para conseguir una mínima seguridad jurídica, esa normativa ha de verse completada por otros mandatos, que precisen el sentido y alcance de las disposiciones del Convenio ante la multiplicidad de situaciones con las que el Tribunal ha de enfrentarse. Es en este aspecto donde cobra decisiva importancia la jurisprudencia del Tribunal, en cuanto, resolviendo los sucesivos casos que se le plantean, va estableciendo pautas de interpretación, sentando precedentes que sirven de guía para la resolución de casos posteriores. En gran manera, el Derecho europeo de los derechos humanos es un derecho jurisprudencial, creado a lo largo ya de más de cincuenta años de ejercicio de la jurisdicción del Tribunal. Si en otras ramas del Derecho cobra especial protagonismo el papel del legislativo (así en el Derecho penal) o el del ejecutivo (como es el caso en el Derecho internacional), en el Derecho europeo de los derechos humanos es el papel del órgano jurisdiccional el que se destaca como más relevante.

A ello debe añadirse otra consideración. Desde un primer momento, el Tribunal ha afirmado que su labor de garantía de los derechos del Convenio debe traducirse en que éstos sean derechos efectivos, esto es, no meramente formales o teóricos, sino traducibles a la vida real (*Airey c. Irlanda*, 1979). Y ello

supone, necesariamente, la interpretación de los mandatos del Convenio de acuerdo con las necesidades reales y las peculiaridades del momento: en otras palabras, y como el Tribunal ha afirmado continuamente, la efectividad del Convenio supone que éste debe considerarse como un instrumento vivo (*Tyrer c. Reino Unido*, 1978). La condición de instrumento vivo del Convenio supone separarse de una concepción de tipo originalista; esto es, la consistente en estimar que el sentido de los términos del Convenio es el que tenían en mente sus redactores en 1950. Al definirse el Convenio como un Derecho vivo, capaz de enfrentarse con necesidades cambiantes, el Tribunal debe adaptar su interpretación a esas necesidades. Y, por otra parte, sólo el Tribunal tiene esa capacidad, si tenemos en cuenta el carácter extremadamente rígido de la norma convencional, cuyo cambio solo es posible mediante un complicado mecanismo, que supone la aquiescencia de (por el momento) cuarenta y siete entidades estatales.

La puesta al día continua de los mandatos del Convenio por la jurisprudencia del Tribunal exige que éste tenga en cuenta los cambios que se producen en cuanto a las amenazas a que se ven sometidos los derechos del Convenio, así como a los cambios en los valores sociales que inspiran esos derechos. Obviamente, esta tarea de adaptación progresiva presenta un innegable peligro: que, en lugar de proporcionar una guía de conducta estable y sólida, en interpretación del Convenio, el Tribunal altere impredeciblemente su jurisprudencia, atendiendo a supuestos cambios, materiales o ideológicos, por él mismo definidos en forma más o menos aleatoria, creando por tanto una situación de indefinición, y en consecuencia, de inseguridad jurídica.

Es aquí donde el *soft law* puede representar una destacada ayuda a la hora de orientar al Tribunal en cuanto a la existencia y general aceptación de circunstancias que puedan y deban afectar al desarrollo de su jurisprudencia. El Tribunal ha señalado (y *Demir y Baykara* es un ejemplo) que “puede y debe” tener en cuenta consideraciones sobre estas circunstancias que sean objeto de un consenso general. Para esta labor de adaptación

del “Derecho vivo” del Convenio a las necesidades de cada momento por la jurisprudencia del Tribunal, siguiendo en lo posible líneas objetivas y predecibles, el *soft law* proporciona una serie de materiales (propuestas, recomendaciones, evaluaciones) que no son expresión de meras preferencias o análisis individuales (como pueden ser, por ejemplo, los estudios ‘propios de la literatura académica’), sino resultado de la actuación, directa o indirecta, de los mismos sujetos creadores y destinatarios del Derecho en su conjunto, y por lo tanto expresión de convicciones y principios compartidos por ellos. Concretamente, en lo que se refiere a los documentos de *soft law* elaborados por los órganos del Consejo de Europa, puede suponerse razonablemente que su contenido es compartido por todos los países firmantes del Convenio, y por tanto que expresan un consenso sobre los valores a tener en cuenta a la hora de interpretar sus mandatos. Incluso en los supuestos en que ese consenso no sea unánime, la aceptación de determinados principios o valores por la gran mayoría de los países firmantes del Convenio puede legítimamente llevar al Tribunal a considerar que existe una base objetiva para interpretar las normas del mismo de acuerdo con esos principios y valores, recogidos en el *soft law*. Así, éste al reflejar un consenso general puede desempeñar un relevante papel a la hora de definir los conceptos empleados en el Convenio: el *soft law* vendría a prestar una base de certeza objetiva a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal, sin separarse de las exigencias de la seguridad jurídica. Naturalmente, es tarea del Tribunal (y ello queda dentro del margen de apreciación ineludible en toda actuación jurisdiccional) decidir si ese consenso general existe, y hasta qué punto los textos existentes de *soft law* efectivamente reflejan ese consenso. El Tribunal en varias ocasiones ha considerado expresamente que determinadas recomendaciones de órganos del Consejo de Europa no podían considerarse (por el momento) como orientaciones con fuerza decisiva: por ejemplo, en *Sulejmanovic c. Italia*, el Tribunal reconoció que el standard mínimo deseado por el Comité para la prevención de la tortura en sus informes sobre el espacio disponible por los detenidos en una celda (al menos siete metros cuadrados) no era universalmente

aplicable, y que otros factores habrían de tenerse en cuenta. En forma aún más expresa, en *Sitaropoulos y otros c. Grecia* (2012) en relación con la previsión del voto de los residentes en el extranjero, el Tribunal reconoce que existen numerosos documentos del Consejo de Europa que incitan a los Estados miembros para que permitan en lo posible a sus ciudadanos residentes en el extranjero la participación en los procesos electorales. Pero ello no le lleva a interpretar el artículo 3 del Protocolo n. 1 del Convenio en el sentido de que imponga una obligación al respecto: el Tribunal concluye que de esos documentos no puede aún deducirse que exista un consenso que obligue al Tribunal a hacer una interpretación en ese sentido. En palabras del Tribunal, “En lo que se refiere a las modalidades de ejercicio de ese derecho (al voto, LLG), la variedad de las soluciones empleadas por los países miembros del Consejo de Europa que autorizan el voto en el extranjero revela la ausencia actual de un consenso sobre esta materia”.

El *soft law* cumple así un papel no desdeñable, en cuanto, al actuar como indicador expresivo de un consenso sobre el significado y evolución de los conceptos jurídicos, puede convertirse en elemento decisivo para su interpretación. Y ello da lugar a una curiosa paradoja en relación con la tercera de las cuestiones a que se hacía referencia; esto es, las consecuencias del empleo del *soft law* sobre su propia naturaleza. La experiencia muestra que los Estados (en el marco del Consejo de Europa, o de otras organizaciones) en ocasiones, en ausencia de una voluntad o capacidad política para comprometerse formalmente a respetar determinados standards, pueden preferir aprobar instrumentos de *soft law* para mostrar buenas intenciones sin llegar por ello a vincularse a un nuevo conjunto de normas. Pero el resultado puede ser exactamente el contrario al deseado debido a la acción de la jurisprudencia. En el caso del sistema europeo de derechos humanos, si, en opinión del Tribunal de Estrasburgo, esos instrumentos de *soft law* vienen a reflejar un consenso común sobre el significado actual de los derechos reconocidos en el Convenio, lo que inicialmente se concie-

bió como un pronunciamiento de buena voluntad puede convertirse, a partir de un punto crítico, derivado de la acumulación de reglas de este tipo, en un elemento decisorio para la determinaciones de las obligaciones y deberes de los Estados parte.

6. ¿EXTENSIÓN DEL *SOFT LAW* MÁS ALLÁ DEL DERECHO INTERNACIONAL?

El Derecho de los derechos humanos, particularmente dentro del sistema derivado del Convenio de 1950, representa, como se vio más arriba, un ámbito *sui generis* en el mundo del Derecho, y muestra las posibilidades de que el *soft law* se extienda más allá del ámbito clásico del Derecho internacional. Los casos examinados, referentes a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, pueden servir para efectuar algunas reflexiones sobre esta extensión, proyectando las peculiaridades del sistema europeo de protección de los derechos humanos sobre otras áreas del Derecho.

Podría aventurarse que esa extensión será posible cuando se den, en esas áreas, algunas de las peculiaridades de ese sistema. Entre ellas, podría destacarse la reducida densidad normativa, el papel central del órgano jurisdiccional y la consideración de que las normas básicas de su actuación deben considerarse como Derecho vivo, que debe adaptarse (aun sin modificación textual) a las nuevas necesidades y circunstancias.

Quizás el ámbito del Derecho donde ese tipo de peculiaridades puede encontrarse más fácilmente, *mutatis mutandis*, sea el del Derecho constitucional. Por lo que se refiere a su densidad normativa, hay que reconocer que —al menos en el caso de España— el Derecho constitucional no se ve afectado por una parquedad de disposiciones similar a aquella con la que debe enfrentarse el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las disposiciones constitucionales sobre derechos y libertades tienen una cierta extensión (casi un tercio del texto

constitucional) y se encuentran complementadas con abundantes normas de tipo legal y reglamentario. Aún así, no cabe negar que la naturaleza del Derecho Constitucional hace que esa densidad normativa sea más reducida que en otros sectores del Derecho. Ello se debe principalmente al carácter de la Constitución como norma suprallegal, cuyas disposiciones sólo pueden ampliarse y concretarse a ese nivel mediante complejas reformas sometidas a un procedimiento especial. Al convertirse los mandatos constitucionales en reglas que deben inspirar la aplicación de todo el ordenamiento, la determinación de su contenido y significado se convierte en una cuestión de esencial importancia: podría afirmarse que el papel de los Tribunales Constitucionales es, cada vez más, el de ser intérpretes de la Constitución, más que defensores de la misma; máxime cuando la técnica de la interpretación conforme a la Constitución se hace cada vez más usual. Pero esas reglas constitucionales se formulan, primeramente, en forma forzosamente sucinta (si no se quiere elaborar una Constitución con carácter de Derecho omnicompreensivo) y además mediante remisión a conceptos también forzosamente generales (como cuando se proclaman “valores” y “principios” constitucionales, o se reconocen derechos mediante conceptos que exigen una precomprensión inicial). ¿Qué debe entenderse por “dignidad de la persona”, por “tratos inhumanos y degradantes” o por “contenido esencial” de los derechos fundamentales, por referirnos a expresiones de la Constitución española? Se trata de expresiones que revelan la presencia de un Derecho “concentrado” que requiere elementos adicionales para determinar su efectivo alcance.

En relación con ello, otra característica del Derecho constitucional se muestra relevante: esa determinación del sentido de los preceptos constitucionales se atribuye, cada vez en más contextos y desde luego en nuestro país a un órgano jurisdiccional, el Tribunal Constitucional, como “supremo intérprete” de la Constitución. Es al Tribunal al que compete (no exclusivamente, pero sí en último término) extraer el significado, en cada caso, de los mandatos

constitucionales, utilizando los medios adicionales de interpretación a su disposición. Y ello (y de ahí su carácter jurisdiccional) con plena independencia frente a órdenes, indicaciones o sugerencias de otros poderes, y sin que deba someterse a otra instancia superior.

Finalmente, y al menos en lo que se refiere a nuestro país, el Derecho constitucional, en la interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional, aparece como un Derecho vivo esto es, no sometido a interpretaciones de tipo originalista, que busquen fijar un concepto inalterable y consolidado de sus preceptos, sino un Derecho en persecución continua de una mayor eficacia desde la perspectiva de la realización de los valores constitucionales. La presencia de esos valores convierte así a la Constitución en un orden abierto, sujeto a una interpretación evolutiva.

Por ello, también en el campo del Derecho Constitucional, el *soft law* puede cumplir la función de asegurar que esa interpretación con arreglo a valores no va a ser resultado de apreciaciones subjetivas, basadas en preferencias del momento, sino consecuencia de una evolución de las circunstancias sociales, y de su apreciación, cuyo carácter objetivo puede comprobarse por la existencia de manifestaciones en el mundo jurídico que muestran la existencia de un consenso generalizado al respecto. El papel del *soft law*, como expresión de ese consenso, cumple aquí también una función interpretativa de innegable relevancia. Desde luego, la práctica del Tribunal Constitucional no ha dejado de mostrar la utilidad del *soft law* a esos efectos: baste referirse aquí, por ejemplo, a la utilización de la Carta Europea de Derechos Fundamentales por el Tribunal, no sólo antes de que se convirtiera en *hard law*, sino incluso, antes de su misma aprobación formal²⁶.

7. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Desde luego, la (relativa) novedad del fenómeno puede llevar —y ha llevado, como

se señaló más arriba— a estimar en ocasiones que la admisión y justificación del empleo del *soft law* conduce en último término a situaciones de indefinición e inseguridad jurídica, al difuminarse, mediante categorías vagas e imprecisas, el orden jurídico como conjunto de mandatos claros y distintos. Pero ese tipo de consideraciones parte de una concepción que la práctica ha demostrado errónea, como es una visión según la cual las normas integrantes del Derecho se caracterizarían siempre por una naturaleza común, esto es, su inmediato efecto vinculante.

La práctica (o al menos la que se deriva de los ejemplos que se han incluido en estas líneas) viene a demostrar la inexactitud de esa concepción. En las decisiones judiciales examinadas se hace evidente que el conjunto normativo aplicable por un órgano jurisdiccional integra no sólo los mandatos contenidos en disposiciones clásicas de Derecho, de tipo imperativo e inmediatamente vinculante, sino también una serie de elementos de muy diverso tipo (recomendaciones, propuestas, declaraciones, informes) de innegables efectos en la aplicación e interpretación de esas disposiciones. En realidad, con ello se viene simplemente a añadir un eslabón más a la serie de reglas de Derecho que el juzgador debe tener en cuenta. Pues, como es bien sabido, incluso dentro de las normas de *hard law*, con pretensión vinculante inmediata, cabe distinguir gradaciones en cuanto a su fuerza y obligatoriedad. El mismo Tribunal Europeo ha podido distinguir, dentro de los preceptos del Convenio, los que constituyen mandatos nucleares (*core law*) que no admiten excepciones o matices (así los derechos incluidos en los artículos 2 y 3, relativos al derecho a la vida y a la prohibición de la tortura) y los que instituyen derechos sin carácter absoluto, y que por tanto deben ponderarse en su aplicación teniendo en cuenta otros derechos e intereses. Y algo similar cabría decir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que no sólo refleja la gradación de derechos derivada de la Constitución, sino también, incluso dentro del ámbito de los derechos fundamentales, realiza una distinción

entre su “contenido esencial” y su “contenido absoluto”²⁷. El *soft law* vendría a unirse así a ese *continuum* de disposiciones como un elemento que, lejos de contribuir a la inseguridad

jurídica, puede, por el contrario, aportar elementos de firmeza y garantía de objetividad a la interpretación “evolutiva” del Derecho.

NOTAS

1. En francés, por ejemplo, se han propuesto los términos *droit mou* o *droit vert* (J. DUPUY) *droit assourdi* (F. RIGAUX) o *droit doux* (M. VIRALLY). Ver sobre el tema CHATZISTEVROU, F., “L’usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit” en *Le Portique* (en ligne) 2007, <http://leportique.revues.org/index591.html> pp. 1-11, p. 3. Una traducción española podría ser “Derecho dúctil”, pero este término ya se ha utilizado con otro sentido (así en la traducción del libro de Gustavo ZAGREBELSKY *Diritto mite* (*Derecho dúctil. Ley, derechos justicia*, Madrid, Trotta, 1995). Otra traducción posible sería “Derecho flexible”, pero también se ha utilizado con otro significado (así en la traducción, por L. M. DÍEZ-PICAZO del libro de Jean CARBONNIER *Flexible Droit* (*Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1974). Por ello, parece más simple emplear el bien conocido término anglosajón.

2. Ver DI ROBILANT, A., “Genealogies of Soft Law”, *The American Journal of Comparative Law*, 54(3) Summer 2006, pp. 499-554.

3. TULKENS, F., y VAN DROGHENBROECK, S. “Le soft law des droits de l’homme est-il vraiment si soft? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l’homme” en *Liber amicorum Michel Mabieu*, Bruselas, Larcier, 2008, pp. 505-526. Los autores señalan que recogen la definición de J. SALMON en *Dictionnaire de droit international public*, Bruselas, Bruylant, 2000, p. 1039. Ver también al respecto, de TULKENS, F., VAN DROGHENBROECK, S. y KRENCK, F. “Le soft law et la Cour européenne des droits de l’homme. Questions de légitimité et de méthode” en VVAA., *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 2012 (en prensa).

4. Hecho público por la Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de ministros de 18 de febrero de 2005. (BOE de 7 de marzo de 2005). El Código, *in fine*, establece que “El Consejo de Ministros, en el supuesto de que hubiera incumplimiento de los principios del Código, adoptará las medidas oportunas”.

5. Proposición no de ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por todos los grupos parlamentarios, el día 16 de abril de 2002.

6. Para esta práctica, ver TOMAS Y VALIENTE, F., “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, en *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1976, vol. III, pp. 2196-2204.

7. McHARG, A., “Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law” en *Modern Law Review*,(2008) pp. 853 y ss.

8. *Ibidem*.

9. GERSEN, J., y POSNER, E., “Soft Law: Lessons from Congressional Practice”, *Stanford Law Review*, 61(2008) pp. 573 y ss.

10. Por ejemplo, THIO, Li-ann, “Soft Constitutional Law in nonliberal Asian constitutional Democracies” en *International Journal of Constitutional Law*, Oct. 2010 8(4) pp. 766-799.

11. Así, KLABBERS, J. “The undesirability of soft law” en *Nordic Journal of International Law*, 67(1998) pp. 381-391.

12. D’ASPREMONT, J. “Softness in International Law: A Self Serving Quest for New Legal Material” en *European Journal of International Law*, 19(5) 2008, pp. 1075-1093.

13. Varios análisis de diversos autores sobre la relevancia del *soft law* para el Derecho de los derechos humanos pueden encontrarse en el capítulo bajo el título “Significance for the Human Rights movement of the changing character of customary International law and of soft law” en STEINER, A. J., ALSTON, Ph., Y GOODMAN, R., *International Human Rights in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 160-171. Para el significado del *soft law* en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, los artículos de TULKENS. F. *et alii*, *op. cit.* nota 4.

14. CARRILLO SALCEDO, J. A., “El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional” en VVAA. *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 36-76, p. 75.

15. Recomendación R(81)7.

16. Recomendación R(97) 20.

17. Recomendación 176(2006).

18. Resolución (73) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

19. Rec. 2006 (2) de 11 de enero de 2006.

20. R(98)7.

21. R(96) 10.

22. R(87)15.

23. R(92)1.

24. Ver, por ejemplo, MARGUÉNAUD, J. P. y MOULY, J. L. *avènement d'une Cour Européenne des droits sociaux (à propos de CEDH 12 novembre 2008, Demir et Baykara c. Turquie*” *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 739 y ss. También los trabajos de TULKENS *et. alii*, citados en nota 4.

25. R(2000)6.

26. STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, caso *LOPD*.

27. Así en la STC 91/2000, caso *Paviglianiti*.



LAW, LANGUAGE AND FREEDOM (ON DETERMINISM, CONSTITUTIONAL LIBERTIES AND CRIMINAL LAW)

RESUMEN

Desde un *status quaestionis* concebido críticamente, este ensayo analiza una vez más el viejo problema del libre albedrío y la libertad y sus consecuencias para la responsabilidad moral y legal.

Tras el rechazo del moderno determinismo neurofisiológico, que es un determinismo fuerte o duro, por considerarlo sin sentido, y del determinismo débil o suave, por entender que se basa en un juego de lenguaje inconsistente, concluye el autor afirmando que el determinismo parcial no es determinismo y, adoptando en consecuencia un libertarismo no metafísico que en su opinión, es la única postura compatible con el sentido común y el uso común del lenguaje y, a la vez, con la fundamentación racional de la responsabilidad, la culpabilidad, el castigo y los derechos constitucionales.

PALABRAS CLAVE

Libre albedrío. Libertad. Castigo. Monismo ontológico. Reduccionismo. Dualismo ontológico. Determinismo duro y suave. Responsabilidad. Teorías de la identidad. Identidad como tip. Identidad como instancia. Culpabilidad. Compatibilismo.

ABSTRACT

From a critical *status quaestionis*, this essay once again analyses the old problem of free will and freedom and its consequences for moral and legal responsibility.

The author first rejects modern neurophysiological determinism —a strong or hard determinism— as non-sense, and soft determinism as an inconsistent language game. He then concludes by asserting that partial determinism is not in fact determinism and, consequently by adopting a non-metaphysical libertarianism which is, in his view, the only position compatible with common sense and ordinary language and, at the same time, with rational grounds for responsibility, guilt, punishment and constitutional rights.

KEYWORDS

Free will, Freedom, Liberty, Punishment, Ontological monism, Reductionism, Ontological dualism, Hard and soft determinism, Partial determinism, Libertarianism, Responsibility, Identity theory, Compatibilism.

LEY, LENGUAJE Y LIBERTAD

(Sobre determinismo, libertades constitucionales y Derecho penal)

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal

Sumario: 1. El libre albedrío como aporía del sistema jurídico. A) Planteamiento del tema. B) El libre albedrío en la doctrina penal. C) Determinismo y libertad en la filosofía de J. S. Mill. D) ¿Una paradoja insoluble? 2. Determinismo e indeterminismo en la filosofía actual: consideraciones introductorias. 3. Determinismo reduccionista: A) Davidson como punto de partida. B) ¿Determinismo neurofisiológico? C) Conclusiones provisionales. 4. Acciones, razones y causas. Determinismo débil. A) Sobre la concepción de la acción de Davidson. B) Razones y causas. C) El dilema kantiano. D) Determinismo débil. a) A modo de introducción. b) La inconsistencia de las formulaciones clásicas del determinismo débil. c) ¿Determinismo parcial? d) Reflexiones ulteriores. 5. ¿Libertad sin aporías? A) Libertarismo. a) Indeterminismo y libertad. b) Libertad de elección y relación causal. c) Causalidad y “ciencias” humanas. B) ¿Disolución de la antinomia kantiana? C) Wittgenstein sobre la libertad. 6. Consideraciones finales. Notas bibliográficas

1. EL LIBRE ALBEDRÍO COMO APORÍA DEL SISTEMA JURÍDICO

A) PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El sistema jurídico, inmediatamente en el ámbito del Derecho penal, pero también en el de las libertades constitucionales, está fundado sobre una paradoja: para que sus conceptos básicos —las ideas de culpabilidad y castigo en derecho penal y la de libertades fundamentales en derecho constitucional— tengan sentido, precisa suponer lo que históricamente se llamaba “libre albedrío”; es decir, la capacidad de los seres humanos normales de seguir o infringir normas, de poder actuar conforme a derecho siguiéndolas y también ilícitamente al infringirlas.

Sin embargo, pese a que estos conceptos nacen en el foro¹, el racionalismo moderno considera la idea de que los hombres, cada hom-

bre concreto, tienen el poder de actuar de otro modo como una idea sospechosa. Esa sospecha tiene muchos siglos de historia y se ha manifestado de múltiples modos; para analizarla hay, por tanto, que elegir determinados puntos de partida. Esto sentado, los que a continuación se exponen son productos de una decisión que podría haber sido distinta; pero que estimo la más adecuada para describir los antecedentes inmediatos del pensamiento actual acerca del problema.

B) EL LIBRE ALBEDRÍO EN LA DOCTRINA PENAL

En la doctrina alemana del Derecho penal el problema del libre albedrío ha ocupado generalmente un lugar importante, al menos en tanto ha sido objeto de un debate permanente; pues, desde cierta perspectiva, se ha sostenido que la afirmación de la culpabilidad del hom-

bre no sólo presupone la existencia de la libertad (del poder de actuar de otro modo) sino la posibilidad de probar, en el caso concreto, que se había actuado libremente, con lo que la afirmación de la culpabilidad parecía imposible; y, desde otra, admitida la tesis determinista, se ha extraído históricamente la conclusión de que, si los actos del hombre están determinados y, por lo tanto, obedecen a causas cognoscibles, la lucha contra la delincuencia no debería esperar a que el delito se hubiera cometido, sino que debería tener lugar, principalmente, a través de medidas preventivas.

Como es bien sabido, esa segunda perspectiva fue la adoptada por el positivismo naturalista desde Lombroso; y hoy, en un mundo en el que los derechos constitucionales vuelven a cotizar a la baja, intenta reaparecer a la sombra de algunos experimentos neurofisiológicos. Pero, puesto que aún no se trata de una perspectiva generalizada, no constituye el objeto inmediato de este estudio, aunque, a la postre, quepa extraer de él algunas conclusiones acerca de su validez. Por las mismas razones, tampoco voy a ocuparme, de las posturas que, partiendo del determinismo, niegan la responsabilidad rechazando el reproche culpabilístico; sino que solo trataré de aquellas que, adoptando, siquiera sea como hipótesis, el determinismo, afirman que es compatible con la responsabilidad penal, aún admitiendo que ésta solo puede tener lugar a través de la constatación de la culpabilidad, porque son las que se han extendido a una gran parte del panorama doctrinal, aunque no sé si llegan a ser mayoritarias. Pese a esa restricción, si resultara que la posición determinista carece de fundamento, quedaría afectada la validez de cualesquiera otras que se sustentasen sobre ella.

Para exponerlas no voy a efectuar un recorrido muy largo; sino que partiré de las reflexiones de dos grandes penalistas y jusfilósofos de mediados del siglo XX, Karl Engisch y Hans Welzel —exponente el primero del pensamiento neoclásico y fundador el segundo de la dogmática finalista— en cuyas obras se contienen referencias a otros muchos autores que, a los efectos de esta exposición, bastan

para perfilar el panorama de un sector doctrinal muy amplio.

El trabajo de Engisch, publicado como *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*² transcribe una conferencia pronunciada en 1962, en Berlín, ante la Asociación Alemana de Juristas. Esa conferencia tuvo, según relata Welzel en el artículo que publicó en el libro homenaje a Engisch³, una gran repercusión, hasta el punto de que determinó que las entonces jóvenes generaciones de juristas alemanes abandonaran mayoritariamente el indeterminismo y aceptaran el “determinismo hipotético” de Engisch, admitiendo, a la vez, como él, que ese determinismo podía compatibilizarse con la responsabilidad penal y con la culpabilidad.

No deja de sorprender el giro de la doctrina penal a favor del compatibilismo provocado por el artículo de Engisch, sobre todo en la medida en que éste presupone un determinismo riguroso. La clave para explicar lo que ese hecho puede tener de insólito puede descubrirse a partir de la cita con la que Engisch termina su artículo, pues resulta indicativa de un cierto tránsito del pensamiento neokantiano a Schopenhauer⁴. En efecto, según la cita que de él hace Engisch, Schopenhauer viene a afirmar que los actos concretos están determinados por el carácter y que es inútil indagar cuál es el origen del carácter, con lo que invita a tomarlo por un dato “natural”, esto es, independiente de la voluntad del sujeto.

Para Schopenhauer, la medida de la pena no puede hacerse depender de que el autor haya o no podido actuar de otro modo, sino de la magnitud del daño y de la necesidad de combatir “la fuerza de los motivos que han conducido a la acción prohibida”. Expresa ese modo de justificar el castigo en los siguientes términos:

“Haría falta una medida totalmente distinta para la pena si la expiación, la compensación (*ius talionis*), fuera su verdadera razón. Pero el código penal no debe ser sino un catálogo de *contramotivos* para todos los actos criminales posibles; por eso, todo *contramotivo* debe ser claramente superior a los motivos de esos actos, y tanto más cuanto mayor sea el daño que resultaría de la acción punible, cuanto más fuerte sea la tentación

que impulsa a ella y cuanto más difícil sea convencer al autor de su culpabilidad; todo esto, además, *sin olvidar la justa hipótesis de que la voluntad no es libre*, sino que puede ser determinada por motivos, y que de otro modo no se puede influir sobre ella⁵.

El fundamento de esa posición se encuentra en su análisis crítico de la Tercera Antinomia Kantiana (la antinomia entre la exigencia racional de que todo haya de tener un principio absoluto *a priori* y la exigencia contraria, de que todo haya de derivar, según una ley inexorable, de una causa).

En efecto, la Tercera Antinomia, a juicio de H. E. Allison, es “no solamente el lugar de mayor discusión de la libertad en la *Crítica de la Razón Pura*; sino que constituye también la base para el subsiguiente tratamiento del tópico por parte de Kant en sus escritos sobre filosofía moral⁶. En efecto, aunque la antinomia no se refiere, en principio, exclusivamente al problema de la acción humana, sino que versa sobre la contradicción entre la exigencia según la *ley de la naturaleza* de que todo lo que sucede proceda de una causa y la exigencia contraria, dimanante también de la *ley natural*, de que haya un principio determinado *a priori* (y es de tal entidad que, si no pudiera resolverse, determinaría el *colapso de la razón* por contradicción consigo misma⁷), precisamente por la generalidad con que confronta determinación y espontaneidad atañe sustancialmente a la problemática de la libertad y el determinismo. Para ponerlo de manifiesto transcribiré el párrafo de la *Crítica de la razón pura* relativo al carácter inexorable del principio de causalidad:

“La ley natural según la cual todo cuanto sucede posee una causa; según la cual la causalidad de esa causa, esto es, *la acción*, posee su propia causa (ya que, si tenemos en cuenta que es anterior en el tiempo, no ha podido existir siempre en relación con un efecto que ha surgido, sino que tiene, a su vez, que haber sucedido) entre los fenómenos que la determinan; según la cual todos los acontecimientos se hallan, por tanto, empíricamente determinados en un orden natural, esa ley, en virtud de la cual los fenómenos pueden constituir una naturaleza y ser objetos de una experiencia, es una ley del entendimiento. Bajo ningún pretexto es lícito desviarse de ella o exceptuar un fenómeno, ya que, de hacerlo, situaríamos tal fenómeno fuera de toda ex-

periencia posible y, en ese caso, lo distinguiríamos de todos los objetos de esta misma experiencia posible, convirtiéndolo en un mero producto mental y en una quimera⁸.

Queda claro que, desde esa perspectiva, la libertad humana, dado que el hombre es uno de los fenómenos sensibles y, por lo tanto, una de las causas sometidas a la ley natural, no es más que una mera ilusión.

Tras el reconocimiento de la genialidad del planteamiento de Kant y la formulación de una serie de críticas muy agudas a la solución kantiana del dilema —según la cual la libertad no pertenece al mundo de los fenómenos sensibles, sino al dominio inteligible de la razón— Schopenhauer concluye rechazando la exigencia de un principio absoluto y adoptando la proposición opuesta, según la que “*en el mundo la causalidad es el único principio explicativo*” dado que todo ha de tener lugar según las leyes de la experiencia⁹. La aceptación de la postura de Schopenhauer presenta el determinismo como algo inevitable; algo con lo que es necesario hacer compatible la culpabilidad, para lo que efectúa un desplazamiento del reproche desde el acto aislado al carácter que, aparentemente, hace más fácil esa compatibilidad. Pero, el problema del compatibilismo no queda, con ese giro, bien resuelto porque, si se presume que la manifestación de voluntad, al pertenecer al mundo fenoménico, está enteramente determinada por motivos naturales ajenos a su esencia, mal puede reprocharse un carácter que, a su vez, se halla determinado de tal modo que el sujeto no puede evitar ser como es.

En el ámbito del Derecho penal, una vez asumida la hipótesis determinista, nada más fácil que deslizarse desde el reproche por el acto aislado a la reprobación de la personalidad del autor, con independencia de que esté o no en su poder modificarla. No voy a relatar aquí las consecuencias a las que condujo ese modo de pensar a un “neokantiano” como Mezger, al que Muñoz Conde ha dedicado una importante y rigurosa monografía¹⁰.

La posición de Welzel es, ciertamente, distinta. En efecto, Engisch adopta un determinismo causal, mientras que Welzel, utilizando como argumento el conocimiento mismo, muestra que los seres humanos toman decisiones conforme a sentido, decisiones también determinadas, pero determinadas por ideas, argumentos, etc. No se extiende demasiado acerca de la rigidez de esa determinación, aunque afirma la libertad; pero, en cualquier caso, coincide con Engisch en que, aunque el poder actuar de otro modo pueda y deba afirmarse abstractamente, sería imposible demostrar que ha existido en el caso concreto.

Esta última afirmación de Welzel es sorprendente porque, desplazado el determinismo causal como fórmula explicativa de la acción humana, el argumento del conocimiento conduciría a negar que las acciones en general se hallen determinadas: frente a las regularidades unívocas que se observan en el ámbito de las causas, en el del sentido, en el de los fines, las ideas y las razones, se aprecia *prima facie* una diversidad inagotable y una pluralidad de opciones poco compatible con la idea de una determinación rígida. De modo que si la acción humana se lleva a cabo por fines, ideas o razones no parece procedente conservar, de modo subrepticio, el determinismo como hipótesis genérica frente a la que, en el caso concreto, haya que probar la libertad; sino que, más bien, habría que proceder al contrario, como hacen las leyes y, en consecuencia, los jueces; es decir, presuponiendo la libertad y exigiendo, cuando menos, para eludir la responsabilidad, indicios suficientes de determinación compulsiva.

Esto es, a fin de cuentas, lo que Welzel acaba propugnando. En la onceava edición de su Parte General¹¹, tras definir el libre albedrío como la capacidad de determinarse conforme a sentido y la culpabilidad como ausencia de esa determinación, afirma que “la capacidad de culpabilidad concreta de un hombre no es en absoluto objeto de conocimiento teórico” porque “todo conocimiento científico encuentra aquí su límite, puesto que no puede convertir en objeto algo que por principio no es susceptible de objetivación”; esto es, la sub-

jetividad misma. Por eso, para él, el juicio de que un hombre determinado, en una situación determinada, es culpable resulta ser un acto “comunicativo” en el que se reconoce al otro como igual, esto es, como capaz de una determinación plena de sentido y, por lo tanto, como responsable¹².

Pese a las evidentes diferencias con Engisch, la postura de Welzel tiene también un origen relacionado con la Tercera Antinomia Kantiana y la ulterior propuesta de “solución” llevada cabo por Nicolai Hartmann. En efecto, su definición de la acción como supraterminación final del acontecer causal parece claramente inspirada en el análisis que hace Hartmann de la solución kantiana de la contradicción, derivada de la Tercera Antinomia, como antinomia entre determinismo y libertad¹³. En ese análisis, del que no procede aquí dar una descripción completa, se propone una estructura estratificada del mundo en la que, a cada estrato, corresponde una forma de determinación. A partir de esa tesis concluye que “si se considerara, por una parte, que sólo es la forma inferior de la determinación la que se opone a la libertad y, por otra, que ésta sin dificultad puede ser *supraconfigurada* por la superior, el viejo enigma de la reunión de la necesidad con la libertad estaría resuelto”¹⁴.

La solución consiste, pues, básicamente, en sustituir los dos mundos kantianos, el sensible y el inteligible, por dos estratos de un mundo único; y resulta, en el fondo, tan poco convincente como la de Kant, porque situar la voluntad o la razón como un estrato superior del ser no deja de presentar problemas: no desata el nudo, sino que, sencillamente, lo corta. Para comprobarlo basta señalar que Ferrater Mora dedicó una importante monografía a la relación entre el ser y el sentido tratando de superar la intuición primaria según la cual el ser no tiene sentido y el sentido no tiene ser¹⁵.

Las dificultades de esa opción ontológica se aprecian a simple vista en el discurso de Welzel:

“De modo continuo vemos entrelazadas en su totalidad nuestras vivencias espirituales con la vida física y espiritual. Si me siento vivo y sano, los actos de pensar

me resultan más fáciles y mejores que si me siento deprimido y sin ganas. Después de todo, semejantes factores pueden excluir totalmente la realización de actos de pensar.

Pero todos estos factores afectan solo a la existencia de un acto de pensar, y dejan absolutamente a un lado la determinación especial de la realización del acto del pensar. Son solo una condición previa para que el pensar pueda existir como un real suceso espiritual, pero no dicen nada sobre la dirección que toma el pensar: existe en algún momento, surgido de algún modo causal, el pensar como real acto espiritual, entonces la realización de este acto se rige por una legitimidad totalmente no causal, de modo intencional.

De ese modo, la causalidad conduce y abarca a la intencionalidad sin menoscabarla o perjudicarla. La posibilidad de existir conjuntamente ambas maneras de determinación ofrece la garantía para que el sentido que da la dirección al pensar por medio de la intencionalidad pueda encontrar cabida también en el suceso causal¹⁶.

No es nada fácil delimitar, ni en el caso concreto ni en abstracto, el papel que corresponde a la intencionalidad en esa mixtura con la causalidad “que la conduce y abarca”: a partir de las afirmaciones de Welzel podría concluirse tanto que la intencionalidad dirige y, por lo tanto, puede modificar el acontecer causal que rige los cambios del mundo externo como que se halla inexorablemente atada por la causalidad, de la que solamente constituye un acompañamiento interno inexplicablemente acoplado a su manifestación exterior.

Bastan esas consideraciones para dejar sentado que el conflicto entre determinismo y libertad es un tema arduo y que, finalmente, aparece, no como un problema específico del Derecho penal y, menos aún, de la práctica forense, sino como un problema general de la autocomprensión humana para cuyo estudio es preciso remitirse a la filosofía.

C) DETERMINISMO Y LIBERTAD EN LA FILOSOFÍA DE JOHN STUART MILL

Por diversas razones, para plantear el problema al que se dedica este trabajo en su ámbito propio, que es, como acaba de decirse, el de la filosofía, creo que Stuart Mill es el mejor punto de partida posible, aunque solo fuera porque su análisis de la causalidad no es ajeno

a la doctrina penal, ya que tuvo una influencia determinante en el planteamiento de la llamada “teoría de la equivalencia de las condiciones”, formulada por von Buri, que durante tantos años fue aceptada como criterio dominante por los penalistas; pero, principalmente, porque su apuesta por las libertades constitucionales está fuera de toda duda (cosa que no puede decirse genéricamente de los juristas que propugnaron el compatibilismo¹⁷) hasta el punto de que ha inspirado buena parte del trasfondo del pensamiento constitucional norteamericano. En efecto, H. L. A., Hart destaca, al comentar el impacto de su pensamiento en las sentencias del Tribunal Supremo Federal en los casos *Roe v. Wade* y *Doe v. Bolton* (1973), que si el juez Holmes hubiera sobrevivido hasta ese día habría protestado de tales decisiones diciendo que la Enmienda XIV no había constitucionalizado *On Liberty*¹⁸. Además de lo dicho, merece destacarse que su pensamiento resulta una excelente conexión con la filosofía inglesa y norteamericana, hoy dominantes.

Pues bien, en su ensayo *Sobre la libertad*, Mill se ocupa de la libertad en el sentido político del término, cuidándose de advertirlo desde el principio:

“El objeto de este trabajo *no es el libre arbitrio, sino la libertad social o civil*, es decir, la naturaleza y los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre el individuo: cuestión raramente planteada y casi nunca discutida en términos generales, pero que influye profundamente sobre las controversias prácticas del siglo por su presencia latente y que, sin duda alguna, reclamará bien pronto la importancia que la corresponde como la cuestión vital del porvenir”¹⁹.

Ese dejar de lado el problema del libre albedrío no significa, en modo alguno, que Mill lo considere impertinente en el ámbito de las libertades políticas y, menos aún, que crea que carece de toda relevancia. Principalmente en su obra: *A System of Logic Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*²⁰, pero también en otros trabajos, Mill se ha ocupado ampliamente del problema del libre albedrío y el determinismo.

En el capítulo V del libro III del *Sistema de Lógica*, tras analizar la “ley universal de causación”, que considera el fundamento de todo razonamiento inductivo, afirma *in fine* que todos los sucesos futuros podrían conocerse previamente por una *inteligencia sobrehumana* que poseyera todos los datos y la capacidad de cálculo requerida para ello. En una amplia nota analiza el caso de las voliciones y las acciones humanas, sobre el que, dice, algunos metafísicos fundan una excepción a la universalidad de esa ley. Mill dice que, en efecto, la experiencia interna rechaza la aplicación a la acción y al querer las ideas implicadas normalmente por el uso común del término “necesidad”; pero, añade, “al decir que las acciones de una persona resultan necesariamente de su carácter, todo lo que se quiere decir en realidad es que ella actúa invariablemente conforme a su carácter; de suerte que, si uno conociese a fondo ese carácter, podría predecir con seguridad lo que habría de hacer en un caso determinado”.

Entendida de ese modo, la “necesidad”, dice Mill, no se opone a nuestra experiencia interna y “nadie, excepto un fatalista oriental, sostendría otra cosa”²¹.

Más adelante, en el capítulo II del libro VI, que trata de la libertad y de la necesidad, explica con más detalle su posición. En el primer epígrafe de ese capítulo plantea la siguiente alternativa:

“La cuestión de saber si la ley de la causación se aplica en el mismo sentido y de modo tan riguroso a las acciones humanas que a los demás fenómenos no es más que la célebre controversia relativa al libre albedrío que, al menos desde los tiempos de Pelagio, ha dividido a la vez el mundo filosófico y el religioso. La afirmativa es la que se llama ordinariamente doctrina de la necesidad, porque sostiene que las acciones humanas son necesarias e inevitables. La negativa mantiene que la voluntad no se halla determinada, como los demás fenómenos, por los antecedentes, sino que se determina ella misma; que nuestras voliciones no son, hablando correctamente, efectos de causas o, al menos que no obedecen uniformemente a ninguna causa”²².

En el epígrafe siguiente, tras repetir que la idea de necesidad no comporta, como algunos metafísicos sostienen, ninguna clase de *constricción misteriosa* que de la causa conduzca

al efecto, sino solamente la relación constante entre una y otro, según el análisis de Hume y Brown, y, con ella la posibilidad de que, conociendo la totalidad de los antecedentes, pueda preverse con *absoluta seguridad* la conducta. Es la imprecisión semántica del término “necesidad” la que entra en conflicto con el libre albedrío, no su contenido.

En consecuencia, concluye en el epígrafe III del mismo capítulo del siguiente modo:

“La aplicación de un término tan inadecuado como el de *necesidad* a la doctrina de la causalidad cuando se trata del carácter humano me parece uno de los ejemplos más llamativos del abuso de las palabras en filosofía; y las consecuencias prácticas de este abuso son unas de las pruebas más palpables de la influencia del lenguaje sobre el pensamiento. El problema no podrá ser jamás generalmente comprendido si no se suprime ese término impropio. La doctrina del libre albedrío, poniendo en evidencia esa porción de verdad que el término “necesidad” hace perder de vista, esto es, la facultad que posee el hombre de cooperar a la formación de su propio carácter, ha dado a sus partidarios un sentimiento práctico mucho más cercano a la verdad del que generalmente han tenido los *‘necesitaristas’*”²³.

D) ¿UNA PARADOJA INSOLUBLE?

Según acaba de exponerse, los grandes penalistas alemanes a los que se ha hecho referencia no rehúyen la aporía que subyace al sistema penal, sino que la afrontan en su lugar propio, es decir, en el ámbito de la filosofía²⁴; y tampoco las rehúye Stuart Mill, cuya defensa de las libertades políticas se fundamenta en una previa afirmación de la libertad de obrar. Pero, ninguna de las soluciones que han propuesto convence.

Se ha visto ya que la solución de Engisch, en la medida en que el individuo, al que se reprocha un carácter antisocial, carecía de toda capacidad para haber adquirido otro de distinta índole, no logra fundamentar adecuadamente el reproche de culpabilidad; pero, a esta deficiencia ha de añadirse otra, de la que depende y que es aún más grave: la formulada por Kant, según la cual la hipótesis determinista provoca un “colapso de la razón”.

En otro lugar²⁵, por referencia a la *Fundamentación de la metafísica de la costumbres*, he descrito así los términos de ese colapso:

“Si hay la razón (o, más modestamente, si hay razones), hay la libertad. Pues las razones no pueden concebirse sino como determinantes de la aceptación de los juicios; de modo que, si lo que determinase la aceptación de los juicios fuese cualquier tipo de impulso (físico o psíquico), y no las razones, entonces sería un sinsentido hablar de razones. Pero, si las razones determinan la aceptación de los juicios, al margen de cualquier dependencia causal, entonces hay la libertad, que no es sino la capacidad de guiarse por la razón. Y si no hay libertad no hay razón alguna, ni teórica ni práctica. Si no hay libertad no tiene sentido concebir el mundo—ni siquiera concebirlo sin libertad— porque no hay argumentos con los que afirmar esa concepción y preferirla a otras”²⁶

Por lo que respecta a Stuart Mill, en la medida en que, aunque hace depender causalmente los actos concretos del carácter, sostiene que el carácter es, al menos en parte, configurado libremente por cada ser humano, puede decirse que, en su pensamiento, los derechos de libertad tienen un encaje adecuado: la contradicción no reside, pues, entre la afirmación de las libertades políticas y la negación de la libertad de actuar; sino en el razonamiento que conduce a afirmar esa última libertad.

El punto de partida de esa afirmación se halla constituido por la adopción de la tesis de Hume, según la cual la causalidad es solo sucesión constante, sin que haya ningún nexo misterioso que, desde la causa, imponga coactivamente la producción del efecto. Eso se predica igualmente de los sucesos puramente naturales y de las acciones humanas.

En efecto, Mill afirma expresamente que “si uno quiere que la palabra *Necesidad* implique un nexo semejante, *la doctrina no es verdadera en cuanto a las acciones humanas; pero no lo es tampoco en cuanto a los objetos inanimados*. Sería más exacto decir que la materia no está sometida a la necesidad, que decir que el espíritu está sometido a ella”²⁷. Pero, ni ese punto de partida resulta aceptable, ni la equiparación del reino de la naturaleza con el de la acción se halla bien fundada. Ese defecto de fundamentación se pone de manifiesto con la simple lectura de los capítulos XII y XIII del libro Tercero de su *Sistema de Lógica*. Si se analizan, en primer término las leyes físicas a las que Mill hace referencia, en especial las leyes

de Newton, se hallará en ellas no solo sucesión constante, sino también una explicación del porqué se produce esa sucesión; es decir, del *nexo* que une coactivamente la causa al efecto; y si, en segundo lugar, se examinan los ejemplos que propone de leyes psicológicas, en el epígrafe 6 del aludido capítulo XIII, podrá apreciarse a simple vista que, en las leyes psicológicas que cita, no hay nada parecido, por mucho que Mill quiera equipararlas a las leyes de la naturaleza²⁸.

En cuanto a Welzel, se ha señalado ya el déficit de fundamentación que supone la adopción de una ontología en la que el sentido se concibe como un estrato del ser; déficit al que debe añadirse una identificación defectuosa de sentido y corrección valorativa. Así, al afirmar que “voluntad mala es dependencia causal” y que la culpabilidad “no es la decisión conforme a sentido en favor de lo malo” sino “el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor”²⁹, concibe la libertad, de modo absolutamente infundado, como una capacidad que solo se ejerce cuando se actúa para conseguir el bien o lo justo; y esa concepción, innecesario es razonarlo, puede tener, además, consecuencias políticamente peligrosas, como las que podrían derivarse de su afirmación de que “la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia de carácter ético-social, y solo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”³⁰ o de su concepción de la contrariedad al derecho como “injusto personal”; pero, esa problemática no es de este lugar.

2. DETERMINISMO E INDETERMINISMO EN LA FILOSOFÍA ACTUAL: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La discusión entre determinismo e indeterminismo, según ya se ha dicho, tiene muchos siglos de historia y no puede afirmarse que haya la menor esperanza de que concluya.

A partir de ese dato, cabe plantearse si vale la pena, a fecha de hoy, entrar una vez más en tal debate, aunque sea desde la perspectiva, sólo aparentemente limitada, de las relaciones entre determinismo, acción y lenguaje; y digo aparentemente limitada porque, a poco que se profundice, esa perspectiva abarca la totalidad del problema. En principio, pienso que no porque estamos ante un problema filosófico y, como señaló Wittgenstein, cualquier problema filosófico tiene la forma: “no sé salir del atolladero”.

Sin embargo, como no acostumbro a excluir ninguna posibilidad, por improbable que parezca, intentaré llevar a cabo algunas reflexiones, aunque resulten muy limitadas, sobre los argumentos con que se defienden algunas de las posiciones actuales de mayor relevancia, que puedan abrir la puerta a cualquier tipo ulterior de análisis del problema.

Para conseguir ese objetivo expondré las diversas opiniones que he elegido, inscritas, en su mayoría, para ceñirme al pensamiento contemporáneo, en el ámbito de la filosofía analítica (o, en cualquier caso, próximas a él desde el momento en que hacen uso del análisis del lenguaje). Esa exposición tratará de ser tan fidedigna como sea posible, pues pretende ofrecer un *status quaestionis*.

Pero, por mucho que procure valirme de descripciones literales para no falsear el pensamiento de los autores que cito, como no podré describirlo en sus propios términos, sino que habré de limitarme a sus momentos nucleares (prescindiendo de los pasajes más técnicos y, por supuesto, de los excursos innecesarios para el tratamiento del problema que aquí se aborda), aunque intente ser tan objetivo como me sea posible, no puedo asegurar que les haga justicia. Tanto más, cuanto que no me detendré en la mera exposición, sino que la acompañaré de consideraciones personales acerca de la aportación de cada autor al debate que nos ocupa que, aunque procuraré que sean adecuadas y comprensibles, no serán neutrales, porque sería imposible que lo fuesen.

Dada la confusión que, según se ha visto al plantear el problema, preside el debate que se pretende analizar, esta introducción debería partir de una definición suficientemente precisa de los términos de dicho debate, que dejase claro qué va a entenderse por determinismo y qué por indeterminismo o libertad. Cada uno de esos términos ha sido objeto de un número tan elevado de concepciones y variantes que sería imposible, además de inútil, reproducirlas.

Para dar una idea aproximada de la falta de claridad con que hoy se plantea la problemática que aquí se intenta analizar, bastará reproducir las consideraciones con que Strawson inicia su obra *Libertad y resentimiento*:

“Hay filósofos que dicen no saber cuál es la tesis del determinismo. Otros dicen, o dan a entender, que saben cuál es. De entre éstos, algunos —posiblemente los pesimistas— afirman que, si la tesis es verdadera, entonces los conceptos de obligación y responsabilidad moral carecen realmente de aplicación y que las prácticas de castigar y culpar, de expresar condena y aprobación moral están realmente injustificadas. Otros —posiblemente los optimistas— afirman que estos conceptos y prácticas no pierden en absoluto su *raison d'être* si la tesis del determinismo es verdadera. Algunos sostienen incluso que la justificación de estos conceptos y prácticas precisa de la verdad de la tesis. Existe otra opción que se escucha con menos frecuencia: la opinión, podría decirse, del genuino escéptico moral. De acuerdo con ella, las nociones de culpa moral, de censura, de responsabilidad moral son confusas en sí mismas, y esto es algo que podemos ver considerando las consecuencias, bien de la verdad del determinismo, bien de su falsedad. Quienes propugnan esta opinión concurren con los pesimistas en que estas nociones carecen de aplicación si el determinismo es verdadero; y se limitan a añadir que carecen igualmente de aplicación si el determinismo es falso. Si se me pregunta a cuál de estos bandos pertenezco, debo decir que al primero de todos ellos: al de los que no saben cuál es la tesis del determinismo”³¹.

A la vista de tal estado de la cuestión parece, pues, necesario que estas consideraciones introductorias consistan, básicamente, en definir el sentido en que van a usarse los términos del problema, no dando a los conceptos que así se formulen más valor que el de simples estipulaciones que nos permitan saber de qué estamos hablando.

Comenzando por el determinismo, lo definiré, en su forma básica, a partir de la idea de máquina a la que hace referencia el título de la conocida obra de *Lammetrie* (*El hombre máquina*). Entenderé en consecuencia por deterministas aquellas concepciones según las que todo lo que sucede en el mundo, incluidos los deseos, pensamientos y acciones humanas, obedece, como los movimientos de una máquina, a leyes necesarias, que determinan con una precisión matemática absoluta lo que ha de suceder.

Esta idea definitoria que, según creo, capta bastante adecuadamente el núcleo básico de las posiciones deterministas, presenta, no obstante, algunas dificultades. Para empezar, aquí la máquina se emplea como *símbolo* de su modo de operar; y, al hacerlo así, se saca de quicio el lenguaje, como muestran las reflexiones de Wittgenstein al respecto, que paso a reproducir parcialmente:

“La máquina —pudiera yo decir primeramente— parece tener ya en sí su modo de operar. ¿Qué quiere decir esto? Al conocer la máquina, todo lo restante, es decir, los movimientos, parece estar ya totalmente determinado.

Hablamos como si estas partes sólo pudieran moverse así, como si no pudieran hacer otra cosa. ¿Cómo es esto, olvidamos, pues la posibilidad de que se tuerzan, rompan, fundan, etc.? Sí; no pensamos en absoluto en esto en muchos casos. *Usamos una máquina, o la figura de una máquina, como símbolo de un determinado modo de operar.* Le transmitimos a alguien, por ejemplo, esta figura y suponemos que él derivará de ella los fenómenos del movimiento de las partes. (igual que podemos transmitirle a alguien un número diciéndole que es el vigésimo quinto de la serie 1,4,9,16...)

La máquina parece tener ya en sí su modo de operar quiere decir: nos sentimos inclinados a comparar los futuros movimientos de la máquina en su determinación con objetos que están ya en un cajón y son entonces sacados por nosotros. —Pero no hablamos así cuando se trata de predecir el comportamiento efectivo de una máquina. Ahí no olvidamos, generalmente, la posibilidad de deformación de las partes, etc.— Pero lo hacemos cuando nos asombramos de cómo podemos emplear la máquina como símbolo de una forma de movimiento —puesto que también puede moverse de modo totalmente *distinto*—”.

A lo que, casi de modo inmediato, añade:

“Pero cuando reflexionamos sobre el hecho de que la máquina también habría podido moverse de modo distinto, puede entonces parecer como si su modo de

moverse debiera, en la máquina como símbolo, estar contenido de manera aún más determinada que en la máquina efectiva. Como si no fuera suficiente que éstos fueran los movimientos empíricamente predeterminados, sino que debieran en realidad —en un sentido misterioso— estar ya *presentes*. Y es bien cierto: el movimiento de la máquina en cuanto símbolo está predeterminado en un sentido diferente que el de cualquier máquina efectiva dada.

¿Cuándo se piensa, pues: la máquina tiene ya en sí sus movimientos posibles de algún modo misterioso? —Bien, **cuando se filosofa**—”.

De estas y otras consideraciones extrae Wittgenstein la conclusión de que: “*somos cuando filosofamos, como salvajes, hombres primitivos, que oyen los modos de expresión de hombres civilizados, los malinterpretan y luego extraen las más extrañas conclusiones de su interpretación*”³².

En resumen, como escribí en la primera edición de mis *Fundamentos del Sistema Penal*³³, cuando utilizamos la máquina como símbolo, estamos filosofando y, al hacerlo, absolutizamos ciertas propensiones a partir de determinados fragmentos de la experiencia y las extrapolamos a la totalidad del mundo. La imagen de la máquina nos permite pensar en una máquina perfecta. Y, una vez que hemos alumbrado esa segunda idea, la aplicamos a la totalidad del mundo: el mundo —nos decimos— ha de ser como una máquina perfecta. Y así lo creemos —o muchos lo creen— pese a que nunca han visto una máquina así. De modo que la máquina como símbolo, que es la metáfora que subyace al determinismo estricto, es una fantasía que no corresponde a nada real. A lo que cabe añadir que ni siquiera está claro que una tal máquina sea posible.

Con ello queda delimitado (y problematizado a partir de una reflexión del que Strawson conceptúa el primer filósofo de nuestro tiempo³⁴) lo que llamaré, siguiendo una terminología usual, *determinismo duro o fuerte*. Ese tipo de determinismo se profesa, generalmente, desde *posiciones reduccionistas*; es decir, desde posiciones para las que lo mental es un mero epifenómeno que carece de influencia alguna sobre el mundo real. Con ello, a las dificultades descritas por Wittgenstein, se añaden otras, de las que posteriormente se tratará.

Junto a ese determinismo básico, hay otra forma aún más extendida, que se conoce con los nombres de *auto-determinismo* o de *determinismo débil, suave o mórbido*, para el que entre lo mental y lo físico hay una interacción causal y es, por tanto, el conjunto mente-materia (mente-cuerpo) el que determina el comportamiento humano. Se analizarán más adelante los problemas que plantea esta segunda forma de determinismo; pero baste destacar ahora que ya Kant la consideró un “recurso mezquino”³⁵ y W. James, de un modo quizás un tanto exagerado, la llamó “ciénaga del subterfugio”³⁶.

Kant calificaba así el *autodeterminismo* porque quienes lo defienden identifican la libertad con ausencia de coacción externa; con tal identificación, decía “se dejan entretener aún algunos y piensan haber así resuelto, con una pequeña minucia de palabra, aquel difícil problema”³⁷. De ese modo conciben al hombre como un *automaton materiale* o *spirituale* cuya libertad no sería mejor que la de un asador mecánico, un reloj o cualquier otro aparato o animal semoviente³⁸. Pero, por regla general, quienes sostienen ese tipo de determinismo, al dar entrada a factores psicológicos como deseos, motivos, razones etc. no lo entienden de modo totalmente rígido, a la manera de los autómatas; sino que admiten márgenes más o menos amplios de indeterminación. Sin embargo, esa regla general tiene excepciones. Así, v.g. Danner hace descansar finalmente su determinismo sobre las pulsiones emocionales, rígidamente determinadas por la índole del sujeto y la situación que afronta, que causan inexorablemente una u otra decisión³⁹. No parece que v.g. las decisiones aritméticas puedan explicarse en términos de pulsiones emocionales pues llegar a la conclusión de que dos y dos son cuatro no suele comportar pulsión emocional alguna; en consecuencia, nada tiene de particular que Welzel no expresara demasiado aprecio por el trabajo de Danner.

Queda, pues, por definir la libertad. Generalmente se habla de ella como “libre albedrío” (*free will*)⁴⁰. En escritos anteriores prescindió de concebirla como parecen indicar esos térmi-

nos, es decir, como libertad en la potencia de la voluntad, porque la psicología que subyace a esa concepción me parece difícil de defender. La entendí entonces como la capacidad humana de auto-determinarse por razones, entendidas éstas en sentido amplio; es decir, como motivos no sometidos a ninguna legalidad que permita predeterminar con exactitud matemática los cursos de acción que generan. Esa concepción tropieza, a su vez, con una serie de dificultades. La primera de ellas, y la más importante, es la de que parece que las razones han de estar también sometidas a la ley causal (porque, si no lo estuvieran, se dice, el sujeto humano sería una especie de “causa incausada”, es decir, un pequeño dios); pero hay otras, como la que plantean algunas clases de actos: los actos *incontinentes* (es decir, aquellos en los que no se elige lo que parece razonablemente mejor, planteen o no un conflicto moral), los actos morales en el sentido kantiano del término (es decir, los que se llevan a cabo sin más motivo que cumplir el deber) y los *puramente gratuitos* (sobre los que, según afirman algunos, construye Sartre su modo de concebir la libertad) que, tanto por ser menores cuanto por no abocar, ni a la afirmación del determinismo ni a la negación de la acción libre, no se abordarán aquí más que en momentos puntuales.

Como se verá, muchas de las consideraciones ulteriores giran alrededor del pensamiento de D. Davidson no solo por su importancia e influencia (es el sucesor de Quine y, por ello, un representante emblemático del empirismo anglo-norteamericano), sino también porque aborda el tema desde múltiples perspectivas y, en todas ellas, sus planteamientos son especialmente útiles para poner de manifiesto la complejidad y dificultad del problema que aquí se trata.

3. DETERMINISMO REDUCCIONISTA

A) DE NUEVO SOBRE DAVIDSON

Conviene comenzar efectuando nuevas aclaraciones terminológicas, porque hablar del

determinismo reduccionista comporta delimitar en qué forma cabe relacionar el determinismo (es decir la concepción de que todo lo que acaece en el mundo está sometido a leyes absolutamente precisas y exactas) con el reduccionismo, que toma como punto de partida la idea de que todo lo que hay en el mundo es material e infiere de ella que lo mental es solo una ilusión. Las relaciones entre una y otra concepción son complejas. Para definir las, recurrir en primer término a la exposición de Davidson parece un paso muy adecuado. Veámosla:

“La situación puede aclararse mediante una cuádruple clasificación de teorías de la relación entre sucesos mentales y físicos que ponga énfasis en la independencia de las tesis acerca de leyes y las tesis de la identidad. Por un lado, están aquellas que afirman y aquellas que niegan la existencia de leyes psicofísicas; por otro, aquellas que afirman que los sucesos mentales son idénticos y aquellas que lo niegan. Así, las teorías se dividen en cuatro tipos: *monismo nomológico*, que afirma que hay leyes correlacionales y que los sucesos correlacionados son uno (los materialistas pertenecen a esta categoría); *dualismo nomológico*, que comprende varias formas de paralelismo, interaccionismo y epifenomenalismo, *dualismo anómalo*, que combina el dualismo ontológico con el fracaso general de leyes que correlacionen lo mental y lo físico (cartesianismo). Y finalmente está *monismo anómalo*, que clasifica la posición que deseo ocupar.

El monismo anómalo se parece al materialismo en su afirmación de que todos los sucesos son físico, pero rechaza la tesis, considerada generalmente esencial al materialismo, de que los fenómenos mentales admiten explicaciones exclusivamente físicas. El monismo anómalo muestra un sesgo ontológico sólo en tanto que admita la posibilidad de que no todos los sucesos sean físicos. Tal monismo débil, que no se apoya en leyes correlacionales o en economías conceptuales, no parece merecer el término de “reduccionismo”; en todo caso no es apto para inspirar el reflejo del no-es-más-que (“concebir que el *Arte de la fuga* no fue más que un suceso neuronal complejo”, etcétera)⁴¹.

Me gustaría añadir a esa exposición unas precisiones iniciales respecto al monismo, a saber: creo necesario distinguir entre lo que llamaré un *monismo de sustancias*, que caracteriza a cualquier forma de materialismo, de un *monismo de sucesos*, propio del materialismo reduccionista, cuya expresión más acabada la constituyen las llamadas *teorías de la identidad*, sobre todo aquellas que proponen una identi-

dad, no ya de tipos o géneros, sino de instancias o sea de sucesos individuales⁴². Para dar una idea preliminar de lo que se quiere decir con esa distinción, quisiera explicarlo mediante unas consideraciones de Wittgenstein acerca del dolor:

“Pero admitirás, a pesar de todo, que hay una diferencia entre conducta de dolor y conducta de dolor sin dolor. ¿Admitirlo? ¡Qué mayor diferencia podría haber! —Y sin embargo llegas una y otra vez al resultado de que la sensación es una nada. —No, en absoluto. ¡No es un *algo*, pero tampoco es una *nada*! El resultado era sólo que una nada presta el mismo servicio que un algo sobre el que nada puede decirse. —Rechazamos sólo la gramática que se nos quiere imponer aquí⁴³.”

La posición de Wittgenstein es compatible con el materialismo; pero, al admitir una diferencia abismal entre la conducta de dolor con y sin dolor, no parece que pueda conciliarse con lo que he llamado monismo materialista de sucesos, si ese monismo propugna, además, la identidad individual entre sucesos físicos y mentales.

Hechas estas precisiones, cabe decir que la forma más común en la que se presenta el monismo de sucesos, en su versión materialista se denomina usualmente *fiscalismo*, porque se considera que la física es la más básica de las ciencias de la naturaleza y, también, porque cabe llamar físico a todo lo no mental.

Dado cuanto acaba de exponerse, parece paradójico hablar de un *fiscalismo no reduccionista*. Por eso quiero destacar que Rorty ha afirmado que el trabajo de Davidson le parece la culminación de una línea del pensamiento americano que pretende ser naturalista sin ser por ello reduccionista⁴⁴. Rorty ve la de Davidson como la formulación más acabada de las tendencias holísticas y pragmáticas en la filosofía analítica contemporánea y cree que lo que llama su “fiscalismo no reductivo” nos ofrece “todo el respeto por la ciencia que necesitamos combinado con más respeto por la poesía del que ha mostrado nunca la tradición filosófica occidental⁴⁵.”

De ninguna manera deseo poner aquí en duda los méritos intelectuales de Davidson. Creo que es uno de los filósofos más relevan-

tes de nuestro tiempo; pero, frente al optimismo de Rorty, debo decir que, en mi opinión, su “fisicalismo no reduccionista” plantea más problemas de los que resuelve.

Rorty delimita la posición de Davidson diciendo que su peculiar fisicalismo comporta la pretensión de que “un determinado evento puede ser descrito igualmente bien en términos fisiológicos y psicológicos, no-intencionales e intencionales”. Esta es, a su juicio, la esencia de la teoría de la identidad que Davidson sustenta. Según ella, la diferencia entre lo mental y lo físico se halla caracterizada en términos lingüísticos, no ontológicos: se trata de dos formas de describir un suceso idéntico.

Puede que ese sea, en realidad, el pensamiento de Davidson; pero, si es así, no lo expresa en absoluto de modo claro, pues una y otra vez insiste en negar la existencia de leyes psicofísicas y en la ausencia de leyes que puedan formularse con exactitud en el ámbito mental: en eso consiste, a su juicio, la *anomalía de lo mental*⁴⁶. De modo que, a primera vista, la concepción de Davidson está expresada en términos ontológicos y no meramente lingüísticos; pues, en términos lingüísticos, lo que cabría plantearse no es si hay o no leyes psicofísicas o leyes mentales estrictas, sino si el lenguaje intencional es traducible al lenguaje físico o si cabe formular leyes exactas en términos intencionales. Intentaré responder sucintamente a la primera de esas dos cuestiones, dejando sentado que, a mi juicio, no es la que Davidson plantea, al menos en una lectura *prima facie*. Sin embargo, parece conveniente abordarla.

“La traducibilidad” de las diversas descripciones posibles del mundo no es problemática solo entre los lenguajes de las ciencias naturales y el lenguaje intencional; sino que constituye una cuestión interna a los diversos lenguajes científicos. En la obra de G. A. Reisch *Cómo la Guerra Fría transformó la filosofía de la ciencia*⁴⁷ pueden consultarse los términos en los que se produjo el debate acerca de la posibilidad de unificar el lenguaje de las ciencias.

Como, por razones obvias, no puedo relatar aquí íntegramente ese debate, me limitaré

a referir el tramo final de una discusión entre Dewey y Carnap. La tesis de Dewey al respecto fue la siguiente: “*el intento de asegurar la unidad mediante la definición de los términos de todas las ciencias en términos de alguna ciencia única está condenado de antemano al fracaso*”⁴⁸. Carnap, en su réplica, distinguió entre la definibilidad de los términos de una teoría en los de otra “y la condición más débil y más factible de la *reducción de términos* mediante dispositivos que llamó *enunciados de reducción*”. La respuesta de Dewey fue tajante: “*mi creencia de que las categorías de la sociología y la biología no pueden ser “reducidas”, en el sentido en el que el lector inglés atribuye a la palabra con naturalidad, a categorías físicas (por ejemplo categorías de la ciencia física) es tan firme que no veo cómo puedo alterar mi declaración ya revisada*”⁴⁹. Para una discusión ulterior, remito al resto de la obra citada. Aquí me basta con dejar constancia de que la propuesta reduccionista de Carnap, ni se ha realizado, ni hay síntoma alguno de que vaya a realizarse. De modo que la afirmación de que captamos la realidad a través de dos lenguajes (el intencional y el científico) irreductibles no necesita justificación alguna, dado que no ha sido posible la reducción ni siquiera en el seno de los lenguajes científicos, tal vez porque, como señala Rush Rhees en el Prefacio a *Los cuadernos azul y marrón* de Wittgenstein⁵⁰ “*el lenguaje no tiene ese tipo de unidad*”.

Pero, reconocido esto, queda por explicar qué clase de conocimiento extralingüístico autoriza a Davidson a afirmar que los que describimos en términos físicos y en términos mentales son *hechos idénticos*; y la respuesta a ese interrogante no puede ser otra que: ninguno. Es una hipótesis carente de justificación.

No voy a entrar aquí a poner de manifiesto todas las dificultades que plantea la tesis de la identidad de Davidson. Me limitaré a remitir a lo escrito al respecto por Popper⁵¹ y Kripke⁵². Por consiguiente, basta consignar que afirmar la identidad (unidad) de sucesos frente a la dualidad irreductible de descripciones lingüísticas implica hablar del mundo *más allá del lenguaje*, es decir, comporta un compromiso ontológico carente de justificación; dado

lo cual, la interpretación triunfalista de Rorty parece, cuando menos, inacabada e insuficiente: no solo Davidson no ha resuelto todos los problemas, sino que siguen estando ahí y ni siquiera puede decirse que los haya planteado bien.

Creo que la vertiente ontológica del pensamiento de Davidson se halla inducida por la idea de la *clausura* del mundo físico, según la cual solo hay **un** universo, el físico, impenetrable a cualquier influencia no física, de modo que lo mental pasa a ser una *superveniencia* irrelevante, dado que Davidson profesa la identidad entre cualquier instancia física y mental: lo mental no es sino otro modo de describir los sucesos físicos. Desde ese planteamiento, no se explica bien cómo las acciones pueden causar, salvo que queden reducidas a movimientos corporales, con lo cual se ingresa con armas y bagajes en el ámbito del determinismo reduccionista.

Pese a la difícil evitabilidad de esa conclusión, Davidson no se adhiere a esa clase de determinismo, tal vez porque el determinismo reduccionista tiene hoy muy pocos partidarios. Incluso entre quienes profesan una ontología monista; y eso es así porque quienes lo sostienen incurren en lo que Apel denominaba una *contradicción trascendental-pragmática*⁵³ cuando pretenden defenderlo con argumentos; dado que, según su posición, los argumentos carecerían de toda capacidad para cambiar el curso de lo que acontece, que vendría absolutamente determinado por procesos materiales. Lo mental vendría a ser un mero epifenómeno, algo irrelevante, una pura ilusión. Pero, ese modo de concebir lo mental pugna con el sentido común y con la experiencia acumulada y nunca contradicha de toda la historia de la especie. El epifenomenalismo es difícil de aceptar. Esa dificultad la expresa Searle en los siguientes términos:

“En el estadio actual de nuestro conocimiento, la objeción principal para aceptar el epifenomenismo es que va contra todo lo que sabemos de la evolución. Los procesos desarrollados por la racionalidad consciente son una parte tan importante y, sobre todo, una parte biológicamente tan costosa de nuestras vidas que constituiría una completa anomalía de la evolución el he-

cho de que un fenotipo de semejante envergadura no desempeñara ningún papel funcional en la vida y en la supervivencia del organismo. En los humanos y en los animales superiores se paga un precio muy elevado por la toma consciente de decisiones, desde la manera de cómo se educa a los jóvenes hasta la cantidad de sangre que riega el cerebro. Suponer que todo eso no desempeña ningún papel en nuestra inserción en el mundo no es como suponer que el apéndice no ejerce ninguna función. Sería más bien como suponer que la visión o la digestión no desempeñan papel alguno en la evolución⁵⁴.

B) ¿DETERMINISMO NEUROFISIOLÓGICO?

Creo que es a partir de esas consideraciones genéricas desde donde procede examinar un hipotético determinismo neurofisiológico, que se apoyase en los experimentos de Libet u otros semejantes. Habermas⁵⁵. Habermas los describe en los siguientes términos:

“Benjamin Libet pedía que las personas sometidas en su test a una observación neurológica que iniciasen espontáneamente un determinado movimiento del brazo, haciendo constar en el protocolo el momento exacto de la decisión. Tal decisión precede, conforme a lo esperado, al propio movimiento corporal. Pero el punto crítico lo constituye el intervalo temporal entre, por un lado, el transcurso de los procesos inconscientes observados en las áreas primarias y asociativas de la corteza cerebral y, por otro, el acto consciente que la persona del test experimenta como su propia decisión. Es evidente que en el cerebro se monta un “potencial de disposición” específico para cada clase de acción, antes de que la propia persona se “decida” a realizar este acto. Esta constatación de la secuencia temporal entre el proceso neuronal y la vivencia subjetiva parece probar que los procesos cerebrales determinan las acciones conscientes, sin que desempeñe un papel causal el acto de la voluntad que el propio acto se atribuye. Estudios psicológicos confirman además la experiencia de que los actores, bajo determinadas circunstancias, ejecutan acciones a las que sólo posteriormente adjudican sus propias intenciones”.

Sin embargo, a renglón seguido, niega que los experimentos de Libet puedan tener todo el peso probatorio de la tesis determinista que algunos les atribuyen. Al efecto aduce las siguientes razones:

“La estructura del experimentos ha sido manifiestamente concebida para movimientos corporales arbitrarios que conceden a los agentes, entre la decisión y la ejecución de la acción, sólo unas fracciones de segun-

do. De ahí que se plantee la cuestión de si es lícito generalizar los resultados del test más allá de esta clase de acciones. Incluso una interpretación prudente es en este aspecto no escapa a esa otra objeción de que la significación de las secuencias observadas sigue siendo confusa. Su diseño parece admitir la posibilidad de que las personas del ensayo, instruidas sobre el curso del experimento, ya se hayan concentrado sobre el plan de acción antes de decidirse por la ejecución de la acción que se pide de ellas. Y, luego, el montaje del potencial de disposición neurológicamente observado reflejaría únicamente la fase de la planificación. Más grave sería, finalmente, la objeción que, por cuestión de principios, se dirigiera contra la producción artificial de situaciones abstractas de decisión. Como en todo *design*, también aquí surge la pregunta sobre qué es lo que se mide, además de la cuestión filosófica de entrada concerniente a qué cosas pueden ser sometidas a medición”.

Popper y Eccles, en la obra citada⁵⁶ ofrecen interpretaciones no deterministas de los experimentos de Libet y el propio Libet admitió que la conciencia tenía un “poder de censura”; es decir, podía decidir si traducir o no en acciones los impulsos procedentes del sistema nervioso central.

Pero quiero destacar la interpretación de Daniel Dennett, que es materialista, pero que sustenta una concepción según la cual la acción produce cambios en el mundo material y que, además, afirma a veces ser determinista⁵⁷. Dennett en *La conciencia explicada*⁵⁸ opone objeciones de toda índole a la interpretación de los experimentos de Libet que dan de ellos quienes pretenden usarlos como argumentos a favor del determinismo reduccionista e, incluso, pone en duda la validez de esos experimentos.

No voy a exponer detalladamente aquí sus opiniones pues, de una parte, sería excesivamente prolijo y, de otra, entraría a razonar en el territorio de la neurociencia, que no deseo frecuentar por ahora; pero sí he de hacer referencia a dos objeciones de principio, no tanto a los experimentos en sí mismos, cuanto a su interpretación.

La primera es de una obviedad absoluta: como lo mental no tiene ninguna realidad física no podemos determinar por métodos experimentales qué peso cabe atribuirle en la inte-

racción mente-cerebro (esa es la que Habermas calificaba como la cuestión filosófica de qué cosas pueden ser sometidas a medición); aunque, como acaba de exponerse, resulta patente que no cabe negarle toda influencia.

La segunda objeción, que procede de Dennett, deriva de la primera: el experimento de Libet coloca al sujeto de la experimentación en una posición imposible; a saber, en una posición en la que una persona queda emplazada a conocer por observación lo que, por hallarse referido a su propia mente, no puede conocer por observación sino que, sencillamente, lo vive. Citando a Wasserman, añade Dennett que “la tarea del sujeto de determinar dónde estaba el punto en un instante de la secuencia subjetiva es, en sí misma una tarea voluntaria, e iniciarla seguramente requiere su tiempo”⁵⁹.

Habermas ocupado extensamente de la inviabilidad de lo que Dennett llama “Teatro Cartesiano”⁶⁰, me permite ahora limitarme a indicar que esa imposibilidad radica en que no puedo sentarme a contemplar lo que sucede en mi propia mente como quien contempla un partido de fútbol, porque la mente no se pone ante mí de ese modo: sus procesos forman parte de mi modo de actuar y de vivir, y por eso los conozco; pero carecen de toda realidad sensible que yo pueda observar. De modo que la determinación acerca de cuándo tomé una decisión ocurre en una secuencia temporal reflexiva, no en la secuencia empírica en la que tienen lugar los hechos neurofisiológicos observables. Por eso no resulta legítimo colocarlos en una especie de línea temporal absoluta ordenándolos en ella según un antes y un después. Como Dennett denuncia, el experimento de Libet requiere “un juicio consciente de temporalidad de un tipo que normalmente no juega ningún papel en el control de la conducta y que, por tanto carece de significado natural en la secuencia”⁶¹. T. Nagel, crítico inflexible de esa obra de Dennett, señala, no obstante, que “algunos de los mejores análisis del libro (que acaba de citarse) tratan resultados experimentales que muestran que la apariencia subjetiva de la secuencia temporal o la simultaneidad temporal entre experiencias

conscientes no puede comprenderse en términos de las relaciones correspondientes de sucesos cerebrales en tiempo real⁶²; y parece que esa conclusión haya de afirmarse sin el menor asomo de duda, pues no puede darse el valor de algo experimentalmente comprobado a una secuencia temporal que se establece entre un hecho material, certificado por la experiencia externa, y un hecho mental, inaccesible a tal experiencia.

A las críticas de Dennett cabe añadir, entre otras, las que formulara Alfred R. Mele. Según Mele, la tesis del veto, formulada por Libet, de una parte, presupone que, a la vez, el sujeto se habría formado la intención de hacer algo y la de no hacerlo y que la actividad cerebral previa es la misma en uno u otro caso; presupone también que la actividad cerebral asociada a la realización de una determinada actividad es *distinta* de la que pudiera preceder al previo “imaginarse” la realización del movimiento correspondiente, presuposición injustificada e injustificable; y, por último, que la actividad cerebral precede a la formación de intenciones, cuando lo más que cabría deducir de sus experimentos es que precede a las intenciones *inmediatas* a la acción; pero no a las intenciones *remotas*, por las que podría venir predeterminado el movimiento cerebral previo a la realización de la acción⁶³.

Lo que sucede hoy con los experimentos neurofisiológicos es algo que ha sucedido muchas veces en la historia con otras investigaciones: a cada avance de la ciencia corresponde una reformulación apresurada del determinismo. Hace años lo puse de manifiesto⁶⁴; y, mucho más recientemente, se ha denunciado por lo que respecta a los últimos descubrimientos biológicos⁶⁵.

A partir de esa constatación, creo que procede ir cerrando este epígrafe. En una obra específica sobre el determinismo reduccionista⁶⁶. Corbí y Prades, señalan que los contenidos de nuestras percepciones ordinarias son irreducibles a causas en el sentido fiscalista del término. El argumento del fiscalista consiste en afirmar que, dado que nosotros somos sistemas físicos finitos, no podríamos percibir regulari-

dades de la vida ordinaria a menos que nuestra capacidad perceptual descansase sobre un mecanismo ejecutivo y que las regularidades que percibimos consistieran, en último término, en regularidades físicas. De otro modo, el fiscalismo cree que nuestra capacidad de describir correctamente el mundo sería completamente *misteriosa*.

Pero “nosotros” —dicen Corbí y Prades— “diríamos en primer lugar que la capacidad de percibir regularidades no físicas no es un misterio porque lo que cuenta como un *contenido idéntico* es, incluso desde perspectivas neurofisiológicas, una clase de contenidos absolutamente heterogénea, que produce muy diferentes géneros de comportamiento⁶⁷. La perplejidad del fiscalista, siguen diciendo Corbí y Prades, puede persistir solamente porque no reconoce nuestras percepciones como últimos hechos metafísicos y asume que los hechos *deberían* explicarse en términos de una concepción absoluta del mundo, esto es del conocimiento causal que el demonio laplaceano posee.

Sin embargo, esa concepción absoluta del mundo carece de toda justificación, pues todo conocimiento causal es necesariamente relativo a ciertos propósitos e intereses; esto es a una perspectiva particular definida desde cada situación concreta y, por lo tanto, nuestro conocimiento del mundo no puede reducirse a una única perspectiva genérica.

Un ejemplo de Alan R. White puede ayudar a comprender lo que esos autores quieren decir. Es el siguiente:

“El deseo de dar una buena audición, puede ser la razón por la cual un pianista practica para un concierto, ¿es idéntico o puede correlacionarse este deseo con algún elemento fisiológico que causa los movimientos físicos en que se manifiesta la práctica? ¿Podría decirse que el elemento fisiológico causó también la acción de practicar para un concierto? La objeción a este punto de vista consiste en que, por muy verdaderas que sean estas suposiciones fisiológicas, una explicación por un deseo no es equivalente en significado a una explicación que aluda a un elemento fisiológico, ni tampoco lo explicado por dicho elemento, vgr. mover los dedos, o inclusive tocar el piano, explica a su vez necesariamente aquello en lo que ese elemento se

traduce en esas circunstancias, vgr. practicar para un concierto⁶⁸.

No parece que el impulso neurofisiológico pudiera variar con cualquier variación del objeto del deseo y ser, v.g., distinto si el concierto deseado tuviera lugar en Nueva York, en Londres, o en Milán; y, si ello es así, incluso al demonio laplaceano le resultaría imposible predecirlo. En cambio, la experiencia médica común parece demostrar que estados mentales de contenido muy diverso parecen producir los mismos efectos somáticos.

C) CONCLUSIONES PROVISIONALES

Quisiera concluir con unas reflexiones sobre el determinismo reduccionista y otras sobre la posibilidad de la libertad.

Comenzando por las primeras, las llevaré a cabo a partir de una larga cita de Popper:

“He dicho que el determinismo físico era una pesadilla. Lo es porque afirma que el mundo en su conjunto, con todo lo que hay en él, es un inmenso autómata y, por tanto, nosotros no somos más que diminutos engranajes o, a lo sumo, sub-autómatas suyos.

De este modo destruye, concretamente, la idea de creatividad. Reduce a una mera ilusión la idea de que al preparar esta conferencia haya utilizado mi cerebro para crear *algo nuevo*. Según el determinismo físico, lo único que ha ocurrido es que ciertas partes de mi cuerpo han hecho señales negras sobre un papel blanco: cualquier físico, con una información suficientemente detallada, podría haber escrito mi conferencia por el sencillo expediente de predecir los lugares exactos en que el sistema físico, constituido por mi cuerpo (que incluye evidentemente mi cerebro y mis dedos) y mi pluma, pondría esas marcas negras.

Pondré un ejemplo aún más impresionante: si el determinismo físico está en lo cierto, entonces un físico completamente sordo que nunca haya oído una composición musical podrá escribir todas las sinfonías y conciertos de Mozart o Beethoven por el simple expediente de estudiar los estados físicos exactos de sus cuerpos y predecir en qué lugar del pentagrama habrían de poner las señales negras. Nuestro físico sordo podría hacer aún más cosas: mediante un estudio suficientemente detallado de los cuerpos de Mozart o Beethoven podría componer partituras que ellos, de hecho, nunca escribieron, pero que habrían escrito si hubiesen sido distintas algunas circunstancias de sus vidas: si hubiesen comido cordero, pongo por caso, en lugar de pollo o si hubiesen bebido té en lugar de café⁶⁹.

Popper concluye que todo esto es absurdo y que ese absurdo se hace aún más patente si se aplica ese método de análisis y predicción a los propios deterministas. (Me cuesta imaginar cómo podría describirse de modo inteligible en términos fiscalistas un debate entre deterministas e indeterministas en el que hubiese un intercambio de razones contradictorias que se esgrimiesen de modo congruente. ¿Acaso mediante alguna clase de milagrosa armonía preestablecida?).

Pero el absurdo no desalentará al determinista en su creencia pues, como señala Berlín, cuando hablamos de determinismo “estamos hablando solo de ideales pseudocientíficos... las pruebas a favor de un determinismo absoluto no están disponibles; y si existe una persistente tendencia a aceptarlo en el plano teórico, se debe seguramente mucho más al deslumbramiento de un ideal “cientifista” o metafísico, o al hecho de que quien quiere cambiar la sociedad tiende a creer que las estrellas en el cielo están combatiendo a su favor”⁷⁰. Berlín añade que la fe en el determinismo podría deberse también al deseo de transferir a la acción de fuerzas impersonales los acontecimientos que nos desagradan eludiendo la responsabilidad personal. Pero lo cierto es que la creencia en el determinismo no es una creencia normal, sino una fe filosófica, inmune a los argumentos de sentido común e, incluso, a la contradicción.

Si eso es así, y así creo que es, el debate sobre el determinismo resulta tan infructuoso como el debate sobre el solipsismo⁷¹. Pues, como afirma Wittgenstein

“cuando el solipsista dice que únicamente sus propias experiencias son reales, es inútil contestarle: *¿Por qué nos dice esto, si usted no cree que nosotros lo oigamos realmente?* O, en todo caso, si le damos esta respuesta, no tenemos que creer que hemos contestado a su dificultad. No hay respuesta de sentido común para un problema filosófico. Solamente se puede defender el sentido común contra los ataques de los filósofos resolviendo sus enredos, es decir, curándolos de la tentación de atacar el sentido común; pero no reafirmando los puntos de vista del sentido común”⁷².

En cualquier caso, no voy a practicar aquí esa terapia: me he limitado a poner a quienes sustentan el determinismo reduccionista fren-

te a los problemas a los que se enfrentan, por si quisieran reflexionar sobre ellos.

Habiendo puesto de manifiesto las dificultades del determinismo, no quisiera dejar de lado las que presenta la afirmación de la libertad. Me importa destacar aquí, especialmente, alguna; a saber, la que representa la concepción del mundo físico como un sistema cerrado, a la que ya se ha hecho referencia, en la que, al no ser posible influencia causal alguna de los sucesos mentales, resultaría incompatible la afirmación de la libertad.

En mi opinión, Popper ha ofrecido un principio de solución a ese problema, examinando la evolución de los lenguajes, desde los protolenguajes animales hasta los lenguajes propiamente humanos. Con ese desplazamiento de la mente al lenguaje, puede empezar a diluirse el problema de cómo lo inmaterial (el sentido) puede influir sobre lo material (el cuerpo). Tanto Popper⁷³ como Searle⁷⁴ abren posibilidades explicativas que no voy a desarrollar. Me limitaré a decir que ni son las únicas que pueden articularse ni se hallan completamente perfiladas; pero, en mi opinión, bastan para que, a diferencia de lo que sucede con el determinismo, la afirmación de la libertad no parezca, hoy por hoy, ni absurda ni incompatible con la ciencia.

En efecto, la aparición del lenguaje y, singularmente, la del lenguaje argumentativo (la aparición de las razones) en el proceso de desarrollo de la evolución natural nos libera de tener que aceptar el dualismo de sustancias (según el cual el alma, o no podía influir en el cuerpo, al pertenecer a otra región del ser, o lo hacía sólo muy recatadamente a través de una glándula vacía e insignificante; y también de la salida de un mundo regido por leyes deterministas ciegas para entrar en el ámbito, aún más ciego de otro regido por el azar. Pues, ciertamente lo que llamamos acción libre no es compatible con la pura indeterminación sino que precisa diversos controles, no rígidos sino, como señala Popper, plásticos⁷⁵; también lo es que a partir del lenguaje se desarrollan controles de esa índole.

Pues el lenguaje surge como un desarrollo (un *refinamiento* decía Wittgenstein) de las funciones simbólicas primitivas que aparecen con la vida y se incrementan progresivamente en la conducta animal, desde los invertebrados a los animales superiores y al hombre. *En el principio era la acción* que, como todo lo que es capaz de transmitir sentido, comporta la atribución de significado a un sustrato material. Con el hombre adquiere un mayor protagonismo la conducta intencional (que, como señalara von Wright, es un *comportamiento significativo*⁷⁶) y, con ella, aparecen los lenguajes naturales, que son lo que Mead denominaba *símbolo significante*, con el que se hace posible el pensamiento racional y reflexivo y la idea de persona como algo distinto del mero organismo fisiológico; es decir, como individualidad actuante, autoconsciente y socialmente estructurada⁷⁷.

Por eso, el lenguaje no sólo nos libera de asumir los diversos problemas que genera el dualismo de sustancias sino que, a la vez, nos dispensa de tener que aceptar la teoría de la identidad entre sucesos físicos y mentales. Pues el hecho de que el razonamiento “sobrevenga” en un momento determinado de la evolución muestra que ingresa en el conjunto de los sucesos del mundo una clase nueva de sucesos que no pueden definirse en términos exclusivamente materiales, que dependen del pasado, aunque no de modo absoluto y que, por otra parte, pueden modificar el futuro. En consecuencia negar, como hace Rorty⁷⁸, la especial importancia del lenguaje para la imagen del mundo no es sino una frivolidad más que añadir a su *currículum*.

Si todo ello es así, afirmar el determinismo reduccionista es tanto como cerrar obstinadamente los ojos, no ya a la “experiencia interna”, que pudiera llevarnos a percibir erróneamente el papel de nuestras ideas en el mundo, sino a la experiencia externa, a miles de observaciones que podemos hacer a diario y que constituyen un banco de pruebas que es casi imposible ignorar.

Por otra parte, esa objeción no se soslaya partiendo, como Davidson propone, de la

equiparación del ser humano al humanoide prefabricado que denomina “Art” y al que más adelante se volverá a hacer referencia. Pues, dado que Davidson afirma que las descripciones de sucesos psicológicos individuales (y no las de clases de sucesos), “supervienen” en las descripciones físicas hasta el punto de que se trata de sucesos idénticos⁷⁹ parece presuponer algo así como lo que Putnam llama el “estado computacional único”, según el cual “a cada actitud proposicional, a cada emoción etc., le corresponde un estado computacional determinado” se halle éste especificado en términos físicos o en términos físicos y computacionales⁸⁰. Putnam precisa que nadie ha sido capaz de defender un funcionalismo así, sencillamente porque no es posible hacerlo. Los desarrollos previsibles de la Inteligencia Artificial no presagian, desde luego, nada parecido. De modo que, si un día pudiéramos construir el homúnculo, que Davidson propone como un artificio epistémico, habría de poder vivir en sociedad: aprender, sentir, razonar y guiarse por sus razonamientos y ese conjunto de actividades y circunstancias le modificarían hasta el punto de que sus creadores dejarían absolutamente de poder explicar su comportamiento en términos físicos o computacionales: el humanoide sería entonces idéntico a un ser humano y sólo en tal caso sería un recurso epistémico válido. Pero no nos diría nada acerca del problema de la libertad y del determinismo distinto de lo que ya sabemos.

No obstante, la propuesta de Davidson resulta ilustrativa porque pone de manifiesto el trasfondo del problema del determinismo. Ese trasfondo radica, como dice jocosamente Kripke⁸¹ en que hay muchos filósofos (y físicos, neurofisiólogos y penalistas) que son o, al menos, *creen ser autómatas*. A estos, ciertamente, hay que tratarlos con sumo cuidado porque, a la vez, se comportan como si poseyesen la verdad y son, por ello, políticamente peligrosos; pero, más allá de ese peligro, no hay que hacerles demasiado caso.

4. ACCIONES, RAZONES Y CAUSAS: DETERMINISMO DÉBIL

Doy a este epígrafe el título del primero de los ensayos que se contienen en la obra de Davidson a la que se ha hecho referencia *supra*. Así, se indica la serie de los problemas que quiero tratar y, a la vez, que voy a tomar, de nuevo, como referencia las ideas de Davidson, pues me parecen especialmente útiles para entender los términos y el alcance de cuanto se debate aquí.

Dividiré en cuatro partes la exposición, dedicada la primera al análisis crítico de la concepción de la acción de Davidson; la segunda, a la problemática de las razones *para* y de las causas *de* la acción; la tercera, al dilema entre determinismo y libertad que Davidson afronta a partir de una cita de Kant; y la cuarta, al determinismo débil, dedicándole a esta forma de determinismo una atención especial, por ser la más difundida.

A) SOBRE LA CONCEPCIÓN DE LA ACCIÓN DE DAVIDSON

Davidson sostiene la que denomina una concepción causal de la acción. Para él cada acción humana puede ser descrita en etapas sucesivas como causada por otra; bajo una descripción más simple, en una suerte de “efecto acordeón” hasta llegar a las que, de acuerdo con Danto, llama *acciones básicas*, que consisten en meros movimientos corporales y ya no pueden remitir a otras acciones descritas en términos más simples que pudieran causarlas.

Esta es una descripción muy esquemática, casi caricaturesca, de la concepción de Davidson, pero basta para empezar a entender lo que dice. Según Carlos J. Moya, el análisis de la acción de Davidson descansa en una ontología para la cual

“una acción particular no es la ejemplificación de una propiedad, sino un suceso particular, temporalmente localizado e irreplicable, que puede recibir varias descripciones, algunas de las cuales se realizan, característicamente sobre la base de sus efectos”⁸². A lo que

añade inmediatamente que "la concepción de Davidson no dice que por ejemplo tocar el piano, construir una casa, leer o firmar un contrato se reduzca a mover nuestros cuerpos, a acciones básicas... (pues) aún si cada acción particular pudiera ser descrita en términos de movimientos corporales ello no implicaría que las acciones fuesen *simplemente* o *nada más que* movimientos corporales. Pero, a la inversa, eso no afecta al hecho de que una acción particular pueda ser (descrita como) un movimiento corporal, ni al hecho, (si lo es) de que... volviendo hacia atrás desde las consecuencias causales de algo hecho por alguien, podamos siempre encontrar un movimiento corporal"⁸³.

Lo que me importa destacar es que, según se ha anticipado, en la concepción de Davidson el movimiento corporal juega un papel *definitorio* de las acciones (o de buena parte de ellas) y que, por lo tanto, la esencia de la acción se sitúa en el acontecimiento externo mientras que el sentido de acción se concibe como una descripción de ese acontecimiento. Esa concepción parece ajustarse a determinados tipos de acción, como v.g., encender la luz apretando con el dedo el interruptor o matar a otro clavándole un cuchillo; aunque, incluso en esas, no resulta totalmente correcta, porque sitúa como parte del proceso empírico la relación causal, o, dicho de otro modo, la imputación, que no es empírica; pero, la incorrección se pone de manifiesto de modo mucho más claro si pensamos en acciones más complicadas como, por ejemplo, calcular. Se puede calcular de mil maneras: escribiendo el cálculo sobre el papel, utilizando cualquier clase de mecanismo para calcular o, incluso, mentalmente, para lo que no es preciso mover el cuerpo; pero, aunque lo sea, es decir aunque se calcule con alguna clase de movimientos corporales, no es correcto decir que calcular es un modo de describir esos movimientos corporales. Como tampoco puede decirse, en los ejemplos que utiliza Carlos Moya, que tocar el piano, construir una casa, leer o firmar un contrato sean descripciones de los movimientos corporales correspondientes. Como he sostenido repetidamente, calcular, construir una casa, leer, firmar un contrato y también encender la luz o dar muerte a otra persona expresan el *significado* de nuestras acciones de las que los movimientos corporales constituyen, no la

sustancia defnitoria ni el objeto de ninguna clase de descripción, sino solamente el *sustrato*. Esto es aún más evidente si se consideran acciones definidas ya inmediatamente por su significado, tal como, v.g. escribir un texto cualquiera: mal podría decirse que escribir un texto sea una posible descripción de manchar con tinta el papel. Las manchas de tinta constituyen el sustrato de la acción de escribir un texto; pero nada tienen que ver con lo que esa acción significa.

Como subraya Austin "hay en realidad en el fondo una vaga y confortante idea de que, después de todo, en última instancia, hacer una acción debe reducirse a la realización de movimientos físicos en partes del cuerpo; pero esto es más o menos tan cierto como el que decir algo debe, en última instancia, reducirse a hacer movimientos con la lengua"⁸⁴. En el ámbito del derecho penal esa irreductibilidad de la acción a movimientos corporales se evidencia, no solo en las injurias verbales, que es el ejemplo más manido, sino en la inmensa mayoría de las acciones típicas. Mi tesis se limita a poner de manifiesto que lo mismo sucede en cualquier clase de acciones pues, sin analizar a fondo el problema, no es lo mismo levantar el brazo que, por cualquier causa natural, el brazo se levante. En ese ejemplo extremo queda también claro que la acción no puede reducirse a movimientos corporales.

Permítaseme un breve excurso. Recientemente se ha objetado a la que he denominado concepción significativa de la acción⁸⁵, por parte del profesor Rodríguez Mourullo que "la acción no es puro significado, sino un comportamiento humano con un determinado significado"⁸⁶.

Sin entrar a discutir esa afirmación que, aunque correcta, podría esconder algún equívoco, precisaré que no creo haber dicho nunca que las acciones sean *puros* significados. La fórmula que empleé, si no recuerdo mal, define la acción como *el sentido de un sustrato*, al afirmar que la acción no es el *sustrato* de un sentido sino el *sentido* de un sustrato; y, por ese camino, ni se pierde ni puede perderse "toda la percepción de la realidad empírica";

sino solo aquella percepción de la realidad empírica que la erige en núcleo definitorio de la acción. La acción se define (mal podría ser de otro modo) por su sentido. Unas palabras del propio profesor Rodríguez Mourullo pueden contribuir a certificar esa afirmación “Los Tribunales no comienzan preguntándose por la existencia de una *acción humana en sí*, sino *qué acción* es el comportamiento que se somete a su consideración. Normalmente, no se pregunta en primer lugar si el sujeto realizó *una acción*, sino *qué acción* realizó. *Aunque parece paradójico*, la pregunta acerca de *qué acción* constituye el comportamiento del que tiene noticia el Tribunal, se antepone a la pregunta de si ese comportamiento es verdaderamente una acción”⁸⁷.

A lo que cabe añadir que sólo *parece* una paradoja desde los modos usuales de concebir la acción, según los cuales es posible —e incluso necesario— operar con un concepto unitario, común a todas las acciones que, de ser efectivamente posible, habría de reflejar algo que todas ellas tienen en común. Desde esa perspectiva, la pregunta por lo que las acciones tuvieran en común, por el significado genérico de acción, habría de preceder a la pregunta acerca de cuál es la acción específica que se enjuicia; pero, al no haber nada que todas las acciones tengan en común ni ninguna clase de sentido genérico que todas ellas realicen, la paradoja se esfuma: la respuesta a la pregunta acerca de si algo es o no una acción ha de comenzar determinando de qué acción específica se trata.

En resumen, si cuanto acaba de decirse es correcto, Davidson concibe la acción otorgando al sustrato empírico un papel que no le corresponde, al menos según lo que Corbí y Prades consideran un lugar común en la literatura filosófica. En efecto, según estos autores la concepción de la acción de Davidson se expresa corrientemente del siguiente modo:

“1) Los sucesos mentales están causalmente relacionados con sucesos físicos; 2) las relaciones causales entre sucesos han de estar gobernadas, bajo alguna descripción por leyes estrictas; 3) en las leyes físicas solamente pueden figurar predicados físicos; en consecuencia, 4) todo suceso admite una descripción física y es, por eso, un suceso físico”⁸⁸.

Corbí y Prades sostienen que, para Davidson, las conexiones causales son ontológicas; y solamente tienen lugar entre sucesos descritos físicamente. Desde tal punto de partida, parece que la única posición coherente es, según se ha señalado, la de asumir el determinismo reduccionista; pero, como se anticipó y más adelante se verá, no es la postura que adopta Davidson.

B) RAZONES Y CAUSAS

En la introducción a sus *Ensayos* ofrece Davidson una breve noticia del contenido de cada uno de ellos. En cuanto al ensayo 1 se expresa en los siguientes términos:

“*Acciones, razones y causas* fue una reacción en contra de la doctrina ampliamente aceptada de que la explicación de una acción intencional en términos de sus motivos o razones no podía relacionar a las razones y acciones como causa y efecto. Un argumento central era que las relaciones causales son esencialmente nomológicas y están basadas en la inducción, mientras que nuestro conocimiento de que un agente ha actuado por ciertas razones no depende usualmente de la inducción o del conocimiento de leyes serias. Este argumento había tenido una expresión influyente, aunque breve, en los *Libros azul y marrón* de Wittgenstein, que circularon ampliamente desde mediados de los años treinta (aunque se publicaron hasta 1958). En el ensayo 1 acepto la tesis de que las explicaciones teleológicas de la acción difieren de las explicaciones en las ciencias naturales en cuanto a que las primeras no incluyen esencialmente leyes, pero sostengo que ambos tipos de explicación pueden, y muchas veces debe, invocar conexiones causales”⁸⁹.

Este breve resumen pone ya de manifiesto algunos malentendidos que es preciso aclarar; y, para hacerlo, procede partir de los textos de Wittgenstein a que Davidson alude. Se trata básicamente de algunos párrafos del Cuaderno Azul. Transcribiré los fragmentos más relevantes:

“La proposición de que una acción tiene tal y tal causa es una hipótesis. La hipótesis está bien fundada si se ha tenido un número de experiencias que, hablando toscamente, concuerden en mostrar que la acción es la secuela regular de ciertas condiciones, que entonces llamamos causas de la acción. Para conocer la razón que se tuvo para hacer un cierto enunciado, para actuar de un modo determinado, etc. no se necesita nin-

gún número de experiencias acordes, y el enunciado de la *razón* no es una hipótesis. La diferencia entre las gramáticas y *causa* es bastante similar a la existente entre las gramáticas de *motivo* y *causa*. De la *causa* puede decirse que uno no puede *conocerla*, sino sólo *conjeturarla*. Por otra parte, se dice frecuentemente: *sin duda tengo que conocer por qué lo hice* hablando del motivo cuando digo: *sólo podemos conjeturar la causa, pero conocemos el motivo* veremos más tarde que este enunciado es un enunciado gramatical. El *podemos* se refiere a una posibilidad lógica.

El doble uso de la expresión *¿por qué?*, preguntando por la *causa* y preguntando por el *motivo*, junto con la idea de que podemos conocer nuestros motivos, y no sólo conjeturarlos, da origen a la confusión de que un motivo es una *causa* de la que tenemos conciencia inmediatamente, una *causa vista desde el interior*, o una *causa experimentada*⁹⁰.

El primer malentendido que ha de ponerse de manifiesto es que las observaciones de Wittgenstein sobre *causa*, *razones* y *motivos* son gramaticales, mientras que la discusión que Davidson mantiene en sus *Ensayos* se desarrolla, más bien, en términos ontológicos. La diferencia a la que Wittgenstein apunta no es, en mi opinión, la diferencia entre las *causas* que producen determinados efectos y las *razones*, que no pueden producir ninguno, como según Davidson han entendido algunos de los wittgensteinianos. Así, v.g., la posición de Melden parece, desde luego, insostenible. Davidson tiene razón cuando señala “las dificultades obvias que genera el excluir completamente a las acciones del dominio de la causalidad”⁹¹ y también la tiene cuando, a renglón seguido, hace hincapié en que las acciones pueden tener causas. Eso no solo no contradice el pensamiento de Wittgenstein; sino que, como acaba de verse, éste admite expresamente que la hipótesis de que una acción tenga causas puede estar bien fundada.

La diferencia que Wittgenstein establece entre las *causas* y las *razones* (o *motivos*), no radica en que unas, conforme a su naturaleza, *causen* y las otras no; sino en que conjeturamos las primeras a partir de la observación de regularidades y los motivos o razones por los que actuamos los conocemos sin necesidad de observación alguna. Se trata de una diferencia entre el conocimiento de primera persona

que tenemos acerca de nuestra mente y el conocimiento por observación e inducción, que tenemos de los hechos externos, incluidas las mentes de los demás.

Esa diferencia gramatical no impide, como subraya, esta vez adecuadamente, Davidson, que las acciones *causen*; es decir, que produzcan cambios observables; pero, como acabamos de ver, la ontología de Davidson no permite que sean descritas como causas, ni siquiera como causas *anómalas*. El lenguaje intencional acerca de las causas indica, solamente, que carecemos de leyes detalladas y precisas: es, por tanto solamente “un disfraz para la ignorancia”⁹². Con esa frase Davidson parece ignorar, a su vez que, desde la física cuántica, es perfectamente posible postular un mundo *probabilista* en el que, frente al mundo determinista en el que él parece estar anclado, hay un *azar objetivo*, en el que, de un estado de cosas pueden seguirse varias alternativas⁹³.

Para subrayar las diferencias con el análisis wittgensteiniano del problema recurriré a la exposición de Toulmin que, como es sabido, fue discípulo directo de Wittgenstein, del que transcribiré, como síntesis, un fragmento:

“Hablando primeramente a un nivel causal, lo que puede ser asimilado a las causas no son las *razones* de una persona para determinada acción, sino su *tener razones* para esa acción —es decir, su *reconocimiento* de que esas razones son de peso para él en su situación particular... Pues lo que puede servirle a una persona como *motivo* y puede *causar* su actuación, no es un desnudo argumento verbal sino su aceptación de ese argumento como *convinciente* y la tarea de diagnosticar las causas de su acción incluye el considerar su situación como un todo— incluyendo sus actitudes y capacidades y los factores que sería capaz de reconocer de acuerdo con ellas. Considerando tal situación desde fuera, podríamos muy bien concluir ocasionalmente que la causa efectiva de la acción de una persona fue el que llegara a su atención una nueva *consideración*. El hallar las cartas de amor de su esposa le empujó —es decir le dio una razón *convinciente*— para actuar como lo hizo; en sí misma, una razón no tiene ni deja de tener una eficacia causal: no es un hecho o un acontecimiento, sino una consideración. Lo que puede tener eficacia causal es el acontecimiento del hecho de que una persona tenga, se le dé, reconozca o se dé cuenta de la fuerza de, esa razón.

Contrariamente, el tomar el punto de vista *racional* implica considerar la acción de una persona, no desde

fuera —desde un punto de vista clínico o de diagnóstico—, sino desde dentro del contexto de la acción misma, preguntando: *¿Hasta qué punto puede justificarse esta acción a la luz de los factores/consideraciones posibilidades que podía reconocer, y a los que podía responder, el agente?* Al discutir una acción desde el punto de vista racional, necesitamos que no se nos entienda como si afirmásemos o negásemos algo acerca de sus causas. Podemos inferir, efectuando un diagnóstico de la situación, que, la aceptación de una razón-para-actuar como concluyente causó que el agente actuara como lo hizo; pero la cuestión de si esa razón convincente era tan especialmente apropiada, como él supuso, para lo que su situación exigía, no tiene nada que ver con la cuestión justificatoria⁹⁴.

A renglón seguido resume Toulmin su postura afirmando que las razones por las que actuamos “juegan un papel indispensable dentro de la red total de causas mediante las cuales se determina nuestra conducta”; sin embargo, los enunciados con los que exponemos nuestras razones para actuar de un modo determinado no son nunca, en sí mismos, enunciados de las causas de nuestra conducta.

Según Toulmin esas diferencias entre enunciados pueden llevarnos a afirmar que *las razones no son causas*; mientras que, dado que vemos que la aceptación por parte de alguien de ciertas razones puede servir como condición necesaria y suficiente para sus acciones, nos podría llevar a decir que *las razones son causas*. En uno y otro caso se produce una confusión “entre la evaluación de las acciones en relación con ciertas normas y criterios y el diagnóstico de esas mismas acciones, consideradas como fenómenos dentro de un régimen causal”.

De modo que se trata aquí de dos lenguajes cuyos usos se entrecruzan, pero ni coinciden exactamente, ni se establece ninguna clase de preferencia “ontológica” entre ellos. Para analizar más detalladamente las diferentes consecuencias de una y otra postura es preciso confrontarlas en el contexto de la contraposición entre determinismo y libertad.

C) EL DILEMA KANTIANO

En el ensayo número 11 se propone Davidson reconciliar la libertad con el determinismo

causal. Para llevarlo a cabo comienza mostrando su simpatía con el enfoque de Kant cuando dice lo siguiente:

“Ni la filosofía más sutil ni la razón común del hombre pueden nunca excluir la libertad. Hay, pues, que suponer que entre la libertad y la necesidad natural de unas y las mismas acciones humanas no existe verdadera contradicción; porque no cabe suprimir ni el concepto de naturaleza ni el concepto de libertad. Sin embargo, esta aparente contradicción debe al menos ser deshecha de modo convincente, aun cuando no pudiera nunca concebirse cómo sea posible la libertad. Pues si incluso el pensamiento de la libertad se contradice a sí mismo o a la naturaleza (...), tendría que ser abandonado por completo frente a la necesidad natural⁹⁵”.

Para perfilar con mayor exactitud la contradicción y la compatibilidad de que habla Kant vale la pena transcribir el párrafo anterior al que Davidson cita:

“De todo esto nace, en consecuencia, una dialéctica de la razón, pues, en lo que respecta a la voluntad, la libertad que le es atribuida parece estar en contradicción con la necesidad natural, con lo que, desde un punto de vista especulativo, la razón halla el camino de la necesidad mucho más llano y sencillo que el de la libertad. Desde el punto de vista práctico, sin embargo, el sendero de la libertad es el único por el que resulta posible hacer uso de la razón en nuestras acciones y omisiones⁹⁶”.

Creo que en ese primer párrafo se pone en su lugar el significado del segundo. Lo que Kant dice en él es que no hay razón sin libertad. Eso es así porque sin libertad nuestras razones no podrían determinar nuestra conducta: ni siquiera nuestros pensamientos estarían guiados por ellas, sino determinados por causas naturales. En ese caso no cabría hablar si quiera de razón teórica: por eso Kant habla de la libertad como “la clave de bóveda del edificio de la razón”.

La propuesta de Davidson, con la que pretende “formular de una manera más cuidadosa” la aparente contradicción, parte de reescribir la formulación kantiana “generalizando” las acciones humanas como sucesos mentales y sustituyendo *libertad* por *anomalía*. La solución que ofrece parte de tres principios, a saber: el primer principio, al que llama Principio de Interacción Causal, afirma que, si no todos, por lo menos algunos sucesos mentales

interactúan causalmente con sucesos físicos; el segundo principio, al que denomina Principio del Carácter Nomológico de la Causalidad, dice que donde hay causalidad debe haber leyes deterministas estrictas; el tercer principio (al que denomina de la Anomalía de lo Mental) es que no hay leyes deterministas estrictas con base en las cuales puedan predecirse y explicarse los sucesos mentales.

Estos tres principios pueden, a su juicio, conciliarse sobre la base de su versión de la teoría de la identidad que, como se ha dicho repetidamente, denomina *monismo anómalo*. Según Davidson, esa posición, tal y como fue descrita anteriormente, aunque niega que haya leyes psicofísicas, “es consistente con el punto de vista de que las características mentales dependen en cierto sentido de, o *supervienen* en, las características físicas”. Tal superveniencia podría definirse diciendo que no puede haber dos sucesos iguales en todos sus aspectos físicos pero diferentes en algún aspecto mental, o de que un objeto no puede alterarse en algún aspecto mental sin que se altere en algún aspecto físico. Pese a sustentar una superveniencia tan fuerte, Davidson sostiene que esa superveniencia

“no implica lógicamente reductibilidad mediante una ley o definición: si así fuera, podríamos reducir las propiedades morales a propiedades descriptivas, y hay buenas razones para *creer* que esto no puede hacerse; y seríamos capaces de reducir a propiedades sintácticas la verdad en un sistema formal, y *sabemos* que esto en general no puede hacerse”⁹⁷.

Tras estas explicaciones, Davidson cree que ya “debería ser evidente cómo el monismo anómalo reconcilia los tres principios que tomó como punto de partida, es decir, cómo reconcilia libertad y determinismo. Dice así:

“La causalidad y la identidad son relaciones entre sucesos individuales, no importa cómo se describan. Pero las leyes son lingüísticas; y así los sucesos pueden instanciar leyes y por tanto, predecirse o explicarse a la luz de las leyes, sólo en la medida en que esos sucesos se describan de una u otra manera. El principio de interacción causal trata con los sucesos en extensión y por tanto es ciego a la dicotomía físico-mental. El principio de la anomalía de lo mental concierne a los sucesos descritos como mentales, porque los sucesos son mentales sólo si así se describen. El principio de

carácter nomológico de la causalidad debe leerse con cuidado: dice que cuando los sucesos se relacionan como causa y efecto, tienen descripciones que instancian una ley. No dice que todo enunciado causal singular verdadero instancie una ley”⁹⁸.

De modo que la solución de la antinomia se produce en los siguientes términos: como hemos visto, todos los sucesos son sucesos físicos, porque todos ellos son descriptibles en términos físicos. Por eso su posición puede calificarse de monismo. La *anomalía* consiste en que cuando describimos esos mismos sucesos en términos psicológicos o mentales, no pueden subsumirse bajo leyes estrictas⁹⁹. Ciertamente, no queda muy claro cómo es posible describir en términos mentales sucesos que *son* físicos, dado que la identificación de instancias particulares de unos con instancias particulares de otros no parece viable¹⁰⁰. Pero, dejando aparte ese problema, esa anomalía de lo mental es, para Davidson, una condición necesaria para considerar autónoma la acción, esto es, para poder hablar de libertad sin contradicción alguna.

No sé en qué medida la solución que propone Davidson al dilema kantiano es una solución: más bien parece que deja el asunto más o menos como estaba, con la única diferencia de que en el teatro de la vida asigna a la libertad un asiento peor. Porque se parte de un lenguaje básico, el de la física, que corresponde a los únicos hechos del mundo: no hay, en realidad, hechos mentales, sino solo un modo “superveniencia” de describir los hechos físicos, producto de la ignorancia. Si en el lenguaje de la física los hechos se hallan, según Davidson, totalmente determinados, por mucho que puedan describirse como libres (no se sabe cómo) en el lenguaje mentalista, esa descripción es puramente ilusoria: que podamos usarla se debe, como Davidson precisa en ocasiones, a cierta “parsimonia” o condescendencia que hemos de tener con el lenguaje ordinario en tanto es útil para ciertos usos prácticos. De modo que no hay ninguna verdadera conciliación, pues no se desprende de las concepciones de Davidson que sea legítimo hablar de libertad, sino meramente que cabe *tolerar* ese lenguaje.

La exactitud de esa afirmación se comprueba con sólo remitirse a lo que Davidson afirma al analizar la teoría causal de los afectos de Spinoza, análisis en que, tras realizar diversas interpretaciones que aproximan el pensamiento de Spinoza al suyo, afirma lo siguiente:

“He descrito ahora la teoría de Spinoza acerca de la relación entre lo mental y lo físico de modo que la hace consistente y, excepto un residuo de duda, correcta desde mi punto de vista.

La duda concierne a la naturaleza del paralelismo entre lo mental y lo físico. Una cosa es postular dos sistemas diferentes e irreductibles para explicar el mismo mundo; pero (Spinoza) va más allá de eso al insistir en que ‘el orden y conexión de las ideas es el mismo que el orden y conexión de las cosas’. ¿A dónde conduce esta pretensión adicional?

Propuse antes una posibilidad (interpretativa): hay una secuencia de proposiciones colocadas naturalmente en un orden deductivo que corresponde al orden temporal de causa y efecto en el mundo de las cosas extensas. Entonces el orden deductivo es el mismo que el orden temporal: la conexión entre las ideas es la misma que la conexión causal entre las cosas. Sin embargo esta secuencia de ideas no cabe en una mente humana finita, solo puede existir en la mente de Dios¹⁰¹

La verdad del determinismo, sea en Mill, Laplace o Davidson, siempre termina recurriendo, para afirmarse, a la sabiduría de una mente sobrehumana, porque se trata de una verdad metafísica, inaccesible como tal a nuestra especie. En este sentido, la postura de Sellars, que afirma que hay un dominio de sucesos mentales, dejando abierta la cuestión de su estatuto ontológico¹⁰², parece la única defendible; pero el *monismo anómalo* que Davidson profesa no acepta esa prudente cautela.

Desde luego, esa postura nada tiene que ver con la kantiana a la que pretende asimilarse, pues deja de lado el problema básico de cómo podemos guiar nuestra conducta, no meramente “describirla”, según razones y el de cómo puede él mismo razonar, pese a ser un sistema físico cerrado. Su “solución” no resulta, pues, en absoluto, más cuidadosa que la de Kant, sino todo lo contrario.

Tampoco Toulmin ofrece ninguna solución al dilema. En efecto, su modo de afrontarlo es el siguiente:

“Realmente, una de las afirmaciones más penetrantes de Kant fue que las razones ni son lo mismo, ni son innecesariamente incompatibles con las causas, sino que, al contrario, la justificación racional de las acciones humanas era compatible en potencia con la creencia de que *el-actuar-por-ciertas-razones* tiene lugar dentro de un régimen completamente causal. Puede que la explicación final del asunto por parte de Kant, en términos de *fenómenos* y *noúmenos*, no haya sido muy afortunada, pero esto sucedió por razones extrañas al caso, debido a la oscuridad de las otras implicaciones de la dicotomía *fenómeno/noúmeno*. Sin embargo, tomada en sí misma, la solución que propuso para el problema de las razones y las causas —aunque programática— parece totalmente legítima. En efecto, considerando aisladamente este problema, el mundo de lo *nouménico* se reduce al “universo de discurso” en el que evaluamos la *justificación* de las acciones humanas, mientras que el mundo de lo *fenoménico*, al contrario, se refiere al otro “universo del discurso” que se ocupa de las asociaciones del mundo natural que son interpretables causalmente. Así renunciada, la opinión de Kant de que el mundo racional de lo *nouménico* y el mundo causal de lo *fenoménico* “coexisten” implica precisamente lo que hemos tratado de probar aquí: a saber, que el dar razones para justificar nuestras acciones es distinto de, aunque no incompatible con, el descubrimiento de causas para explicar esas acciones¹⁰³.

Ese planteamiento, en la medida en que se limita a remitir cada uno de los términos del dilema a un ámbito del lenguaje distinto invita a abandonar todo intento de resolverlo, considerándolo *disuelto*: una cuestión metafísica y, por lo tanto, irrelevante.

Enfocado así, el debate acerca del determinismo y el libre albedrío está más allá o fuera del lenguaje significativo y, en consecuencia, parece que debería postularse lo mejor que puede hacerse respecto a él es evitarlo.

Ese es el camino adoptado, en una u otra forma por muchos autores de ascendencia wittgensteiniana¹⁰⁴. Esa es, por otra parte, la que se atribuye comúnmente a Wittgenstein aunque, como en su momento se dirá, esa atribución precisa algunas importantes matizaciones.

En cualquier caso, cabe señalar que esa posición puede conducir también al llamado determinismo débil que es, por regla general, compatibilista.

D) DETERMINISMO DÉBIL

a) A modo de introducción

Según se ha dicho repetidamente, la posición de Davidson, dada sus premisas, debería conducirle a afirmar un determinismo fuerte o reduccionista. Esa afirmación puede reforzarse leyendo el *Ensayo 13* de la obra tantas veces citada, en el que bajo el título *La mente material*, propone que soñemos que

“hemos llegado a comprender que el cerebro, y el sistema nervioso social, operan de forma muy parecida a una computadora y que realmente hemos logrado apreciar tan bien lo que sucede que somos capaces de construir una máquina que cuando la exponemos a las luces y los sonidos del mundo, imita los movimientos de un hombre”.

Desde ese punto de partida propone, además que tal hombre-máquina se construye con la forma de un hombre, y con los mismos materiales de modo que tiene “o parece haber tenido expresiones faciales adecuadas, ha contestado preguntas y ha iniciado movimientos de tipo humano cuando ha sido expuesto a cambios en el medio ambiente”. Además

“toda correlación que se ha descubierto entre lo que sabemos de los procesos mentales, en la medida que este conocimiento se refleja de manera físicamente describable se ha preservado fielmente” en el imaginario hombre-máquina, de tal modo que “nadie que no supiese (...) que era artificial lo hubiese descubierto al observarlo o al escucharlo, al punzarlo o al hablarle”¹⁰⁵.

A partir de ahí, muestra su acuerdo con la conclusión de que, en cualquier caso (sea que pudiéramos construir tal autómeta e, incluso, aunque no podamos hacerlo, porque lo mismo que de tal autómeta imaginario puede predicarse de los hombres producidos naturalmente), su planteamiento nos compromete “con una tesis filosófica y, en realidad, con una tesis metafísica importante”. Es la siguiente:

“Si los sucesos psicológicos causan y son causados por sucesos físicos (como en verdad es el caso), y si las relaciones causales entre sucesos, implican la existencia de leyes que conecten estos sucesos, y si estas leyes son... (como se ha supuesto al construir el autómeta, T.V.) físicas, entonces de lo anterior debe seguirse que *los sucesos psicológicos simplemente son*, (en

el sentido de son idénticos a) sucesos físicos. Si esto es materialismo, estamos comprometidos con él”¹⁰⁶.

Sin embargo, a su juicio, ese compromiso es menor de lo que pudiera parecer. Esa *minoración* se debe, según Davidson al hecho de que, “pese a que cada uno de los sucesos y estados psicológicos tiene una descripción física, esto no es una razón para esperar que algún predicado físico, no importa cuán complejo sea, tenga la misma extensión que un predicado psicológico dado —y, mucho menos, que exista algún predicado físico relacionado nomológicamente con un predicado psicológico dado—. Y eso es así porque “sabemos de antemano que todos los recursos de la física no son suficientes para identificar clases importantes (abiertas o infinitas) de sucesos que se definen mediante predicados psicológicos.

Concebida en tales términos, la *minoración* podría ser congruente con la idea de un mundo clausurado físicamente si las afirmaciones previas de Davidson no contuviesen más compromisos que los que él dice asumir.

Pero eso no es así. Pues procede recordar que, si el autómeta sobre el que reflexiona habla como un ser humano porque hemos introducido en él las correlaciones psicofísicas pertinentes, hemos tenido que construirlo a partir del conocimiento de tales correlaciones, es decir, a partir de leyes necesarias. Por lo tanto, o tales leyes existen y la minoración que propone Davidson comporta un giro incongruente o, para encajarla sin contradicción en su propuesta, tiene que partir de otras premisas.

Si, prescindiendo de la incongruencia, se acepta esa nueva propuesta que llama “minoración”, la consecuencia sería la de que admite un indeterminismo en el ámbito de lo mental, compatible, no se sabe bien cómo, con el determinismo físico. Sin embargo, Davidson se suma expresamente a lo que hemos llamado determinismo débil, o “compatibilista” puesto que dice compartir las opiniones de Hobbes, Locke, Hume, Moore, Schlick, Ayer, Stevenson y muchos otros afirmando que “han hecho lo que puede hacerse, o lo que jamás habría necesidad (de hacer), para eliminar las confu-

siones que pueden hacer que parezca que el determinismo frustra la libertad¹⁰⁷.

Buena parte de los autores que Davidson invoca formulan este determinismo débil o compatibilista diciendo que, en cada caso concreto, no se puede decir en términos absolutos, que alguien puede obrar de otro modo; sino solo que *podía haber obrado de otro modo si hubiera querido*. Bajo tales formulaciones, lo que hace el determinismo débil, al menos en muchos de los autores a los que Davidson se remite expresamente, es afirmar la libertad de actuar (lo que Kant llamaba la libertad práctica) negando la libertad de querer (que Kant denominaba libertad trascendental).

Esta es, al menos, la tesis de Hobbes¹⁰⁸, Hume¹⁰⁹ y Moore¹¹⁰. Sin embargo, ni está bien formulada ni Davidson la acepta en sus propios términos.

b) La inconsistencia de las formulaciones clásicas del determinismo débil

Las formulaciones de Hobbes, Hume y Moore, a las que acaba de hacerse referencia tienen en común la pretensión de que el conflicto entre libertad y determinismo se resuelve con sólo plantear adecuadamente el problema: en lugar de formular la idea de que una persona es libre diciendo que puede obrar de otro modo a como lo ha hecho, habría que hacerlo diciendo que podría, en efecto, haber actuado de otro modo *si lo hubiera elegido*. Según Moore, esta formulación

“crea una inmensa diferencia pues, confinándose de este modo nuestra teoría, evita una controversia que no puede ser evitada por aquellos que afirman que lo justo y lo injusto depende de lo que la gente absolutamente pueda hacer”¹¹¹.

Moore formula el conflicto entre determinismo y libertad en los siguientes términos:

“Todo lo que podemos afirmar en este asunto es, 1º) que, si tenemos libre arbitrio, necesariamente es cierto, en *algún* sentido, que a veces *podríamos* haber hecho lo que no hicimos; y 2º) que, si todo tiene su causa, necesariamente ha de ser cierto, en *algún* sentido, que nunca *podríamos* haber hecho lo que no hicimos”¹¹².

A partir de la idea de que el verbo *poder* tiene un sentido diferente en cada una de esas frases, Moore opta por la compatibilidad entre la primera y la segunda afirmación; y, tras un largo y farragoso análisis de los distintos significados de *poder*, que omito, expone, en conclusión, lo siguiente:

“Por lo tanto es muy cierto, 1º, que a menudo *hubiéramos obrado* diferentemente si lo hubiéramos escogido; 2º, que, de igual modo, a menudo *escogeríamos* diferentemente si hubiéramos escogido elegir, y 3º, que sería casi siempre *posible* que hubiéramos escogido diferentemente, en el sentido de que ningún hombre podría conocer como cierto que no podríamos escoger de este modo”¹¹³.

Moore apostilla esas conclusiones diciendo que todas ellas son efectivas y todas ellas están muy de acuerdo con el principio de causalidad que formuló antes del siguiente modo:

“Se supone, por razones que no necesito discutir, que, absolutamente, todo lo que acontece tiene una *causa* en lo que le antecede. Pero decir esto es decir que se sigue necesariamente de algo que le precede; o, en otras palabras, que una vez que los acontecimientos precedentes, que son su causa, han sucedido, esto absolutamente sucederá de un modo forzoso. Pero decir que *algo* sucederá por fuerza es decir que ninguna otra cosa pudiera haber sucedido, sino aquello que sucedió; así pues, si cada cosa tiene su causa, nada podría haber sucedido nunca, excepto aquello que sucedió”¹¹⁴.

Expuesto así, esquemáticamente, el planteamiento de Moore, me limitaré a decir, por ahora, que la compatibilidad, que tan alegremente afirma, no se aprecia, al menos a primera vista. Pero, no quiero desarrollar aquí esa objeción; sino exponer las que le han hecho otros. Sin atender al orden cronológico, comenzaré por las que le opusieron Chisholm y Davidson.

Chisholm sostiene que cabe oponer una objeción “estándar” a todas las formulaciones, que, como la de Moore parten de la idea de que, *cuando se afirma que alguien pudo obrar de otra manera, eso ha de significar que hubiera podido obrar de otra manera si lo hubiera elegido*, especificando que en lugar de “elegido” pueden usarse otros verbos que, para el argumento, resultan equivalentes: “querido”, “intenta-

do”, “decidido”, etc. Para los que utilizan esta fórmula, la segunda proposición es compatible con el determinismo (o con la divina providencia); en cambio, la primera no lo es. Pero, el argumento no es sólido. Pues si alguien que actuó de cierta manera no pudo haber escogido o haber decidido actuar de otro modo, entonces el hecho de que fuera una persona que, de haber escogido actuar de otro modo lo hubiera hecho no presupone diferencia alguna, porque si él no hubiera podido escoger otra cosa tampoco hubiera podido hacerla. En consecuencia, de nuestra segunda afirmación (si él hubiera escogido actuar de otro modo, podría haber actuado de otro modo) no podemos inferir que él podía actuar de otro modo, a menos que podamos afirmar también que hubiera podido elegir de otro modo¹¹⁵.

De forma que el argumento no es consistente porque, como señala Davidson¹¹⁶ “es un error suponer que añadimos algo al análisis de la libertad cuando decimos que un agente es libre de hacer algo si puede hacerlo o no, como él quiera (elija etc.)”. Lo único que añadimos, según Chisholm, es una *estratagema* que no funciona, con la que se intenta ocultar que entre la adscripción de responsabilidad y la concepción determinista de la acción existe un conflicto. Conflicto que, pese a lo que parece creer Davidson, Moore acaba resolviendo el dilema en favor de la libertad porque, según acaba de exponerse, para Moore resulta indudable que podemos escoger llevar a cabo otra elección.

Las objeciones de Chisholm y Davidson al planteamiento de Moore se desarrollan en polémica con otras expuestas previamente por Austin, que efectúa un amplio análisis del planteamiento de Moore y de su reformulación por Nowell-Smith. No voy a describir esa polémica y ni siquiera expondré con detalle el planteamiento de Austin pues ambas tareas nos llevarían demasiado lejos; pero sí quiero dejar constancia de algunos momentos básicos de la crítica de Austin a Moore.

En primer lugar indaga Austin el significado de *puede* señalando que es muy diferente de *hubiera* o *habría*. Así, si digo que esta mañana

habría recorrido una milla en veinte minutos si así lo hubiera decidido, lo que hago, en realidad, es una afirmación sobre mi firmeza de carácter para realizar mis propósitos (pues, apostilla Austin, no se entendería que lo que quiero decir es que si hubiera hecho esa elección el mero hecho de hacerla hubiera causado algo). “Pero sea cual fuere la forma en que la entendemos es enteramente diferente de *puede haber andado una milla en veinte minutos esta mañana si lo hubiese elegido*, la cual seguramente dice algo más bien sobre mis oportunidades o poderes”. Austin objeta a Moore que no explica por qué estamos autorizados a efectuar la transición de un significado a otro, dado que no puede justificarse de ningún modo¹¹⁷.

A continuación, afirma que hay muchos tipos de “*sis*” con muchos tipos de verbos. “Puedo escurrirme si soy bastante delgado es un *si* de condición causal”. Pero, en su opinión, el *si* de *puedo si lo elijo* no es un *si* de conexión causal; sino que más bien parece un *si* de duda o titubeo. Por otra parte en cuanto a *lo haré si lo elijo* no es, según hemos visto, una aserción de hecho, sino una expresión de intención; y, en consecuencia el *si* no es el *si* de condición sino el de estipulación.

Resumiendo, las objeciones de Austin a Moore son las siguientes:

“*Puede hacer si lo hubiese elegido* no significa lo mismo que *habría si lo hubiese elegido*”

- a) En ninguna de estas expresiones la cláusula *si* es una cláusula *condicional normal*, que conecta antecedente con consecuente como causa con efecto.
- b) Aducir que *puede* siempre requiere una cláusula *si* con él para completar el sentido es totalmente distinto que aducir que las oraciones *puede* siempre deben ser analizadas en oraciones que contengan cláusula *si*.
- c) Ni *puede* ni ningún otro verbo requiere siempre una cláusula *si* condicional tras él; incluso *Could have*, cuando es un pasado de indicativo, no requiere tal cláusula; y en *I Could have if had cosen* el verbo es de hecho un pasado de indicativo, no un subjuntivo o condicional pasado¹¹⁸.

A esas conclusiones sigue una polémica con Nowell-Smith, que omito porque éste, en cuanto afecta a lo dicho hasta ahora, ha aceptado las observaciones de Austin¹¹⁹. Según Austin, tanto Nowell-Smith como Moore, en el momento en que escribieron las obras que

se han citado, estaban deseando entenderse con el determinismo. Coincidiendo con el de Chisholm, su análisis muestra que, si las formulaciones que toman como punto de partida consiguen *aparentar* que han logrado ese entendimiento, es sólo sobre la base de manipular indebidamente la gramática lógica de sus proposiciones. Concluye Austin su análisis del siguiente modo:

“Ha sido alegado por parte de filósofos muy serios (no sólo los dos que he mencionado) que las cosas que decimos ordinariamente acerca de lo que podemos hacer y pudimos haber hecho pueden efectivamente ser consistentes con el determinismo. Es difícil evitar todo intento de decidir si este alegato es cierto —difícil incluso para los que, como yo mismo, se sienten inclinados a pensar que el determinismo es todavía el nombre de algo nada claro, que ha sido defendido sólo incoherentemente—. Al menos me gustaría afirmar que *los argumentos considerados (...) no logran demostrar que es verdadero, y en realidad, al no lograrlo, vienen de algún modo a demostrar que no lo es. El determinismo, sea lo que fuere, puede que aún sea el caso, pero al menos no parece consistente con lo que ordinariamente decimos y presumiblemente pensamos*”¹²⁰.

Dada la ascendencia wittgensteiniana de Austin, podía haber escogido un camino más sencillo para llegar a esa conclusión; a saber, podía haber partido del análisis de “querer” que se lleva a cabo en las *Investigaciones lógicas*¹²¹. Querer, según Wittgenstein, no es el nombre de una acción; pero tampoco un medio para producirla, como no lo es el deseo. Uno quisiera imaginarse el querer como un producir inmediato, no causal; pero esa idea se basa en una analogía desorientadora: se equipara el querer a una suerte de mecanismo que une dos partes de una máquina. Pero “el querer, si no es una especie de desear, debe ser el actuar mismo”; y “si es el actuar, entonces lo es en el sentido usual de la palabra o sea: hablar, escribir, andar” etc. Por lo tanto, sostener que hay libertad de actuar, pero no de querer es incongruente y absurdo.

c) ¿Determinismo parcial?

Aunque, según Davidson es indiferente para el problema de la libertad que el mundo material se halle totalmente regido por leyes

deterministas o que, por el contrario, haya en él zonas de incertidumbre, como postula la llamada teoría del caos o de auténtica indeterminación, como parece deducirse de la física cuántica, no me parece posible aceptar que eso pueda ser así. Si todo en el universo que puede percibirse mediante la experiencia sensible se hallara regido por leyes necesarias, nada que implicase el menor movimiento de la materia podría suceder de otro modo. En un universo de esa condición no habría lugar alguno para la acción libre; pues, como hemos visto, toda acción descansa sobre un sustrato material y presupone la posibilidad y la capacidad humana de mover y no mover el cuerpo para la ejecución del acto de que se trate. Esa idea parece tan difícilmente discutible que hasta el joven Marx, en su tesis doctoral, optó por la física de Epicuro frente a la de Demócrito porque aquel admitía cierta *desviación* de los átomos que dejaba espacio para la libertad del hombre.

He de reconocer que hay autores, como v.g. A. Kenny que estiman compatibles el determinismo en el mundo material (en su caso el determinismo neurofisiológico) con la libertad. Retoma Kenny una distinción clásica entre la *libertad de espontaneidad* (la libertad de escoger o querer) y la *libertad de indiferencia*, (es decir, la libertad de poder obrar de otro modo), en la que se basa el compatibilismo clásico, que se acaba de analizar y que, como se ha expuesto, afirma la segunda pero niega la primera. Según Kenny, un compatibilismo definido en esos términos es totalmente erróneo pues, a su juicio, esas dos clases de libertad se hallan inseparablemente unidas: ya que la libertad de indiferencia presupone la libertad de espontaneidad¹²². En consecuencia su argumentación parte de un análisis de *poder* según el cual alguien puede (*plenamente, aquí y ahora*) actuar de otro modo cuando tiene la *capacidad* y la *oportunidad de hacerlo*, que está inspirado en Austin¹²³.

A partir de ese análisis, sostiene que el determinismo fisiológico puede ser verdadero porque la capacidad y la oportunidad de actuar de otro modo pueden hallarse presentes pese a que, desde un estado fisiológico deter-

minado, pueda deducirse también fisiológicamente que mi cuerpo se moverá en el sentido requerido por la acción que realice. El ser pensante e inteligente al que se refiere Kripke en su refutación de las teorías de la identidad, “en una reflexión rápida, antes de ir a dormir” difícilmente podría extraer esa conclusión. El argumento que lleva a Kenny a sostenerla es el de que el estado fisiológico presente de mi cerebro debe definirse con la salvedad de que sería diferente de lo que es ahora si yo hubiera querido algo diferente de lo que yo ahora quiero. Pero, él mismo objeta que este tipo de determinismo fisiológico exige que cada diferencia en el querer vaya acompañada de una diferencia fisiológica y que, por lo tanto, corre el peligro de convertirse en un determinismo psicológico. (Ese peligro puede a su juicio soslayarse, pues el determinismo fisiológico comporta el psicológico solamente si sucesos fisiológicos de un tipo particular se correlacionan de un modo regular con hechos psicológicos de otro tipo particular; pero si la correlación se limita a suponer que hay una diferencia entre el estado del cerebro y del sistema nervioso central cuando se quiere hacer X y el estado del cerebro etc. cuando no se quiere hacer X (es decir, si se adopta algo semejante a la tesis de la identidad como instancia), entonces, según cree, la objeción se resuelve).

Sin embargo, como ya hemos anticipado al exponer el problema de la identidad de sucesos en Davidson, esa posible solución no es tan sencilla, pues parte de una hipótesis inverificable y tal vez contradictoria. Pero, además tampoco es una auténtica solución, pues el problema no es tanto el de que el determinismo fisiológico colapse en determinismo psicológico sino el de que, si un estado psicológico (el de querer o no querer) produce un cambio en el estado del cerebro, entonces ya no cabe hablar de determinismo fisiológico. De ese modo, aunque Kenny elude la estrategia clásica que acabamos de analizar, hace una pirueta teórica aún más inaceptable.

En lo que Davidson y Kenny coinciden es en que el determinismo mental o psicológico es insostenible; pues, en ese ámbito, no existen

leyes estrictas o, como Davidson dice alguna vez, “leyes serias”.

Alguna modalidad de conductismo ha tratado de reducir la conducta intencional del hombre a leyes estrictas, explicándola sobre la base de la teoría pauloviana del estímulo respuesta. Charles Taylor ha dedicado una importante monografía¹²⁴ a examinar esa teoría junto a formas más refinadas de conductismo. A su juicio, todas esas teorías tropiezan con dos obstáculos insalvables (Taylor habla de tres, pero el segundo y el tercero pueden, a efectos de ésta exposición considerarse uno sólo).

El primero de dichos obstáculos es el de las conductas motivadas *intrínsecamente*; es decir, aquellas conductas en las que el fin al que se dirige el comportamiento no es un estado de cosas independiente del comportamiento mismo (v.g. se quiere correr, no para llegar a ningún sitio ni para conseguir ninguna otra cosa, sino sólo por correr). El segundo se halla constituido por el hecho, que parece original e irreductible, de que la energía psíquica (o *impulso*) se halla sólo o principalmente está disponible para comportamientos que tienden hacia un cierto fin¹²⁵. Su conclusión es, por lo tanto, que la conducta (tanto la humana como la de los animales superiores) sólo puede explicarse en términos de deseos, propósitos y fines; y, si esa conclusión es correcta, el camino hacia la formulación de leyes estrictas está vedado.

Esto sentado y puesto que “toda teoría sería que sirva para predecir acciones debe encontrar una manera de evaluar la fuerza relativa de varios deseos y fuerzas en la matriz de la decisión”¹²⁶, para averiguar si es posible formular leyes estrictas en el ámbito de la conducta intencional es preciso analizar si la teoría de la decisión es capaz de proporcionarlas; y, como expuse en otro lugar¹²⁷, la conclusión ha de ser negativa: ni la teoría de la decisión es válida como teoría general del comportamiento (pues ni hace justicia del proceso de liberación ni da cuenta de la pluralidad e inconmensurabilidad de los fines) ni, al ser formulada sobre la base de la observación del comportamiento público, puede ser extrapolada de los ámbitos limitados para los que sea concretamente

formulada, donde el sentido subjetivo de la utilidad se halla bien establecido y los grados de probabilidad y deseo resultan mensurables como v.g. el ámbito económico en una economía de mercado. Aún así, sus predicciones son poco fiables y puramente estadísticas; por lo que jamás logran predecir ni explicar el comportamiento individual; y junto a esas, hay otras limitaciones no ocasionales sino intrínsecas; pues los problemas matemáticos y computacionales de la teoría no permiten eliminar los márgenes de incertidumbre¹²⁸.

Por todo eso, cuando entran en juego intenciones, deseos, propósitos, etc. y, más aún, si se toman en consideración razones y fines el *determinismo total* parece inaplicable, por lo que se habla de un *determinismo parcial*¹²⁹.

Un determinismo de esa índole profesa Daniel Dennett, que admite que los hombres disponen de un margen de elección más o menos amplio; pero niega toda relevancia al “poder actuar de otro modo”. Así lo pone de manifiesto en su artículo *No podría haber actuado de otro modo, ¿y qué?*¹³⁰, en el que reitera afirmaciones hechas anteriormente¹³¹. Según Dennett, “el sentido de *poder* relevante desde el punto de vista moral no es el sentido de *poder* que depende del indeterminismo (si es que lo hay)”¹³². Sin embargo esa afirmación se halla precedida de unas consideraciones en las que se afirma que hay un “vínculo fundamental —y obvio— entre la libertad y la responsabilidad puesto que sólo somos responsables de aquello que entra en nuestras posibilidades y, puesto que, si el determinismo es verdadero, sólo podemos hacer lo que sea que estemos determinados a hacer: nunca puede darse el caso de que *debamos* hacer otra cosa”.

En una evaluación *prima facie*, me atrevería a decir que Dennett profesa un determinismo parcial (y confuso), cuya compatibilidad con el juicio ético puede defenderse justamente porque **no es determinismo**. Tal conclusión se desprende de muchas de sus afirmaciones e incluso, diría yo, del sentido general de su obra; pero quiero recordar especialmente su análisis de la responsabilidad en un juicio jurídico:

“Podríamos plantear la cuestión en términos de: *¿Podría haber hecho otra cosa?*, pero no buscaríamos el testimonio de metafísicos ni de físicos cuánticos. Buscaríamos pruebas *específicas* de su competencia, o circunstancias atenuantes. Consideramos, en particular, una defensa que estaba más allá de su control, factores que estaban allí desde mucho antes de su nacimiento, por ejemplo. Dichos factores sólo son relevantes si usted no sabía de su existencia. Si usted sabía que el suelo sobre el que estaba construyendo su casa había sido contaminado por residuos industriales un siglo antes, o *si debería haber sabido*, no puede alegarlo como un factor ajeno a su control. Pero ¿cómo puedo haberlo sabido? (El *deber* implica el poder. A medida que aumenta nuestra capacidad para adquirir conocimientos sobre los factores que tienen una influencia causal en nuestras acciones, nos volvemos cada vez más imputables por no conocer factores tanto externos (por ejemplo, el suelo contaminado) como internos (por ejemplo, su conocida obsesión por ganar dinero fácil: ¿debería haber hecho algo por resorverlo!). una defensa del tipo: *No podía hacer otra cosa*, que tal vez hubiera funcionado en otro tiempo, ya no es aceptable. Usted está obligado por las actitudes dominantes en la sociedad a estar al corriente de los avances más recientes en todas las materias sobre las que usted pretenda ostentar alguna responsabilidad”¹³³.

De éste párrafo se desprende claramente que el *poder* se define en términos de *capacidad* y *oportunidad*, es decir, tal y como definía Austin el poder pleno de actuar aquí y ahora; y, como a Austin, a mí ese poder no me parece compatible con el determinismo.

d) Reflexiones ulteriores

Sin embargo P. Bieri, analizando el caso imaginario de Raskolnikov, hace un balance de cuanto dice en su defensa, en los siguientes términos:

“Ha llegado el momento de un primer balance. La estrategia de Raskolnikov es directa y clara: insiste en que siempre se trata del querer y el hacer de una persona determinada con una historia previa determinada, y no de personas y sus capacidades en general. Y en ello tiene razón: la pregunta por la responsabilidad es siempre la pregunta por la responsabilidad de una persona completamente determinada en un momento completamente determinado. Además, tiene razón en que la voluntad y las decisiones de una persona resultan de su historia previa y que en virtud de esta historia no pueden ser otras que las que son. *Ninguna información sobre la responsabilidad que intente juegos malabares para soslayar este hecho puede convencer*”¹³⁴.

Señala Bieri que Raskolnikov tiene razón en su insistencia; pero, para poder defender su punto de vista se sirve del lenguaje de la coacción y de la impotencia. Él *ha tenido* que querer, reflexionar y decidir: así dice. “Pero esto no es verdad: nadie le ha obligado a ello. Que su querer, su reflexionar y su decidir dependieran de condiciones, no significa ningún deber ser que esté en contraposición de la libre voluntad”. A su juicio, el juez debería replicar al argumento defensivo del siguiente modo: “si alguien se decide por un acto, tiene sencillamente todo el poder que se puede pensar sobre ésta decisión”, que sencillamente consiste en que se decide así, y no de otra manera. Con lo cual, a mi juicio, simplifica excesivamente la cuestión intentando compatibilizar libertad y responsabilidad, “de un lado” y determinismo, de otro. La respuesta es que, pese a que, casi con absoluta certeza, no iba a usarlo, Raskolnikov tenía el poder pleno de obrar de otro modo, porque tenía, sin duda salvo que fuese un enfermo mental o tuviese un trastorno morboso de la personalidad, la capacidad suficiente para hacerlo y, desde luego, la oportunidad de abstenerse de no cometer su delito; y, hasta tal punto eso es así, que una defensa como la hipotética que Bieri propone seguramente no se habría admitido por ningún tribunal.

La persistencia de muchos autores en el determinismo causal se debe, al menos en parte, a que el indeterminismo parece cerrar el camino al progreso de la ciencia. Eso se pone de manifiesto, de manera muy clara en el pensamiento de Ayer.

Ayer firma que “la tesis del determinismo ha sobrevivido durante mucho tiempo a cuenta del crédito de la mecánica clásica”¹³⁵; pero, “el esquema causal, cuya validez quedó demostrada en el dominio de la mecánica clásica, no puede transferirse sin más” a otros campos. De modo que, “si deseamos descubrir hasta qué punto se hallan sujetas las acciones humanas a la ley natural, debemos proseguir nuestras investigaciones en el nivel apropiado”; algo que, “en realidad, aunque sólo sea parcialmente ya se ha hecho”. Ayer describe el resultado de esas investigaciones del siguiente modo:

“Las ciencias biológicas y sociales nos capacitan para explicar las acciones humanas hasta cierto límite. Desde luego, las predicciones que sacamos de ellas no tienen excesivo alcance, y en su mayoría no son muy precisas. Podemos predecir que un hombre se enfadará si se le dice o hace tales o cuales cosas; pero probablemente no podremos precisar la forma que adoptará la expresión de su enfado. Un psicoanalista podría predecir en ciertas circunstancias favorables, que su paciente exteriorizará tales síntomas neuróticos, y un fisiólogo que como resultado de una operación cerebral, el poder de percepción o el carácter moral de un paciente sufrirán un cambio; pero estas predicciones cubren un campo de comportamiento muy amplio y están muy lejos de apuntar con precisión a los acontecimientos que se supone las verifican. Solemos tener mucho mayor acierto en la explicación de la conducta *ex post facto*; pero, así y todo, casi siempre esta explicación corresponde a los hechos de una manera más bien vaga. Por otra parte, el tipo de explicación que prevalece en los (estudios) históricos es el que alude a las razones más que a las causas”¹³⁶.

Así pues, a juicio de Ayer, nuestra situación actual en el campo de la acción es indeterminista y no tiene visos de cambiar, pues “nuestro conocimiento del mecanismo del cerebro es todavía imperfecto, y no se ha inventado ningún diccionario que sirva para establecer el paralelo entre los procesos cerebrales y las de los estados conscientes. Es posible que semejante diccionario no llegue a confeccionarse nunca y, tal vez, ni siquiera sea factible desde el punto de vista científico”¹³⁷. Pese a ello, y puesto que no parece haber razones lógicas que impidan ese descubrimiento, entiende Ayer que no es una posibilidad que tengamos derecho a desestimar *a priori* y muestra su recelo respecto a cualquier teoría filosófica que se base en la suposición de que no se puede realizar un programa de este tipo.

Tras éstas manifestaciones, pasa Ayer a asumir, ciertamente sólo en hipótesis, que pudiéramos disponer de una teoría filosófica que diera contenido a la tesis de que todas las acciones humanas están determinadas y, además, que esa teoría estuviese suficientemente comprobada. En ese caso, a su juicio “la consecuencia práctica a la que probablemente nos llevaría (su aceptación) “sería de un debilitamiento de nuestra creencia en la justicia del castigo retributivo, aunque sólo fuese atendiendo al prin-

cipio de que cuanto mejor entendemos más nos sentimos inclinados a perdonar”. A lo que añade que “podría incluso sostenerse que no se trata meramente de una consecuencia práctica, sino lógica. Pues, como ya hemos dicho, en el mejor de los casos es muy dudoso que una visión determinista de esta especie pueda conciliarse lógicamente con la noción corrientemente admitida de responsabilidad moral”¹³⁸.

En resumen: Ayer parte de una situación indeterminista desde la que parece muy poco probable, si es que es posible, formular una teoría determinista consistente y comprobable. Esa teoría tendría un efecto destructivo sobre la concepción común de la moralidad, que es incompatible con ella, pese a lo cual Ayer se niega a descartarla, no sólo porque le parece que viene impuesta por la posibilidad ilimitada de progreso de la ciencia, sino también, seguramente, porque, por razones que más tarde se discutirán, la estima beneficiosa.

Algo parecido le sucede, en éste último punto, a Ted Honderich que, tras recorrer las dificultades que tienen las diversas doctrinas acerca del determinismo e indeterminismo, es que se trata de dos series de actitudes que comprenden “esperanzas vitales, sentimientos personales, actitudes ante el conocimiento y diversos sentimientos morales”¹³⁹; y tras razonar sobre una y otra, opta por la **fe** determinista que, a su juicio, tendría consecuencias muy beneficiosas, no solo en el ámbito del castigo, que se ajustaría al principio de igualdad, sino en otras instituciones como la distribución de los ingresos, el reparto de los poderes y jerarquías y la alabanza y las condenas oficiales.

Ni que decir tiene que ni el determinismo viene impuesto por el progreso de la ciencia que, por otra parte no es ilimitado sino indefinido, ni un mundo determinista sería **mejor**, pues, de ser cierto el determinismo, no cabría distinguir lo bueno de lo malo ni lo justo de lo injusto, y no tendría, por tanto, sentido hablar de “lo mejor”

5. ¿LIBERTAD SIN APORÍAS?

A) LIBERTARISMO

a) Indeterminismo y libertad

Las consideraciones efectuadas en el epígrafe anterior nos conducen a plantear el problema que aquí se debate; es decir, el problema de si la libertad es posible, a partir de una situación en la que parece inevitable admitir un cierto grado de indeterminación, tanto en el mundo natural como en el ámbito de la acción humana. Pues bien, se ha dicho que aun admitiendo ese punto de partida, no puede afirmarse la libertad.

Intentando rebatir esa afirmación parte Kane de una cita de Mele (1998) que transcribe en los siguientes términos:

“Si diferentes elecciones libres pueden emerger desde el mismo pasado de un agente, parece que no haya ninguna explicación para que se eligiese una en vez de otra en términos del carácter, motivos y propósitos del agente. En consecuencia, la diferencia en la elección, esto es, el hecho de que el agente escoja una cosa en vez de otra, sería una cuestión de azar y no de libertad”¹⁴⁰.

Lo que hay de cierto en esta “objeción del azar” dice Kane es que una elección libre no puede ser completamente explicada por el pasado, aunque se incluyan en él todas las posibles causas o razones de la acción, sino que es preciso añadir algo “arbitrario” para explicar la elección. Pero, ese añadido de arbitrariedad no es, a su juicio, algo de lo que se derive la negación de la libertad; sino que, al contrario, revela algo importante acerca de la libertad: “tal arbitrariedad relativa respecto a las razones previas nos dice que cada indeterminada elección *autoconfiguradora* (*self-forming*) es la iniciación de un nuevo camino hacia el futuro, cuya justificación descansa en el hecho de que el futuro no está completamente determinado por el pasado”¹⁴¹.

Kane, tras invocar la etimología de “arbitrario”, que deriva del latín *arbitrium*, que significa juicio, traduce el sentido de la expresión medieval *liberum arbitrium voluntatis* como *juicio libre de la voluntad* y compara la situa-

ción de los sujetos que actúan libremente con la del escritor que escribe una novela que, en un momento dado, pese a la descripción del carácter del protagonista que la haya precedido, puede continuar coherentemente de diversos modos; así, dice, los sujetos que actúan de modo verdaderamente libre son, a la vez, autores y protagonistas de sus propias historias y, por lo tanto, su futuro no queda limitado a un destino único¹⁴².

b) Libertad de elección y determinación causal

Para que la explicación de Kane resultara plausible sería preciso admitir que los seres humanos poseen la capacidad de efectuar, al menos en algunos casos, elecciones que no se hallen causalmente determinadas; y, en efecto, se ha sostenido, no solo que tales casos existen, sino que la capacidad humana de elegir libremente comporta siempre una negación del planteamiento causal.

En Jean Paul Sartre esa idea parte de un determinado concepto del hombre “como un ser que decide de su pasado en la forma de tradición a la luz de su futuro en vez de dejarlo puramente determinar su presente y que se hace anunciar lo que es por *otra cosa distinta a él*; es decir por un fin que él no es y que proyecta al otro lado del mundo: he aquí lo que llamamos existente libre”¹⁴³.

Inmediatamente se plantea el problema del azar, al que se acaba de aludir. En efecto, añade las siguientes reflexiones:

“Eso no significa, en modo alguno que yo sea libre para levantarme o sentarme, para entrar o salir, para huir y enfrentar el peligro, si se entiende por libertad una pura contingencia caprichosa ilegal, gratuita e incomprendible. Ciertamente, cada uno de mis actos, aun el más pequeño, es enteramente libre, en el sentido que acabamos de precisar; pero ello no significa que pueda ser *cualquiera* ni tampoco que sea imprevisible. Sin embargo, se dirá, si no puede ser comprendido ni partiendo del estado del mundo ni del conjunto de mi pasado tomado como cosa irremediable ¿cómo será posible que no sea un acto gratuito?”¹⁴⁴.

Sartre no distingue entre el elegir y el hacer y, en consecuencia, renuncia de plano a la dis-

tinción entre la intención y el acto, que se hallaba en el fondo de la fundamentación clásica del determinismo débil (“no se podría”, dice “separar la intención del acto, como tampoco el pensamiento del lenguaje que lo expresa; y lo mismo que las palabras nos revelan nuestro pensamiento, nuestros actos nos revelan nuestras intenciones”¹⁴⁵). Desde esa perspectiva no determinista se plantea la pregunta de la relación entre la elección y la dada en los siguientes términos:

“Pero ¿cuál es la relación de lo dado? ¿Es preciso entender por ello que lo dado *lo en-sí* condiciona la libertad? Examinémoslo mejor: lo dado no es *ni la causa de la libertad* (porque no puede producir más que cosas dadas) *ni la razón* (ya que toda razón viene dada al mundo por la libertad). No es tampoco *condición necesaria* de la libertad, puesto que estamos en el terreno de la pura contingencia. No es tampoco una *materia indispensable* sobre la cual la libertad deba ejercerse, ya que eso sería suponer que la libertad existe como forma aristotélica o como un *Pneuma* estoico, ya hecha, y que busca una materia que elaborar. No entra para nada en la constitución de la libertad, ya que ésta se interioriza como negación interna de lo dado. Simplemente, es la pura contingencia que la libertad se ejercita en negar al elegirse, la plenitud de ser que la libertad colora de insuficiencia y de negatividad al aclararla a la luz de un fin que no existe; es la *libertad misma* en cuanto *existe*, y que, hiciere lo que hiciere, no puede escapar a su existencia”¹⁴⁶.

Desde su perspectiva, Sartre caracteriza la relación entre lo dado y la elección libre, de modo paralelo al empleado por el psicoanálisis freudiano, en términos de inteligibilidad, negando, pues, que aquí pueda hablarse de causalidad o de puro azar. En definitiva, deja la *explicación* en términos de necesidad causal para adoptar la *comprensión* psicológica, lo que permite completar su pensamiento con el de von Wright.

c) Causalidad y “ciencias” humanas

Señala von Wright, al abordar el debate tradicional acerca de si las categorías causales son aplicables a las ciencias humanas, que muchos autores han destacado que hay una diferencia básica entre las explicaciones causales de un lado y las intencionales, motivacionales o teleológicas, de otro, pues en las relaciones cau-

sales, causa y efecto son lógicamente independientes, mientras que en las motivacionales no existe tal independencia lógica. Von Wright comparte ese punto de partida; pero entiende defectuoso y no convincente el modo en que se ha presentado el argumento¹⁴⁷, por lo que intenta formularlo de otro modo.

Los momentos esenciales de su razonamiento comienzan por precisar una situación de acción, cuyas razones motivadoras están presentes hasta que la acción se halla efectivamente realizada. Antes de que la acción se realice no puede afirmarse la existencia de una relación causal entre la situación previa y el resultado previsible de la acción pues, si existiera tal relación, el agente no actuaría; pero esas razones pueden cesar porque haya tenido lugar lo que von Wright llama “un cambio mental”; es decir, haya sucedido algo en virtud de lo cual la intención del autor se haya modificado. Ciertamente, podría predecirse que ese cambio no ocurrirá, y esa predicción podría ser muy fiable; pero esa confianza nace de una “certeza práctica” y no deriva de leyes causales.

Tras la realización de la acción predicha, dado que las razones para actuar no hubieran desaparecido, “decir que él actuó *porque* tenía tales razones es ciertamente hacer un juicio de necesidad. Pero... no de necesidad causal. Cuando ambas, la acción y la razón para realizarla... están presentes, entonces su conexión es conceptual, lógica y no causal”¹⁴⁸.

De todos modos, entre uno y otro tipo de conexión, sigue diciendo von Wright, no existe una diferencia absoluta, sino que hay *algún tipo de analogía*, que nos permite hablar de *causa* en el caso de los acontecimientos naturales y en el de las acciones; pero, esa analogía comporta una visión *reificada* del acontecer humano, cuya finalidad y límites conduciría a una maraña de controversias en la filosofía de las ciencias sociales. A lo que añade, en conclusión, que su argumento se propone solo defender una limitación esencial a esa *reificación* y, por lo tanto, a la *causalización* de la acción, a saber:

“Esta limitación deriva de la implícita dependencia del concepto estricto de causa de un (*no reificado*) con-

cepto de capacidad de actuar y de acción. Ver las cosas como causalmente relacionadas es el privilegio intelectual de agentes que piensan que son libres de interferir en el mundo. Este pensamiento es la base de la tecnología y del dominio de la naturaleza por el hombre. Por tanto, solamente a través de una ausencia de comprensión de sus fundamentos conceptuales pueden los seres humanos verse a sí mismos en relaciones determinísticas como las que del conocimiento científico desentraña en la naturaleza”¹⁴⁹

B) ¿DISOLUCIÓN DE LA ANTINOMIA KANTIANA?

La fuerza de la tendencia a argumentar a favor del determinismo y la deferencia que, incluso quienes lo niegan, le dispensan no puede despacharse exclusivamente diciendo que es un problema de actitud; sino que es preciso indagar por qué persiste esa actitud, esto es, cuáles son las razones de que persista.

En mi opinión, hay tres razones principales, a saber: la fuerza ideológica de la tercera antinomia kantiana, la creencia de que la libertad es incompatible con la visión del mundo que se desprende del progreso indefinido de la ciencia y la esperanza de que una sociedad humana construida sobre el determinismo cientifista sería mejor que la que conocemos, que se asienta sobre las ideas de culpa, responsabilidad moral y castigo.

En cuanto a la primera de esas causas, la antinomia kantiana, cabe decir que, según se admite generalmente, al formular una suerte de ley universal de la causalidad, concebida en términos deterministas, Kant sufrió el impacto de Newton y de su descubrimiento de la gravitación universal, que explicaba a la vez, de modo unitario, movimientos tan diferentes como el de los planetas y muchas de las distintas clases de movimientos intraterrestres.

Desde luego, sobre ese modelo se ha construido el que llamaremos *determinismo causal*; pero, ese determinismo se derrumbaría como un especie de ídolo de barro, si las nociones de causa y ley causal no fueran adecuadas para sustentarlo.

Pues bien, Bertrand Russell llevó a cabo una crítica corrosiva de las nociones de causa

y causalidad¹⁵⁰ de la que, al haberla analizado detenidamente en otro lugar¹⁵¹, solo reproduciré aquí la conclusión: la causalidad, según Russell, no es una ley científica. Sin embargo, como señalé entonces, Russell no repara en que de las leyes científicas pueden extraerse juicios causales, ciertamente mucho más precisos que los que establecemos en la vida ordinaria. Esos juicios causales son de naturaleza singular y, como señaló Popper, parten de unas *condiciones iniciales* a las que se aplican determinadas *leyes generales*¹⁵²; pero el establecimiento de esas leyes (que, no se olvide, no son para Popper sino hipótesis bien fundadas) en campos en los que aún no son conocidas, solo puede establecerse mediante la investigación científica pertinente, no mediante ningún principio *a priori*.

Por eso pudo afirmar Wittgenstein que “la causalidad no es una ley, sino la forma de una ley”¹⁵³ (pues solo hay leyes físicas singulares que tienen la forma de la causalidad)¹⁵⁴; y, por lo tanto, que la creencia en el nexos causal es superstición¹⁵⁵; y por eso también pudo decir más adelante que “llamar a algo causa es similar a señalar y decir *ese es el culpable*”¹⁵⁶, con lo que ponía de manifiesto que el *uso* del término *causa* solo tiene sentido en contextos prácticos; es decir en contextos de acción y que, por lo tanto, no cabe entenderlo como designación de una especie de propiedad objetiva del universo desde la que concebir el entramado de acciones que le dan sentido. Al operar de ese modo, el lenguaje se enreda en un laberinto del que el pensamiento no puede escapar¹⁵⁷.

Rechazada así la formulación naturalística de la antinomia, que pudiera deberse al impacto de Newton, más allá de ese impacto se encuentra todavía el peso del principio de razón suficiente, según el cual todo ha de tener una razón y, al igual que la ley causal en el párrafo transcrito, conduce a un regreso *ad infinitum*.

Heidegger se preguntaba a dónde vamos a parar si tomamos ese principio al pie de la letra. “¿No nos impele a caso el fundamento del fundamento a ir más allá, al fundamento del fundamento del fundamento? ¿Dónde podemos hacer pié si continuamos preguntando de esa manera? ¿Dónde se nos abre la perspectiva que lleve

a un fundamento? Si el pensar siguiera este camino hacia el fundamento, ¿no tendría entonces que caer incesantemente en lo carente de fundamento?”¹⁵⁸.

Wittgenstein aborda el problema en diversas ocasiones, sobre todo a lo largo de *Sobre la certeza*¹⁵⁹. En los números: 110, 192, 204, 563, etc., lo que Wittgenstein afirma es que si la justificación no tuviera un final no sería una justificación. De modo que el principio de razón suficiente, en la medida que conduce a un regreso *ad infinitum*, es una trampa lingüística. Ya en *El Cuaderno Azul* había advertido contra ese tipo de trampas. En efecto, al reflexionar sobre lo que significa obedecer una orden, razonaba del siguiente modo:

“Ahora bien, si se piensa que no podría haber comprensión ni obediencia de la orden sin una enseñanza previa, se piensa que la enseñanza proporciona una *razón* para hacer lo que se hizo; que proporciona el camino que uno transita. Y se tiene la idea de que si se comprende y se obedece una orden, tiene que haber una razón para que la obedezcamos como lo hacemos; y, de hecho, una cadena de razones que se remonta hasta el infinito. Es como si se dijese: *Dondequiera que estés, tienes que haber llegado allí de algún otro sitio, y a este lugar previo de otro lugar; y así —ad infinitum—*. Por otra parte, si se hubiese dicho *dondequiera que estés, podrías haber llegado allí de otro lugar situado a diez yardas; y a este otro lugar desde un tercero, diez yardas más allá, y así —ad infinitum—*, si se hubiese dicho este, se habría insistido en la infinita *posibilidad* de dar un paso. La idea de una cadena infinita de razones se produce por una confusión similar a ésta: pensar que una línea de una cierta longitud consta de un número infinito de partes porque es divisible indefinidamente; es decir, porque no hay límite a la posibilidad de dividirla”¹⁶⁰.

Pues bien, para Wittgenstein la idea de una cadena infinita de causas se produce también por una confusión semejante, pues el discurso acerca de las razones y el discurso acerca de las causas, aunque no se confunden, corren en paralelo¹⁶¹ y las causas se establecen, no mediante la especulación, sino mediante *experimentos* que, no lo olvidemos, son *acciones*¹⁶².

Por lo tanto, según hemos señalado que afirmaba Popper, lo que llamamos causa solo puede establecerse a partir de una *situación inicial* definida como punto de partida del ex-

perimento y no puede, sin destruir su propia estructura conceptual, prolongarse especulativamente hacia atrás, más allá de cualquier comienzo concreto en virtud de la coacción de un supuesto principio lógico.

En conclusión, el *determinismo naturalístico* no tiene fundamento y el *determinismo lógico*¹⁶³ tampoco. La idea que Kant toma como punto de partida, es decir la supuesta ley del entendimiento o de la naturaleza según la cual todo lo que sucede tiene una causa, es una confusión; esto es, invirtiendo el *dictum* de Wittgenstein¹⁶⁴, un embrujo del pensamiento del que hay que liberar al lenguaje: esa conclusión es aún más clara si se parte de que la idea de *causa* depende de la de *acción* que, como Wittgenstein adujo una y otra vez, se halla *en el principio* de todo pensamiento y de todo lenguaje.

Con ello se ha despejado uno de los polos de la antinomia, el constituido por la idea de causa o razón suficiente; pero, queda por analizar el otro: el de la exigencia de un primer principio; es decir, en términos kantianos, la exigencia de una voluntad que solo puede ser libre en tanto resida fuera del mundo de los fenómenos y resulte, así, inmune a la ley causal que lo rige.

Según se apuntó al analizar las posiciones clásicas de quienes defienden el determinismo débil, la distinción entre voluntad y acción es artificiosa. Pues esa distinción presupone que los seres humanos poseen una facultad u órgano inmaterial que realiza procesos u operaciones que denominamos “voliciones”. Pero, objeta Ryle, ese modo de ver las cosas se basa en una imagen del ser humano que lo concibe como un *fantasma dentro de una máquina*. Esa imagen es un mito, de acuerdo con el cual, en la mayoría de sus versiones a cada acto corporal precede una *volición* que lo determina. Pero, la afirmación de tales actos internos no deja de plantear problemas. En efecto, podemos efectuarnos respecto a ellos una larga serie de preguntas, como las que siguen:

“¿Qué tipos de predicados permitirían describirlas?
¿Pueden ser repentinas o graduales, fuertes o débiles, dificultosas o fáciles, agradables o desagradables?

¿Puede la gente comportarse con eficiencia o ineficiencia respecto de ellas? ¿Puede enseñárenos cómo llevarlas a la práctica? ¿Pueden llegar a cansarnos o a distraernos? ¿Es posible realizar dos o siete, simultáneamente? ¿Puedo recordar haberlas llevado a cabo? ¿Puedo tenerlas mientras pienso en otras cosas o mientras duermo? ¿Pueden volverse un hábito? ¿Puedo olvidarme cómo hacerlas? ¿Puedo creer erróneamente, que he ejecutado una volición cuando en realidad no lo he hecho y viceversa? ¿En qué momento el niño que va saltar de un trampolín quiso hacerlo? ¿Cuándo apoyó el pie en una escalera? ¿Cuándo inspiró profundamente? ¿Cuándo dijo *Uno, dos, tres, ¡ya!*, pero no se tiró? ¿Unos instantes antes de saltar? ¿Cuál sería su respuesta a estas preguntas?”¹⁶⁵.

Ryle concluye que la existencia de tales *voliciones* carece de base empírica; y, según hemos visto, Wittgenstein sostenía que el querer, si no es el desear, está en el actuar mismo, no en la potencia mental enigmática de ningún doble fantasmagórico del ser humano. Los que actúan son, pues, seres humanos completos, no máquinas ni fantasmas: de ellos hemos de decir si son libres y, en su caso, cuándo lo son.

C) WITTGENSTEIN SOBRE LA LIBERTAD

Disuelta así la tercera antinomia kantiana, a partir del pensamiento de Wittgenstein puede abordarse también la disolución del dualismo y del paralelismo psicofísico. Muchos autores influidos por Wittgenstein eluden el dualismo por procedimientos que ni recurren al artificio de los dos mundos de Kant, ni precisan postular ninguna sustancia inmaterial para explicar la mente. Por regla general, esos autores aducen un compatibilismo, que no concede a la acción otra realidad que la que le otorga el significado del lenguaje intencional con que se la caracteriza. Dicho en otros términos, logran evitar el dualismo a costa de no reconocer a la acción ninguna realidad material.

Sirva de ejemplo el caso de Corbí y Prades. Tras exponer su posición diciendo que “aunque fuera cierto que todos los movimientos de nuestro cuerpo están determinados por antecedentes casuales (...) no debemos admitir que la acción humana está inexorablemente determinada por sus antecedentes causales”¹⁶⁶.

A partir de ese presupuesto, concluyen en la incompatibilidad entre la neurofisiología y la explicación de la acción en los siguientes términos:

“Si aceptamos que ciertas actitudes proposicionales son contrafácticamente necesarias para la acción que explican, ¿cómo es posible mantener a la vez que está metafísicamente determinado un mecanismo implementador para las mismas que convierta la acción explicada en algo inexorable? No es posible”¹⁶⁷.

Pero eso no impide al determinista físico afirmar que todos nuestros movimientos corporales están inexorablemente determinados por sus antecedentes causales neurofisiológicos porque se refiere a la explicación de la acción; es decir, al significado de narrarla en el *lenguaje intencional*; y resultaría insuficiente si se hablara de la acción “*en sí misma*” (es decir, atendiendo también al sustrato óptico, inescindible del sentido que expresa el lenguaje con el que la relatamos) y se aceptara que cualquier tipo de acción (incluso las omisiones) requiere la capacidad de producir o dejar que suceda un sustrato material específico. Eso es así, porque, en lo que a las acciones positivas respecta, lo que hacemos es mover el cuerpo; y, en lo que a las omisiones se refiere, porque precisan una espera que está inscrita en una situación definida por un estado material de cosas que hemos de poder cambiar para que pueda decirse que omitimos. Por lo tanto, toda acción requiere un poder causal *en el mundo físico* y, en consecuencia, la libertad de acción presupone que nuestras actitudes proposicionales han de poder interferir en ese mundo; pues, de lo contrario, el lenguaje de la acción carecería de sentido.

Para defender su posición, quienes como Corbí y Prades creen haber resuelto el problema recurriendo no al artificio de los dos mundos, sino al de los dos lenguajes precisan, como los que sustentan el dualismo, de alguna clase de armonía entre lo físico y lo mental que permita a los dos lenguajes funcionar tan sincronizadamente. Pero, para Wittgenstein esa armonía es insostenible. Al efecto dice en *Zettel*¹⁶⁸:

“El prejuicio a favor del paralelismo psicofísico es fruto de apreciaciones primitivas de nuestros conceptos. Pues si, entre fenómenos psicológicos, se admite una causalidad en la que no se interponga nada fisiológico, se cree que esto equivale a hacer profesión de fe en una entidad mental nebulosa”¹⁶⁹.

En este párrafo rechaza Wittgenstein el paralelismo psicofísico en el contexto del rechazo al dualismo; pero, en las *Clases sobre el libre albedrío*, según la transcripción de Smythies, se expresa, de forma contundente, en términos relativos al problema de la libertad:

“A veces se ve un trozo de papel llevado por el viento de cualquier manera. Supóngase que el trozo de papel pudiera tomar la siguiente decisión: *Ahora quiero continuar de esta manera*. Yo digo: *¡Qué extraño! este papel decide siempre adónde va a ir, y es el viento el que lo lleva todo el tiempo. Sé que es el viento el que lo lleva*.

Esa misma fuerza que lo mueve también de una manera diferente, mueve sus decisiones.

En este sentido, existe la siguiente actitud: *Estamos determinados todo el tiempo. Pensamos que decidimos, pero somos movidos a empujones todo el tiempo, y lo mismo sucede con nuestras decisiones. Esto quiere decir que se nos engaña cuando se nos hace creer que hacemos lo que queremos*.

Normalmente, a no ser que filosofemos, no hablamos de esta manera. Hablamos de tomar decisiones¹⁷⁰.

En esas mismas clases muestra Wittgenstein la extrañeza que le produce el fatalismo y la confusión que representa decir que el caso de un robo también se explica por leyes naturales¹⁷¹ y se pregunta por qué comparamos el caso ordinario de un ser humano normal con los casos especiales en los que diríamos que alguien estaba constreñido, dando a entender que ese no es un modo de proceder razonable¹⁷². También señala que la regularidad en las decisiones humanas no implica constreñimiento y, por lo tanto, que la predicción intencional no es incompatible con la libertad y realiza algunas consideraciones sobre la elección, la libertad y el materialismo que prefiero transcribir parcialmente:

“(En lugar de haber dicho que tenía libertad de elección) él podría haber dicho: tengo elección. Si hubiera dicho esto, estaríamos de acuerdo” (...) “En un sentido, es una tontería decir que *si se pueden predecir mis acciones, no puedo elegir*” (...) “La idea según la cual se puede conectar la predicción de la elección de un

hombre con el materialismo es una tontería. La predicción no quiere decir que se va a predecir a partir de datos materiales¹⁷³.

También precisa Wittgenstein que no quiere argumentar ni a favor ni en contra del libre albedrío; y, por otra parte, a la pregunta por el fundamento de la convicción de que se es libre contesta que *no hay fundamento*¹⁷⁴.

Para Johnston¹⁷⁵ lo que pretende Wittgenstein es no tanto excluir la pretensión de una explicación causal de la acción humana, como mostrar que esa no es la actitud que mostramos en la vida diaria y que la cuestión entre el determinismo y la libertad no puede ser resuelta sobre fundamentos puramente conceptuales. En cambio, para Soulez es una manifestación concreta de “el combate contra el determinismo que ha llevado a cabo Wittgenstein a lo largo de toda su obra”¹⁷⁶.

No estoy seguro de que ninguna de esas dos apreciaciones sea totalmente exacta.

Más bien creo que, para Wittgenstein, el conflicto entre la libertad y el determinismo no puede resolverse argumentalmente¹⁷⁷, porque es uno de aquellos problemas filosóficos que no tienen salida, en los que el lenguaje “se va de vacaciones”; desde el momento en que su sentido, en vez de derivar de las prácticas a las que se halla ligado se hace depender de una inasequible “concepción absoluta del mundo”. En consecuencia, tampoco cabe solventarlo, en el ámbito de una *metafilosofía*¹⁷⁸ en el que la confusión no podría sino aumentar, porque se intentaría resolver un pseudoproblema en el ámbito de un discurso ajeno a toda práctica y, por lo tanto, a cualquier clase de significado.

Para librarse de un conflicto de esa naturaleza, es preciso poner en claro el uso efectivo de las palabras¹⁷⁹; y, para llevar a cabo esa clarificación, lo mejor que puede hacerse es acudir al lugar en el que adquirieron sentido; esto es, regresando, en este caso, al *foro* en el que nacieron: de ahí la imagen del tribunal, a la que Wittgenstein apela.

Afirmada así la libertad, ha de aclararse que esa afirmación ni constituye una verdad metafísica y, por lo tanto, absoluta, ni una presupo-

sición ilusoria: es algo que se afirma en la vida ordinaria y que, como tal, puede ser probado por medios ordinarios¹⁸⁰ y con efectos ordinarios, es decir, siempre que no se exija que la prueba de la libertad, tal como ordinariamente la entendemos, *pruebe* la falsedad de las tesis filosóficas del determinismo.

En mi opinión, y pese a lo que al respecto dicen algunos de sus discípulos, para Wittgenstein la libertad de acción (el poder de elegir) forma parte de lo que llama *una mitología*; es decir, es una de aquellas proposiciones de las que *no podemos dudar* porque constituyen los andamios sobre los que se levanta el edificio de nuestro lenguaje y el conjunto de nuestra forma de vida. Y eso es así hasta tal punto que presuponemos tales proposiciones incluso cuando intentamos negarlas. Por eso el determinismo le parece un sinsentido. Ese sinsentido se muestra de modo especialmente claro cuando se postula el determinismo como consecuencia de una actitud cientifista, pues lo que éste hace entonces es negar, como una actividad ilusoria, la propia investigación científica, que no consiste sino en un conjunto de acciones que, de manera singularmente evidente, precisan hallarse regidas por la razón¹⁸¹.

6. CONSIDERACIONES FINALES

De cuanto se ha dicho quisiera, en primer lugar, extraer dos conclusiones muy breves, a saber:

La primera se refiere a la relación entre ciencia, libertad y determinismo. La ciencia es un producto de la libertad y, por lo tanto no entra con ella en ninguna clase de conflicto. Si, en la situación actual, no hay ni siquiera una perspectiva real de que el determinismo sea verdadero, la actitud científica consiste en admitir, siquiera sea provisionalmente, el indeterminismo. Desde luego sin perjuicio de que los científicos sigan indagando lo que estimen procedente; pero sin anticipar el futuro con hipótesis de ciencia ficción (como hoy por hoy es la del determinismo total) que no son competencia ni de los científicos ni de los filósofos.

La segunda, es la de que, dado el carácter profundamente insatisfactorio del mundo en que vivimos, resulta fácil pintar el universo hipotético del determinista como un mundo mejor. Así lo ha hecho Skinner¹⁸² y lo hacen también otros; pero yo no creo que debamos admitir como seguro, ni siquiera como probable, que ninguna de esas utopías llegara a realizarse. Pienso que la utopía marxista-leninista estaba mejor construida y era más sólida que la de Skinner y acabó, como bien sabemos todos ahora, en el Gulag. Ni siquiera espero, como Ayer o Honderich que la sustitución de la moralidad vigente por otra utilitaria o igualitaria mejore en absoluto nuestra condición. No me atrevo a hacer al respecto ninguna clase de predicción; pero, para debilitar las certidumbres de quienes poseen una fe al abrigo de toda clase de pruebas, quiero acabar con unas palabras de Hudson, relativas a lo que sucedería si la hipótesis determinista llegara a realizarse. Dice Hudson:

“En mi opinión los cambios serían radicales. Y uno de los más radicales sería que el discurso moral tal como lo conocemos y las formas de vida que constituye se convertirían, en el mejor de los casos, en pálidos recuerdos. Me atrevo a afirmar que su muerte haría que cualquier cosa que viniera luego no fuese reconocible como lo que entendemos por vida humana. El fin de la moralidad sería el fin del hombre. Pensamiento, quizá, en el que hay una moraleja. Pero no es parte del propósito de este libro desarrollarla”¹⁸³.

Desde luego, nada de lo dicho conlleva una censura ética ni jurídica hacia quienes profesan el determinismo, pues asumir el determinismo no comporta negar las libertades políticas: entre un modo de concebir el mundo y una praxis la relación no es, ni puede ser, de deductividad lógica, sino de mera compatibilidad; y el determinismo, como se muestra en el caso de muchos de los fundadores del positivismo lógico, acompaña a veces a posturas radicales en favor de las libertades públicas.

La compatibilidad se alcanza por tales personas sobre la base de asignar a las actitudes éticas y políticas un fundamento puramente emotivo, negando la posibilidad de cualquier justificación racional; pero con ello su defensa

de las libertades pierde buena parte de su poder de convicción.

Esa pérdida no es poca; pero no es todo lo que podría ventilarse aquí. En efecto, Kant, Wittgenstein o Austin han invocado, directa o indirectamente, para explicar la libertad la imagen del Tribunal. En Kant esa imagen se halla referida básicamente al Tribunal de la conciencia, método recusable pues ese tribunal se halla aquejado, por definición, de subjetividad y parcialidad. En cambio Wittgenstein y Austin hablan del Tribunal de la ciudad.

Esa imagen del Tribunal de la ciudad, que no es sólo ni siquiera principalmente el Tribunal penal, sino que previamente es un Tribunal constitucional o civil, que decide sobre nuestros derechos y obligaciones, ha sido colocada por Rawls¹⁸⁴ en el centro de su idea de la razón pública; y, aunque quizás no quepa otorgarle tanta importancia en el ámbito de la razón, no cabe negar que juega un papel esencial en la configuración de las democracias constitucionales.

Pero, no procede desarrollar aquí esa problemática. En este contexto, interesa, ante todo, contraponer la imagen del tribunal penal (o, dicho de otro modo, la idea del castigo) a la imagen de la clínica psiquiátrica (esto es, a la idea de la enajenación).

Foucault ha mostrado que el tratamiento clínico de la enajenación y el castigo de los delincuentes son dos formas de exclusión social y, a la vez, ha defendido que se trata de dos instituciones centrales de la sociedad¹⁸⁵. Pero, aunque afirma que la separación entre los hechos patológicos y los normales se ha ido desdibujando, subraya que hay que evitar dos errores, a saber: “el que consistiría en identificar el conflicto psicológico y morboso con las contradicciones históricas del medio y confundir así la alienación social y la alienación mental; y, por otra parte, el que consistiría en querer reducir toda enfermedad a una perturbación del funcionamiento nervioso”¹⁸⁶. El determinismo conduce a esa confusión, de la que deriva también la *centralidad* de las instituciones mencionadas, la cárcel y el hospital psiquiátrico.

Pues bien, me gustaría extraer de la elusión del determinismo y de la consiguiente afirmación de la libertad, tal y como la experimentamos en la vida social, dos consecuencias prácticas, a saber: en primer lugar, la de que el castigo y la enajenación no sólo no son intercambiables, sino que son incompatibles; y, en segundo lugar la de que ni la imagen de la prisión ni la de la institución psiquiátrica deberían situarse en el centro de nuestra sociedad porque no es racional incrementar la exclusión sino reducirla.

Para conseguirlo, el castigo no puede configurarse sobre la base del resentimiento, como hiciera Adam Smith¹⁸⁷, ni el resentimiento puede constituir el modelo básico de actitud participativa, como parece proponer Strawson¹⁸⁸; ni tampoco puede imponerse sobre la base de una actitud puramente objetivista que, de por sí, constituye ya una forma más o menos disimulada de exclusión.

En una sociedad de hombres libres, en la que lograrse triunfar la benevolencia generalizada que, al igual que otros “radicales filosóficos” (como les llamó B. Russell) que le antecedieron, propugnaba Stuart Mill, podría tal vez reducirse el papel de esas instituciones de exclusión.

Ciertamente, no podría alcanzarse de ese modo *algo mejor que el Derecho Penal*, porque no conocemos nada verdaderamente mejor, ya que en el Derecho Penal, cuando menos, el *castigo* está sometido intrínsecamente a límites constitucionales y su alternativa, el tratamiento, no; pero tal vez se conseguiría vivir bajo *un Derecho Penal mejor*, esto es, un Derecho Penal cada vez menos excluyente y más respetuoso con la dignidad de los seres humanos.

Por desgracia, ese objetivo no forma parte del signo de los tiempos que nos ha tocado vivir; pero podemos utilizar la libertad práctica que, como seres humanos, tenemos para intentar cambiar en ese sentido la injusta realidad que nos rodea.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Dada la índole de este trabajo, que intenta ofrecer un conciso estado de la cuestión tratada, creo imprescindible acompañarlo con notas que den cuenta de la bibliografía utilizada en su redacción. La consultada, obviamente, ha sido mucha más.

1. Ricoeur, P., *Finitud y culpabilidad*, Taurus, Madrid, 1969, pp. 365 y ss.
2. Walter de Gruyter, 2ª ed., Berlín, 1965.
3. Welzel, H., *Reflexiones sobre el libre albedrío*, traducido por J. Cerezo Mir en: ADPCR, 1973, pp. 222 y ss.
4. Sobre la influencia de Schopenhauer en el pensamiento del siglo XX vid. Magee, B., *Schopenhauer*, Cátedra, Madrid, 1991, pp. 287 y ss.. Como dice este autor, esa influencia se basa en “un desencanto generalizado cada vez mayor ante el positivismo y la tradición empírica”, del que deriva una vuelta a la tradición kantiana, de la que “Schopenhauer tiende a ser el (autor) más aceptable para lectores educados en el empirismo” (op. cit., p. 287). Vid. también Safranski, R., *Schopenhauer y los años salvajes de la filosofía*, Tusquets, Barcelona, 2008.
5. Schopenhauer, A., *El mundo como voluntad y representación*, Vol. II, Gredos, Madrid, 2010, p. 649.
6. *Kant's theory of freedom*, Cambridge University Press, New York, 1990 —R. 1991—, p. 11.
7. Alison, H. E., op. cit., pp. 11-12.
8. Alfaguara, Madrid, 1996, p. 469.
9. Vid. Schopenhauer, A., *Le monde comme volonté et comme représentation*, Tomo II, PUF, Paris, 1943, p. 107.

10. Muñoz Conde, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
11. Welzel, H., *Derecho Penal Alemán. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1970.
12. Welzel, H., op. cit., p. 211.
13. Vid. Hartmann, N., *La nueva ontología*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1954, pp. 230 y ss.
14. Hartmann, N., op. cit., p. 239.
15. Ferrater Mora, S., *El ser y el sentido*, Revista de Occidente, Madrid, 1967. Según Ferrater el sentido no es un estrato del ser; sino que el ser y el sentido son dos dimensiones de la realidad. Vid. pp. 249 y ss. y 249 y ss.
16. Welzel, H., *Causalidad y acción*, en *Estudios de Derecho Penal*, J. C. Faura ed., Buenos Aires, 2002, p. 134.
17. Ernst Bloch afirmó que “en el camino que va de Feuerbach a Liszt hubiera sido difícil para una chispa de Prometeo, incluso en su forma más modesta, mantenerse encendida” (*Droit naturel et dignité humaine*, Payot, Paris, 1976, p. 265.) a lo que cabe añadir que tampoco hubiera podido brillar demasiado en los tiempos posteriores a Liszt (vid. v.g. Marxen, K., *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Dunker & Humblot, Berlín, 1975; Müller, I., *Furchtbare Juristen*, Kindler, Munich, 1987; Muñoz Conde, F., *La herencia de Franz von Listz*, en *Revista penal*, número 27, enero 2011, pp. 159 y ss.) ni en los actuales, lo que se comprueba con la simple lectura de los textos de la que he denominado “constelación jakobsiana”.
18. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1985, p. 127.
19. Mill, J. Stuart, *Libertad. Gobierno representativo. Esclavitud femenina*, Tecnos, Madrid, 1965, p. 41.
20. Vid. en **The Collected Works of John Stuart Mill, Vols. VII-VIII**, ed. John M. Robson, Introduction by R. F. McRae (Toronto: University of Toronto Press, London: Routledge and Kegan Paul, 1974), de libre acceso en la red. Para las consideraciones que siguen utilizaré también la traducción al francés de la sexta ed. inglesa, de Louis Peisse, editada por Librairie Philosophique de Ladrangé, Paris, 1866, tomos 1 y 2, cuyo contenido difiere ligeramente de la anteriormente citada.
21. Vid. pp. 390-391 del tomo 1 de la ed. francesa.
22. Vid. p. 418 de la ed. francesa.
23. Vid. pp. 425-426 de la ed. francesa.
24. Probablemente, su grandeza, así como el, en este punto, merecido prestigio del que goza la doctrina penal alemana, reside, justamente, en ese esfuerzo permanente por construir los sistemas sobre la base de sus últimos fundamentos racionales, cosa que no ocurre en otros países que, generalmente, se limitan a dar esos fundamentos por sentados.
25. Vives Antón, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 327-328.
26. Vid. *Fundamentos, loc. cit.*
27. Tomo VII, libro VI, Cap. I, nº. II *In fine* (Tomo 2, pp. 420-421 de la ed. francesa).
28. Como ha destacado Saenger, S. (*Stuart Mill*, Revista de Occidente, Madrid, 1930, p. 197) “Mill forma el concepto de causalidad psíquica por rigurosa analogía lógica con el de causalidad mecánica” basándose en la observación de los actos voluntarios propios y ajenos, en la facultad de prever las acciones y, por último, en los resultados de las estadísticas. Pero, observa Saenger que la estadística “toma por base de sus cálculos las acciones humanas en gran número y, de este modo, neutraliza y elimina lo que hay de individual y de incomparable en el causar y ser causadas (de las acciones)” con lo que “las considera como una pluralidad de causas homogéneas igual que hace la mecánica y llega a hacer predicciones que nada ceden en exactitud a las de la física”. Como subraya este autor, “es digno de nota que Mill no se da cuenta de la contradicción en que se encuentra esta fe en la estadística con la afirmación hecha inmediatamente de que la posibilidad

de predecir las acciones humanas descansa en la observación de las relaciones constantes de igualdad existentes entre los proceso psíquicos” (op. cit. pp. 198 y 199.).

29. *Derecho penal*, cit., p. 209.
30. *Derecho penal*, cit., p. 15.
31. Strawson, P.F., *Libertad y resentimiento*, Paidós, Barcelona, 1995, p. 37.
32. Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas*. Crítica, Barcelona, 1988, núms. 193,194.
33. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
34. Strawson, P.F., op. cit., p. 104.
35. Kant, E., *Crítica de la razón práctica*, Espasa Calpe, Madrid, 1975, p. 138.
36. V.d. Berlín, I. *Libertá*, Feltrinelli, Milán, 2010 —no dispongo de la edición inglesa—.
37. Kant, E., op. y loc., cit.
38. Kant, E., op. cit., p. 140 y ss.
39. Danner, M., *Gibt est einen freien Willen?*, Kriminalistik Verlag, Hamburgo, 1967.
40. Vid. por todos Gary Watson (ed.) *Free Will*, Oxford University Press, 1992.
41. *Ensayo sobre acciones y sucesos*. Crítica, Barcelona, 1995, p. 271.
42. J. E. Corbí y J. L. Prades, *Minds, Causes, and Mechanisms. A Case Against Physicalism*, Blackwell, Oxford, 2000, pp. 21 y ss. Para un estudio profundo de las teorías de la identidad puede verse Strawson, P. F., *Entity and identity and other essays*, Clarendon Press, Oxford, 197, pp. 21 a 51.
43. Wittgenstein, L. *Investigaciones*, cit. n.º 304.
44. Rorty, R., *Non-reductive physicalism*, en *Objectivity, relativism and truth*. Vol. 1, Cambridge University Press, New York, 1991, pp. 113 y ss.
45. Rorty, R., op. cit. p. 125.
46. *Ensayos sobre acciones y sucesos*, Crítica, Barcelona, 1995, especialmente ensayos 11 y 12.
47. Universidad Nacional de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, 2009.
48. Op. cit. p. 113.
49. Op. cit. pp. 114 y 115.
50. Tecnos, Madrid, 1968, p. 19.
51. Karl R. Popper y John C. Eccles. *El Yo y su cerebro*, Labor, Barcelona, 1980, pp. 93 y ss.
52. Kripke, S., *El nombrar y la necesidad*, UNAM, México D.F., 1985, especialmente pp. 113 y ss.
53. Vid. mis *Fundamentos...*, cit., p. 411.
54. *Libertad y neurobiología*, Paidós, Barcelona, 2005, pp. 74-75).
55. “Libertad y determinismo”, en *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 159 y ss.

56. Op. cit., pp. 406-409, 596-597 y 633.
57. V.g. *Elbow room. The Varieties of Free Will Worth Wanting*, Clarendon Press, Oxford, 1984; del mismo, *La evolución de la libertad*, Paidós, Barcelona, 2004.
58. Paidós, Barcelona, 1995.
59. Vid. op. cit., pp. 176 y ss.
60. *Fundamentos*, cit., Capítulo decimocuarto.
61. Dennett, D., op. cit., p. 179.
62. Nagel, T., *Otras mentes*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 115.
63. Mele, A. R., "Free will and science", en *The Oxford Handbook of Free Will*, R. Kane ed., pp. 306-307.
64. Vid. "Métodos de determinación de la peligrosidad", en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Instituto de Criminología, Valencia, 1974. Vid. también en, del mismo, *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant lo Blanch Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 17 a 44.
65. Vid. Lewontin, R., *Il sogno del genoma umano e altre illusioni della scienza*, Laterza, Roma, 2004.
66. *Minds, Causes and Mechanisms. A Case against Physicalism*, cit.
67. Op. cit., p. 225.
68. *La filosofía de la acción*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976, p. 31.
69. Popper, K., "Sobre nubes y relojes aproximación al problema de la racionalidad y libertad del hombre", en *Conocimiento objetivo*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 207-208).
70. Berlín I. *Libertà*, Feltrinelli, Milán, 2010, p. 165. No dispongo de la edición inglesa.
71. Norman Malcom, tras poner de manifiesto que la ocurrencia de un acto de afirmación del determinismo mecanicista, no solo carece de fundamento racional, sino que es inconsistente con la verdad del determinismo, señala que esa paradoja solo puede evitarse si se afirma el determinismo solamente para los demás, con lo que la afirmación del determinismo mecanicista parece requerir la afirmación de lo metafísicamente opuesto a él, es decir, del solipsismo (vid. *The conceivability of mechanism*, en *Free Will*, cit., pp. 149.).
72. Wittgenstein, L., *Los cuadernos azul y marrón*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 94-95.
73. Popper, K., *Sobre nubes* cit., pp. 214 y ss.
74. V.g. *Libertad*, cit. y *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, ed. Nobel, Oviedo, 2000.
75. Vid. Petit P. *Una teoría de la libertad*, Losada, Madrid, 1971, pp. 71 y ss.
76. Von Wright, G.H., *Explicación y comprensión*, Alianza, Madrid, 1979, pp. 138-139. En mis *Fundamentos del Sistema Penal* hice múltiples referencias a su obra, entre las que se deslizó una lamentable errata: en la p. 340 se le cita como sustentador de una doctrina que no es suya, sino de P. Winch, a quién se menciona en la nota correspondiente.
77. Vid. G.H. Mead, *Espíritu, persona y sociedad*, Paidós, Barcelona, 1973, pp. 107 y ss. y 167 y ss.
78. Rorty, R., *Filosofía como política cultural*, Paidós, Barcelona, pp. 79 y ss.
79. *Ensayos sobre acciones*. cit., p. 319.
80. Putnam, H., *Representación y realidad*, Gedisa, Barcelona, 1990, pp. 128-129.

81. Con el título *The First Person* existe un vídeo de una conferencia de Kripke accesible directamente en la red, de la que, además, hay una breve noticia dada por Ch. McGrath en *The New York Times Book*, de 25 de enero de 2006, con el título de *Lectures not About "What am I" but "What is I"*. Ulteriormente se ha publicado en *Philosophical Troubles*, vol. I, Harvard University Press, 2011.
82. Moya, C., *The philosophy of action*, Polity Press, Cambridge, 1990, p. 32.
83. Del mismo, op. cit., pp. 32-33.
84. Austin, J.L., "Un alegato en pro de las excusas", en *Ensayos filosóficos*, Revista de Occidente, Madrid, 1975, p. 171.
85. La denominación no es una mera "ocurrencia" sino que se inspira en una caracterización del comportamiento humano intencional hecha por von Wright, a la que ya se ha aludido *supra*; y creo haberla justificado ampliamente ya cuando la adopté en 1996 y, más aún, en 2011, en el capítulo undécimo de la segunda edición de los *Fundamentos del Sistema Penal* (cit.).
86. Rodríguez Mourullo J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática" en *Otrosí*, núm. 6, abril-junio 2011, p. 12.
87. Rodríguez Mourullo, G., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1977, p. 221.
88. Corbí, J. F., op. cit., p. 13.
89. Davidson, D., op. cit., p. 8.
90. Wittgenstein, L., *Cuadernos*, cit. pp. 42-43.
91. *Ensayos*, cit., p. 36.
92. *Ensayos* cit., p. 105.
93. Vid. v.g., Popper, K.R., *Teoría cuántica y el cisma en la física*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 106-107. Puesto que solamente se afirma la posibilidad de entender probabilísticamente algunos de los fenómenos físicos basta esa cita, sin necesidad de entrar en una discusión de las diversas opiniones sobre el sentido último de la física, que comportaría un análisis pormenorizado de la moderna filosofía de la ciencia que aquí no resulta necesario.
94. Toulmin, S., "Razones y causas", en N. Chomsky, S. Toulmin y otros, *La explicación en las ciencias de la conducta*, Alianza, Madrid, 1974, pp. 41 y 42.
95. Kant, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Austral, Madrid, 2009, p. 147.
96. Kant, E., op. cit., p. 147.
97. *Ensayos*, cit., p. 272.
98. Davidson, D., *Ensayo*, cit., p.
99. *Ensayo*, cit. p. 292.
100. vid. Kripke, *El nombrar*, cit., pp. 150 n. y ss.
101. Davidson, D., *Truth, Language and History*, Clarendon Press, Oxford, 2005, p. 309.
102. Sellars, W., "Mental events", en *Philosophical Studies*, Vol. 39, núm. 4 (1981), p. 326.
103. Toulmin, S., op. cit. p. 43.
104. V.g. Anthony Keny, *Free will and Responsibility*, Routledge & Kegan, Londres, 1988, pp. 34 y ss.; Ernst Tugendhat, *Autoconciencia y autodeterminación*, Madrid, 1993, pp. 170 y ss.

105. Davidson, D., op. cit. pp. 309-310.
106. Davidson, D., op. cit. p. 313.
107. Davidson, D., op. cit. p. 85.
108. Vid. v.g. Gert, Bernard, *Hobbes's psychology* en *The Cambridge Companion to Hobbes*, C.U.P., Cambridge, 1996, pp. 171-172.
109. Vid. g. A.J. Ayer, *Hume*, Alianza, Madrid, 1980, pp. 127 y ss.
110. Moore, G.E., *Ética*, Labor, Barcelona, 1929, pp. 151 y ss.
111. Moore, G. E., *Ética*, cit. p. 152.
112. Moore, G., E., op. cit., p. 171.
113. Moore, G. E., op. cit. p. 169.
114. Moore, G. E., op. cit., pp. 159-180.
115. Chisholm, R. K .M. "Human freedom and the self", en *Free Will*, Gary Watson ed., Oxford University Press, 1992, pp. 26-27.
116. Davidson, D., *Ensayo*, cit., p. 100.
117. Austin, J. L., "Sis" y "puedes", en *Ensayos filosóficos*, Revista de Occidente, Madrid, p. 196.
118. Austin, J. L., op. cit., p. 203.
119. Vid. Nowell-Smith, P.H., *Ética*, Verbo Divino, Estella, 1977, p. 315.
120. Austin, J. L., op. cit., pp. 214-215.
121. Wittgenstein, L., op. cit., número 611 a 615.
122. Kenny, A., *Free will*, cit., pp. 25 y ss.
123. Vid. Austin, J. L., op. cit., p. 211.
124. Taylor, Ch., *The Explanation of Behaviour*, Routledge and Kegan, Londres, 1964 —R. 1980—.
125. Taylor, Ch., op. cit., p. 60.
126. D. Davidson en "Acciones, razones y causas", en A.R. White —comp.— *La filosofía de la acción*, cit., p. 131.
127. Vives Antón, T. S., *Fundamentos*, cit., pp. 196-198.
128. Vid. White, D. J., *Teoría de la decisión*, Alianza, Madrid, 1972, pp. 216 y ss.
129. Tomo la expresión de Stevenson, en *Ética y lenguaje*, Paidós, Buenos Aires, 1971, p. 289.
130. Dennet, D., en *Ensayos sobre libertad y necesidad*, Corbí, J.F. y Moya, C. J., eds. Pretextos, Valencia, 1997, pp. 133 y ss.
131. Dennet, D., *Elbow Room*, cit., pp. 131 y ss.
132. Dennet, D., *La evolución de la libertad*, Paidós, Barcelona, 2004, p. 331.

133. Dennet, D., *La Evolución*, cit., pp. 333-334.
134. Bieri, P., *El oficio de ser libre*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 211.
135. Ayer, A. J., *El concepto de persona*, Seix Barral, Barcelona, 1969, p. 318.
136. Ayer, A. J., op. cit., p. 319.
137. Ayer, A. J., op. cit., p. 320.
138. Ayer, A. J., op. cit., pp. 320-321.
139. Honderich, T., *¿Hasta qué punto somos libres?*, Tusquets, Barcelona, 1995, p. 141.
140. Vid. en Kane, R., "Rethinking free will: New perspective on an ancient problem", en *The Oxford Handbook*, cit., p. 400.
141. Kane, R., op. cit., p. 401.
142. Kane, R., op. y loc. cit. No voy a extenderme aquí sobre las tesis de Kane, para lo que remito a la totalidad del trabajo citado, porque, para desarrollar el argumento que aquí propongo, prefiero utilizar otras referencias.
143. Sartre, J. P., *El ser y la nada*, Ed. Iberoamericana, Buenos Aires, 1961, p. 38.
144. Sartre, J. P., op. cit., pp. 38 y 39.
145. Sartre, J. P., op. cit., p. 83.
146. Sartre, J. P., op. cit., p. 87.
147. Von Wright, G.H., "On the Logic and Epistemology of the Causal Relation", en *Causation and conditionals*, E. Sosa, ed., Oxford University Press, 1975, p. 111.
148. Von Wright, G. H., op. cit., p. 112.
149. Von Wright, G. H., op. cit., p. 113.
150. Vid. Russell, B., *Conocimiento y causa*, Paidós, Buenos Aires, 1967.
151. *Fundamentos*, cit., pp. 298 y ss.
152. Popper, K. R., *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1962, p. 57.
153. Wittgenstein, L., *Tractatus logico-philosophicus*, Tecnos, Madrid, 2011.
154. Wittgenstein, L., *Tractatus*, op. cit., loc. cit., p. 259, núms. 6.32 y 6.321.
155. Wittgenstein, L., op. cit., p. 191, núm. 5.1361.
156. *Ocasiones filosóficas*, 1912-1951, Cátedra, Madrid, 1997, p. 370.
157. Como señala Stern, D. G. en *Wittgenstein on Mind and Language*, Oxford University Press, 1995, p. 24 el lenguaje es a la vez el instrumento del embrujo del pensamiento y el arma con la que puede combatirse el pensamiento embrujado.
158. Heidegger, M., *La proposición del fundamento*, Barcelona, 1991, pp. 37-38.
159. Wittgenstein, L., Gedisa, Barcelona, 1991.

160. Wittgenstein, L., *Los cuadernos*, cit., p. 42.
161. Vid. Wittgenstein, L., *Investigaciones*, cit., n° 325 y 475.
162. Wittgenstein, L., op. cit., n° 169.
163. Del que me he ocupado en *Fundamentos* cit. cap. decimonoveno, pp. 839 y ss.
164. Wittgenstein, L., *Investigaciones*, cit., núm. 109, *in fine*.
165. Ryle, G., *El concepto de lo mental*, Paidós, Buenos Aires, 1967, p. 58.
166. Corbí J. F., y Prades, J. L., “Incompatibilísimo y necesidad contrafáctica”, en *Ensayos sobre libertad y necesidad*, cit., p. 169.
167. Corbí, J. F., y Prades, J. L., op. cit., p. 168.
168. Wittgenstein, L., UNAM, México D.F., 1979.
169. Wittgenstein, L., op. cit. n. anterior, p. 110.
170. Wittgenstein, L., *Ocasiones filosóficas. 1912-1951*, Cátedra, Madrid, 1997, pp. 413-414.
171. Wittgenstein, L., op. cit. n. anterior, p. 411.
172. Wittgenstein., op. cit., n. anterior, p. 415.
173. Wittgenstein, L., op. cit. n. anterior, p. 422.
174. Wittgenstein, L., op. cit. n. anterior, pp. 416-418.
175. Johnston, L., *Wittgenstein and moral philosophy*, Routledge, Londres-Nueva York, 1989, p. 198.
176. Soulez, A., *Essai sur le libre jeu de la volonté*, PUF, Paris, 1998, p. 322; la obra sigue a la traducción francesa de las clases sobre el libre albedrío de Wittgenstein.
177. Vid. Keim Campbell, J. *Free Will*, Polity Press, Cambridge, 2011, p. 104.
178. Vid. Double, R. *Metaphilosophy and Free Will*, Oxford University Press, 1996.
179. Wittgenstein, L., *Investigaciones*, cit. n° 109.
180. Vid. al respecto Vives Antón, T.S., *Fundamentos*, cit. P. 846-852.
181. Vid. cuanto respecto al curso de su propia investigación dice la premio nobel de medicina Rita Levi-Montalcini en su obra *Elogio de la imperfección*, (1987-2010) traducción española en Tusquets, Barcelona, 2011, especialmente desde la página 283 hasta el final de la obra.
182. Skinner, Q., *Walden Dos*, Fontanella, Barcelona, 1978.
183. Hudson, W. D., *La filosofía moral contemporánea*, Alianza, Madrid, 1974, p. 340.
184. Rawls, J., *El liberalismo político*, Grijal, Barcelona, 1996.
185. Vid. Foucault, M., *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid, 1976, especialmente pp. 77 y ss.; del mismo, *Enfermedad mental y personalidad*, Paidós, Barcelona, 1984.
186. Foucault, M., *Enfermedad*, cit., pp. 118 y 119.

187. Smith, A., *Lecciones de jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 115 y ss.

188. Strawson, P. F., *Libertad y resentimiento*, cit.



VICTIMS OF GENDER-BASED VIOLENCE AND THEIR RIGHT NOT TO TESTIFY

RESUMEN

El derecho a la dispensa de no declarar contra determinadas personas contemplado en el artículo 416 LECrim ha cobrado gran protagonismo en los últimos años a raíz del creciente número de procedimientos incoados por delitos de violencia de género, dificultando de manera extraordinaria la consecución de una sentencia condenatoria cuando la víctima se acoge al mismo. Se analiza en el presente estudio la difícil problemática que se plantea en relación a diversos aspectos procesales, tales como, la necesidad o no de advertir a la víctima-testigo sobre su derecho a no declarar, el valor probatorio de las declaraciones prestadas en fase sumarial, la posible lectura de las diligencias sumariales en el juicio oral, los testigos de referencia y el empleo de la videoconferencia.

PALABRAS CLAVE

Víctimas de violencia de género. Prueba testifical. Artículo 416 LECrim. Dispensa del deber de declarar. Lectura de las declaraciones sumariales. Testigos de referencia. Videoconferencia.

ABSTRACT

The right not to testify against certain persons, referred to in Article 416 of the Spanish Criminal Procedure Act, has gained prominence in recent years due to the increasing number of prosecutions for crimes of gender-based violence, dramatically hampering a conviction when taken up by the victim. This article analyses the problems that arise in relation to different procedural aspects, such as the need or not to inform the victim-witness of the right not to testify, the probative value of statements given in the pre-trial stage, the possible reading of pre-trial proceedings in the trial, hearsay witnesses and the use of videoconferencing.

KEYWORDS

Victims of gender-based violence. Testimonial evidence. Section 416 Criminal Procedure Act. Right not to testify. Reading of pre-trial statements. Hearsay witnesses. Video-conferencing.

LA DISPENSA DE DECLARAR DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Ana Montesinos García

Profesora contratada Ramón y Cajal
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción (breve resumen del estado de la cuestión). 2. La dispensa de la obligación de declarar como testigo. A) Ámbito subjetivo. B) La obligación de informar a las víctimas sobre su derecho a no declarar. C) ¿Puede la víctima que ha denunciado ampararse posteriormente en este derecho? 3. Posibles alternativas a la declaración de la víctima el día del juicio. A) Lectura de las diligencias practicadas en el sumario. a) Valor probatorio de la declaración sumarial. b) Lectura de las diligencias sumariales en virtud del artículo 730 LECrim. c) Lectura de las diligencias sumariales en virtud del artículo 714 LECrim. B) Otras pruebas: los testigos de referencia. C) El empleo de la videoconferencia. 4. Propuestas de reforma.

1. INTRODUCCIÓN: BREVE RESUMEN DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Recientemente se ha publicado un estudio sobre violencia de género titulado: 'El silencio de las víctimas: un análisis jurídico y social', elaborado por la Cátedra de Estudios de las Mujeres Leonor de Guzmán de la Universidad de Córdoba con apoyo del Instituto Andaluz de la Mujer, que propone modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal para proteger mejor a las víctimas de violencia de género. Dicho estudio muestra que el 62 por ciento de las sentencias por violencia de género son absolutorias, frente al 38 por ciento que son condenatorias; de las sentencias absolutorias, en el 64 por ciento de los casos, la víctima no ha declarado en el juicio, principal razón por la que no hay condena¹.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal impone al testigo la obligación de comparecer ante el llamamiento judicial y declarar cuanto supiere (arts. 410 y 707), pero exime de este deber a determinadas personas unidas con el presunto autor del delito por una relación de parentesco o análoga (art. 416). Este último precepto, el artículo 416 LECrim, ha cobrado gran protagonismo en los últimos años, a raíz del creciente número de procedimientos incoados por delitos de violencia de género, en donde la víctima es asimismo testigo directo de los hechos. Los Informes elaborados por el Consejo General del Poder Judicial así como las estadísticas de la Fiscalía General del Estado reflejan el elevado número de supuestos en los que la víctima de violencia de género se acoge a la dispensa de declarar en el acto del juicio oral².

En los procesos por delitos de violencia de género resulta extremadamente común que la víctima no mantenga una actuación procesal uniforme durante la completa tramitación de los mismos; incluso que actúe de manera obstaculizadora, lo que ocurre cuando retira la denuncia, no comparece ante el llamamiento judicial, altera el contenido de la declaración en aras a lograr la absolución del agresor, etc. Entre las principales razones de tales conductas, destacamos: los lazos afectivos existentes entre víctima y agresor, la presión a la que se ve sometida la víctima, falta de apoyo económico, dependencia psicológica frente al agresor, temor a las represalias que puede tomar hacia ella o hacia sus hijos, el perdón a su agresor, etc.³. A ello debemos añadir, las especiales circunstancias que rodean a la mujer víctima de violencia de género que provocan que en la mayoría de ocasiones su declaración sea la única prueba de cargo pues las agresiones se producen normalmente en el ámbito familiar, en un ámbito de privacidad y clandestinidad, sin otros testigos directos que los propios implicados: agresor y víctima, lo que conlleva que si la víctima no declara, quedará probablemente impune el delito. Además, cuando la violencia no ha sido física, sino psíquica, las dificultades probatorias se incrementan en gran medida.

Desgraciadamente resulta muy frecuente en el ámbito de la violencia de género que la víctima sucumba a los tradicionales sentimientos de resignación y sumisión, llevándola a retirar la denuncia o a desdecirse de ella en el acto del juicio, o incluso a acogerse a su derecho a no declarar contra su esposo o pareja, situación que alienta al presunto agresor a emplearse a fondo en su papel, incrementando sus amenazas o coacciones para que cambie su declaración o, simplemente adoptando el papel de compañero débil que pide perdón y que asegura que no lo volverá a hacer; de ahí que sea necesario que los tribunales extremen las cautelas para prestar a la víctima una adecuada protección, pues es evidente que no es plenamente libre, bien porque dependa económicamente, bien porque tenga ya muy mermada, por no decir anulada, su autoestima⁴. Paradójicamen-

te se encuentra en las manos de la persona que se acoge a la dispensa de declarar, la condena del presunto agresor o el sobreseimiento del proceso (según la fase en la que actúe la dispensa).

La Reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, modificó el ámbito subjetivo del artículo 416 LECrim, ampliando el mismo a “las personas unidas por relación de hecho análoga a la matrimonial”, despejando de este modo las dudas existentes al respecto, a pesar de que ya se venía comúnmente aceptando tal analogía⁵. Sin embargo, consideramos que se podría haber aprovechado esta reforma para aclarar las diversas cuestiones procesales que el artículo 416 LECrim plantea; a ellas vamos a dedicar el presente trabajo, por el protagonismo que ostenta en los juicios celebrados por causas de violencia de género.

Vamos a tratar de dilucidar la pugna con la que nos encontramos en este tipo de delitos entre la búsqueda de la verdad material de los hechos delictivos que han sido objeto de investigación y, en su caso, posterior enjuiciamiento y la consideración formalizada del proceso penal, presidida por los principios de legalidad procesal. Además de decidir entre promover la represión de una infracción penal o la conveniencia de respetar la voluntad de la víctima, que llegado el momento del juicio se acoge a su dispensa de no declarar y no quiere manifestarse en contra de su agresor⁶. Para ello, debemos tener en cuenta que estamos ante delitos públicos perseguibles de oficio, por lo que el Ministerio Fiscal, a pesar de que la víctima retire su denuncia, debe instar la continuación del proceso. El problema, por tanto, no lo encontramos en la renuncia, sino en el supuesto en el que la renuncia conlleva una negativa a volver a mantener ante el Juzgado la declaración inicial inculpativa hacia el agresor, especialmente cuando se acoge al derecho al silencio en el juicio oral que es donde se deben practicar las pruebas que van a servir al juez para condenar o absolver al presunto autor del delito, bajo los principios de oralidad,

contradicción, intermediación, concentración y publicidad.

La polémica generada en torno al artículo 416 LECrim en sede de violencia de género, nos lleva a plantearnos si, teniendo en cuenta las dificultades que existen para condenar estos delitos cuando la víctima se acoge a su derecho a no declarar, debe mantenerse este precepto. Para ello, vamos a estudiar los diferentes aspectos procesales del régimen jurídico de la dispensa, tales como su finalidad, ámbito subjetivo, efectos de la negativa de la víctima a declarar en el acto del juicio, el deber de información de las autoridades judiciales y policiales, el valor probatorio de las declaraciones prestadas en fase sumarial, los testigos de referencia y el posible empleo de la videoconferencia.

2. LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR COMO TESTIGO

Los testigos que no se hallen privados del uso de la razón tienen la obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 410 LECrim; obligación que se impone igualmente para el juicio oral en el artículo 707 LECrim. El testigo que no comparece a dicho llamamiento puede ser sancionado con una multa que puede ascender hasta los 5.000 euros e incluso, si persistiere en su resistencia, ser perseguido como autor de un delito de obstrucción a la justicia o de desobediencia grave a la autoridad judicial (art. 420 LECrim).

Comparecido el testigo, tendrá la obligación de prestar juramento o promesa, responder a las preguntas que le formulen las Defensas y decir la verdad. Sin embargo, la LECrim exime del deber de declarar a las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418 LECrim, en sus respectivos casos. La cobertura constitucional de esta dispensa viene prevista en el artículo 24.2 CE, que establece que la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de

secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, calificándose, por tanto, la dispensa de este deber como un derecho fundamental⁷.

Concretamente, el artículo 416 LECrim señala que están dispensados de la obligación de declarar: “1. *Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.*

2. *El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor. Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido*⁸.

No se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une un vínculo familiar o análogo. Ahora bien, si decide declarar deberá ajustarse a la verdad; es decir, no está autorizado a mentir a favor del procesado, pero tampoco constreñido a declarar en su contra (STS de 20 enero de 2009⁹). La intención de este precepto ha sido analizada por nuestros Tribunales, planteándose si este derecho a no declarar contra el imputado está concebido como un beneficio del que goza el reo o imputado (tal y como han considerado las STS núm. 1062/1996, de 17 de diciembre y STS núm. 331/1996, de 11 abril¹⁰) o si, por el contrario, se trata de un derecho a favor del mismo testigo que incurre en alguna de estas circunstancias que le permiten no declarar. La opción mayormente acogida por la jurisprudencia ha sido la de estimar que se trata de un beneficio en favor del testigo en el

que se da el vínculo de parentesco o relación de hecho análoga a la matrimonial, ante la incómoda situación en la que se vería obligado a mentir, pudiendo incurrir en un delito de falso testimonio. La razón de su no exigencia se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, bien en relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, bien en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, ex artículo 18 de la Constitución¹¹. La salvaguarda de los vínculos de solidaridad existentes entre el testigo y el autor de los hechos y la protección de la intimidad del ámbito familiar prevalecen así sobre los propios del proceso judicial¹²; opinión que compartimos pero que, sin embargo, demostrará su flaqueza cuando ante víctimas de violencia de género nos encontremos, tal y como vamos a examinar a lo largo del presente trabajo.

A) ÁMBITO SUBJETIVO

Fruto de la reforma del artículo 416 LECrim operada por la Ley 13/2009, que recogió el criterio mayoritario del Tribunal Supremo, se incluyó en la enumeración de este precepto a la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial. Con anterioridad a la misma, si bien la jurisprudencia de nuestros Tribunales tendía a su asimilación con las relaciones conyugales¹³, fueron diversas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo se pronunció en sentido contrario, basándose en el argumento de que, cuando el legislador ha querido establecer una equiparación entre unas relaciones y otras, así lo ha hecho (STS de 21 de noviembre de 2003¹⁴).

Despejada esta primera cuestión, otros interrogantes han surgido; fundamentalmente se ha discutido si podemos entender “relación de hecho análoga a la matrimonial” en el mismo sentido que el artículo 153 del Código Penal, que se refiere a una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Al respecto, el Tribunal Supremo ha declarado que los sujetos eximidos de la obligación de declarar del artículo 416 LECrim pueden acogerse a esta

dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado (STS de 26 de marzo de 2009¹⁵); en idéntico sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en su Auto de 6 junio de 2006¹⁶. Compartimos esta opinión, si bien debemos resaltar, que este derecho debe extenderse a relaciones de noviazgo o uniones de pareja con vocación de estabilidad y no a relaciones esporádicas¹⁷. A pesar de ello, no todas las posturas han sido uniformes y parte de la doctrina e incluso alguna jurisprudencia se ha pronunciado en sentido contrario. En esta línea, la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, ha manifestado que quedan fuera del artículo 416 LECrim las relaciones de noviazgo, limitándose la aplicación de la dispensa a aquellas personas que mantienen una relación matrimonial con el imputado o una relación *more uxorio* (de análoga afectividad con convivencia)¹⁸.

La siguiente cuestión que nos preguntamos es la relativa al momento en el que debe existir la relación matrimonial o análoga: si debe ser aquél en el que acontecen los actos de violencia de género o, sin embargo, aquél en el que la víctima debe declarar, pues tengamos en cuenta que puede suceder que en este último momento ya no exista ningún vínculo entre la víctima y el presunto agresor. La gran mayoría de la jurisprudencia de nuestros Tribunales se ha decantado por este último momento, es decir, el del día del juicio en el que se debe prestar el testimonio. Dicho de otro modo, quien se acogió a la dispensa de declarar en virtud del artículo 416.1º LECrim, cuando depuso bien en sede policial o ante el Juzgado de Instrucción (en estos casos, Juzgado de violencia sobre la mujer), no podrá acogerse a tal derecho si en el acto del juicio oral este vínculo ya no existe. A título de ejemplo, entre muchas otras¹⁹, destacamos la STS de 26 de enero de 2010, que manifiesta que la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar

y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado²⁰.

En esta línea se pronuncia HURTADO YELO, quien opina que existen razones de peso para considerar el momento de la declaración como fecha *a quo* para determinar si existe o no la relación que da lugar a este derecho, y éstas son: a) El principal motivo para justificar este precepto es el conflicto que existe en el testigo entre declarar en contra de su pareja o faltar a la verdad. Este motivo ya no existe en la fecha de la declaración si la relación de pareja ya no existe; b) La protección de la intimidad, como finalidad secundaria de éste, debe ceder en favor de la averiguación de la verdad material en el caso de delitos tan importantes como los de violencia de género, donde los intereses de protección de la víctima y de su integridad llevan a considerar prevalente esta última finalidad, y aplicar el artículo 416 LECrim sólo en el caso que continúe la relación familiar en el momento de la declaración y, por último c) El derecho regulado en este precepto es un derecho de la víctima-testigo, no del imputado; de tal forma que, si el vínculo que da lugar a la aplicación de este precepto ha desaparecido, no debe aplicarse²¹. Esta ha sido la tesis adoptada por la Circular 6/2011 de la Fiscalía, en donde se proclama que quedan excluidos de la dispensa quienes ya no mantienen una relación conyugal o de pareja de hecho, distinguiendo los supuestos de ruptura de la convivencia en el caso de las parejas de hecho, del de los cónyuges. En el primero de los casos, si bien debe ser inaplicable la dispensa, la ruptura de dicha convivencia ha de obedecer a la voluntad de poner fin a la misma por las partes, porque si la convivencia resulta interrumpida como consecuencia de haber ingresado en prisión el imputado o por la imposición de una medida cautelar de prohibición de aproximación acordada a petición del fiscal y con la oposición de la víctima, subsiste el vínculo de afecto de la testigo con el imputado, por lo que ha de ser advertida de su derecho a no declarar. Mientras que en el segundo supuesto, es decir, en caso de ruptura

de la convivencia entre cónyuges, existen dos posturas: a) aquella que entiende que, efectuada la separación, desaparece cualquier deber de solidaridad y lealtad y, por tanto, la testigo tienen la obligación de declarar, y una segunda postura, b) que se inclina por considerar que pese a la separación de los cónyuges subsiste el vínculo conyugal y, por tanto, la dispensa a la obligación de declarar²².

En íntima conexión con lo anterior, nos preguntamos qué ocurre en aquellos supuestos en los que la víctima en el momento de prestar su declaración se encuentra en trámites de separación o divorcio del imputado. La ruptura del nexo conyugal (tanto en los casos de divorcio como de anulación matrimonial) o de la relación análoga a la matrimonial (supuestos en los que resultará más dificultoso probar la ruptura, debiendo ser el juez quien, en caso de conflicto, la determine), quebranta el nexo que justifica el reconocimiento de este derecho, por lo que éste no debe mantenerse. Más cuestionable resultan los supuestos de separación de los cónyuges que aún no han decidido divorciarse, en los que todavía no se ha roto el vínculo existente entre ellos, pues siguen permaneciendo unidos por el nexo matrimonial, no pudiendo por tanto ser, sin más, excluidos del concepto de cónyuge del artículo 416 LECrim.

A pesar de lo dicho en las líneas anteriores, el Tribunal Supremo ha matizado en su Sentencia de 26 de marzo de 2009²³ que no se pueden establecer criterios apriorísticos y, por tanto, habrá que estar a las circunstancias concretas, señalando expresamente: *“Por lo que respecta al momento en que debe darse ese vínculo origen de la exoneración de la obligación de declarar, se ha reconocido especial trascendencia a las circunstancias del caso y al fundamento que en las mismas justifica la aplicación del artículo 416.1º LECrim. Si, conforme a aquéllas, la solidaridad es el único fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como*

testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento²⁴. En definitiva, se admite que, a pesar de haberse roto el nexo que vincula al testigo y al presunto autor del delito, éste se acoja a la dispensa del artículo 416 LECrim. En esta línea, otros pronunciamientos del Tribunal Supremo parecen asimismo apuntar que este derecho no debe vincularse con la subsistencia de los lazos de afectividad (Sentencia de 14 mayo de 2010²⁵).

Nuestra postura inicial se decantaba por considerar que la dispensa sólo debe resultar operativa en los casos en los que el vínculo personal continúa vigente en el momento de la declaración, pues únicamente en esos supuestos se le puede eximir de pronunciarse en contra de su pariente y, de este modo, no someterle a la difícil tesitura moral del deber de declarar. Ampliar este derecho a otras personas que tuvieron el vínculo exigido por el artículo 416 LECrim, pero que no lo mantienen en el momento de declarar, ha sido considerado por algunos autores, incluso contraproducente sobre todo en materia de violencia de género, donde el testigo puede verse obligado a mantenerse en silencio por otros móviles distintos a la concurrencia de un conflicto moral²⁶. Sin embargo, consideramos conveniente flexibilizar —al igual que ha hecho el Tribunal Supremo— nuestra postura y manifestar que se trata de una cuestión que no debemos predicar *a priori*, sino una vez somos conocedores de las circunstancias que rodean el caso, pues nada impide que en algunos supuestos excepcionales, a pesar de no existir ya la relación entre el testigo pariente y el autor del delito, la relación entre ellos siga siendo extremadamente estrecha y, por tanto, debería permitirse al testigo acogerse a este derecho.

Al respecto, debemos mencionar que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga un nuevo tratamiento a la dispensa de la obligación de declarar en su artículo 570, manifestando en su primer apartado que: “*Están dispensados de la obligación de declarar los ascendientes y descendientes consanguíneos o afi-*

nes del acusado, sus colaterales consanguíneos o dentro del segundo grado de afinidad, así como su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, aun cuando se haya extinguido el vínculo conyugal o haya cesado la convivencia efectiva”. En caso de aprobarse esta norma, se despejaría la duda relativa a si debe mantenerse o no el vínculo entre el testigo y el acusado en el momento del juicio para poder acogerse al derecho previsto en el artículo 416 LECrim.

Por último, resulta ineludible la reflexión que vamos a exponer a continuación. Hemos partido en todo momento del hecho de que la víctima de violencia de género puede acogerse a esta dispensa, pues el artículo 416 LECrim no distingue los casos en los que el familiar o análogo ha sido víctima o no del delito cometido. Sin embargo, una interpretación lógica de dicho precepto nos podría llevar a concluir que la razón de la existencia de la propia “dispensa” se sostiene cuando el testigo es un familiar del procesado en el que no concurre la condición de víctima/perjudicada²⁷. A pesar de ello, gran parte de la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales ha sido rotunda al entender que no se establece ninguna diferenciación entre el testigo y el testigo-víctima, siendo la dispensa igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado²⁸.

Ha de reconocerse que la aplicación del artículo 416.1 LECrim produce serias anomalías en los procesos por delitos de violencia de género, en los que la víctima suele acogerse a esta dispensa, por miedo o por otras razones ajenas al fundamento de aquélla. A ello se une que la víctima, por norma general, es la única prueba de cargo, quedando prácticamente en su poder el resultado del proceso, pues su silencio conlleva en la mayoría de ocasiones una sentencia absolutoria. Es por todo ello, que diversos operadores jurídicos, entre los que destacamos, el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, han propuesto una suerte de excepción en el artículo 416.1 LECrim, cuando nos hallemos ante casos de violencia de género²⁹,

además de plantear de manera alternativa, caso de no prosperar, la introducción de un artículo 730 bis en la LECrim, que veremos en el último capítulo de este trabajo.

Autores como MAGRO SERVET, consideran que la víctima de violencia de género no es el testigo al que se refiere el artículo 416 LECrim, por lo que no se le puede aplicar de forma literal la dicción contenida en este artículo ni en el artículo 707 LECrim. Además, manifiesta que se trata de un testigo privilegiado, lo que le distingue del resto de testigos unidos por una relación familiar con el acusado respecto de los que se ha instaurado de manera lógica una posibilidad de dispensa, pues son testigos que intervienen en el proceso penal como auténticos terceros extraños a los hechos que se enjuician en el acto. La víctima no interviene en el proceso como un tercero ajeno a los hechos, sino que su posición para declarar sobre ellos tiene ese carácter privilegiado, por cuanto ha sido la víctima de la propia agresión que está siendo objeto de enjuiciamiento. Por razones de sentido común, aunque la normativa no los distinga, no se podrá hacer uso de estos artículos, cuando el testigo sea a su vez víctima, pues no están pensados ni configurados para las mismas³⁰.

Han sido muchas otras las voces que se han alzado en el sentido de eliminar a las víctimas de violencia de género de este precepto³¹. Sin embargo, existe otro sector doctrinal, que considera que la supresión de esta facultad por el mero hecho de haber presentado en su momento una denuncia, o suprimirla sin más en todos los procesos penales por violencia de género, exigiría, previamente, tener en cuenta los aspectos siguientes:

1) Que tal determinación podría llegar a suponer en algunos casos romper definitivamente, sin posibilidad de recomposición, los vínculos afectivos en contra de la voluntad de la víctima, cuando su voluntad se manifiesta libremente.

2) Que no falta quien entienda que tal modificación supondría coartar la libertad de la víctima.

3) No debe olvidarse, tampoco, que semejante decisión podría llegar a provocar la imputación bien por delito de desobediencia, bien por falso testimonio; pues, en relación al último delito aludido, es evidente que un porcentaje de víctimas que se puede llegar a presumir significativo, declararían en falso para proteger a su agresor³².

En nuestra opinión, somos partidarios de una pronta reforma del artículo 416 LECrim, que indique expresamente que esta dispensa no puede alcanzar a quienes han sido víctimas respecto de delitos cometidos por quienes ostenten alguna de las relaciones de parentesco que se citan en este precepto, pues creemos que si la dispensa obedece a la consideración de no imponer a los familiares más directos la carga o deber jurídico de realizar como testigos manifestaciones que pudieran perjudicar a su pariente acusado, ese fundamento, desde luego, desaparece enteramente cuando son los parientes mismos quienes han denunciado los hechos³³. Por ello, aclamamos un cambio legislativo que excluya expresamente a las víctimas, aunque debemos reconocer que hasta entonces —de *lege data*—, no podemos negar con rotundidad su inclusión en el ámbito subjetivo del artículo 416 LECrim, pues nuestros Tribunales así lo están interpretando.

B) LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR A LAS VÍCTIMAS SOBRE SU DERECHO A NO DECLARAR

Partiendo de que la realidad es la mencionada en las líneas anteriores, y de que hoy por hoy las víctimas de violencia de género no están excluidas expresamente del artículo 416 LECrim, vamos a analizar a continuación el deber de información que ostentan, tanto la policía como los jueces, de informar a la víctima testigo de la dispensa de la que goza, que le permite no declarar contra su agresor.

Cuando declara como testigo la víctima de un delito de violencia de género (o cualquiera de los familiares del artículo 416.1 LECrim), una de las garantías que deben ser observadas en sus declaraciones reside en la previa

advertencia por parte del Juez de su derecho a no declarar en contra del procesado con el que mantiene alguna relación de parentesco o análogo; así como acerca de que la ley, aun no prestando declaración como tal, le permite realizar las manifestaciones que considere oportunas; el secretario judicial consignará la contestación que diere a dicha advertencia. En consecuencia, si el testigo no conoce o no es informado de este derecho, su versión inculpativa carecerá, en principio, de virtualidad probatoria³⁴.

Este deber de información no sólo alcanza al juez sino también a la policía, tal y como ha señalado nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 6 de abril de 2001 y 5 de marzo de 2010, en donde manifiesta expresamente que la finalidad de la ley es claramente defensiva y, por lo tanto, carecería de todo sentido que se excluyera a la policía de las obligaciones que se imponen expresamente al juez de instrucción³⁵. La omisión de tal advertencia por parte de la policía podrá determinar más tarde la nulidad de la declaración.

Nos preguntamos si este deber de instrucción debe realizarse bajo toda circunstancia o existen algunos supuestos en los que no resulta absolutamente necesario. Vamos a ver a continuación cómo gran parte de nuestros Tribunales han exceptuado este deber en los supuestos en los que por los propios actos del testigo se pueda inferir que se renuncia a tal derecho; soluciones jurisprudenciales sobre las consecuencias de la falta de información policial o judicial de esta dispensa que difieren en los casos en los que la denuncia o declaración es espontánea, de aquéllos en los que la víctima responde a las preguntas que le formulan.

El problema radica en que, a diferencia de lo que ocurre con la declaración testifical, cuando la LECrim regula la exención de la obligación de denunciar en el artículo 261 LECrim, nada dispone sobre la necesidad de que la policía o el juez deban advertir al denunciante de dicha dispensa legal. Lo que ha provocado que se hayan alzado voces al respecto que sí que exigen el mismo requisito al previsto para la validez del testimonio, a pesar de que nada contemple la

ley, mientras que otros autores entienden que si la víctima de violencia de género (o cualquier otra persona que se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 416 LECrim), acude a denunciar, no será necesario que la autoridad que reciba tal denuncia deba advertirle del derecho que ostenta a no declarar contra su agresor, pues el mismo hecho de acudir a denunciar refleja su voluntad de declarar contra él (lo que no impide que la autoridad correspondiente se lo comunique)³⁶.

Debemos ser conscientes de los efectos perniciosos que para las propias víctimas de violencia de género podría representar el que, en el estado de ánimo en que generalmente se encuentran, y tras el esfuerzo realizado para llevar adelante su acción, se les invitase a reconsiderar como previa determinación a su declaración, la disyuntiva de tener que afrontar la ya de por sí penosa declaración o verse liberada de tal trámite³⁷. Por lo que consideramos que, cuando la víctima denuncia libre y espontáneamente los hechos, no resulta imprescindible que se le deba instruir de su dispensa del deber de declarar contenido en el artículo 416 LECrim; sin embargo, sí será necesaria dicha instrucción en un momento posterior cuando la denunciante sea llamada a declarar como testigo para ratificar su denuncia o declarar como tal. En esta línea, volvemos a destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 abril de 2001, previamente mencionada, que se pronuncia expresamente sobre la cuestión de la espontaneidad, manifestando al respecto que: *“Cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculpado..., se presente espontáneamente ante la Autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad acordada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba. La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima”*³⁸.

Sumamente ilustrativa resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009³⁹ en donde se distinguen claramente

dos posibles situaciones que deben perfilarse: a) Aquella del testigo que acude decidida y voluntariamente a denunciar de una manera espontánea, relatando los hechos libremente, en donde el citado deber de información por parte de las autoridades no resulta en modo alguno imprescindible y, b) Aquellos otros casos en los que se limita a mencionar su voluntad de denunciar, pero procede a responder a las preguntas que sobre los hechos le formula la Autoridad judicial o policial, que extrae información más allá de lo que podría considerarse que el testigo tiene intención de exponer, asimilándose a un auténtico interrogatorio de hechos en donde sí debe cumplirse la obligación de instruir del derecho a no declarar en contra del pariente.

Al respecto, el Tribunal Supremo manifiesta que, cuando la persona acude a dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente, por hechos en que el denunciante es víctima, y busca el amparo y la protección de la ley, expresarle que no tiene obligación de hacerlo es innecesario: resulta inútil y carece de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los de su pariente; es decir, que no necesita que se le informe de que puede ejercitar una dispensa que ya ha decidido no utilizar. Señalando a continuación que *“la innecesariedad de la información sólo se puede referir a los hechos que se quieren denunciar voluntariamente. Pero no puede utilizarse la declaración policial sobre esos concretos hechos, para, a través del interrogatorio sobre ellos, hacer pesquisas sobre otros diferentes y provocar del denunciante de los primeros una segunda denuncia sobre los segundos. No es que no se pueda interrogar sobre ellos. Es que para interrogar es inexcusable advertir a la compareciente que sobre esos otros, distintos de los que por iniciativa propia quería denunciar, no tiene obligación de hacerlo. La comunicación de esos diferentes hechos, pertenece a la iniciativa del agente interrogante que pregunta sobre ellos y su comunicación por el declarante no es ya iniciativa suya previamente decidida libremente, sino respuesta a la averigua-*

*ción iniciada por la Policía; que necesita hacer la previa advertencia de la dispensa legal*⁴⁰.

Por tanto, podemos concluir que en las situaciones en las que la denunciante cónyuge o asimilado actúa como consecuencia de un acto espontáneo por su libre decisión voluntaria, no podrá exigirse la necesaria advertencia de su dispensa de declarar por parte de la Autoridad. A diferencia de lo que ocurre en aquellos supuestos en los que los hechos hayan sido relatados sin esa espontaneidad; es decir, a excitación o en respuesta a una indagación policial o judicial, en donde sí consideramos debe exigirse como requisito de validez de la denuncia, la previa información de la previsión legal que le dispensa del deber de denunciar.

Situación distinta será aquélla en la que, tras interponer la denuncia, la víctima es llamada a declarar ante el juez de instrucción o incluso ante el juez enjuiciador el día del juicio, en donde sí que consideramos que se le debe informar de su derecho, por lo que las declaraciones prestadas sin la previa advertencia del artículo 416 LECrim, en cuanto que no han sido proporcionadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no podrán utilizarse válidamente como prueba de cargo, ni podrán ser tenidas en cuenta para fundar una sentencia condenatoria⁴¹. Las únicas declaraciones válidas serán las prestadas una vez ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado (STS de 20 de enero de 2009)⁴².

En resumen, tal y como ha manifestado expresamente la STS núm. 160/2010, de 5 de marzo⁴³, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase prejudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el artículo 261 LECrim, salvo en algunos casos de “denuncia espontánea”. Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del artículo 416 LECrim y una tercera en el Plenario, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 707 LECrim, deberá también hacersele la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no

declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo han ido más lejos, señalando que el incumplimiento de este deber de información debe ser considerado no simplemente un vicio o defecto procesal, sino una transgresión de derechos fundamentales al que le sería de aplicación la consecuencia jurídica de su expulsión como medio de prueba, en virtud de lo establecido en el artículo 11.1 LOPJ; así lo han entendido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2001 y de 28 de enero de 2009⁴⁴. Además, en el supuesto en el que el juez conmine a la víctima-testigo a declarar, a pesar de que ésta manifieste su voluntad de no hacerlo acogiéndose a la dispensa del artículo 416 LECrim, por lo que presta su declaración ante el desconocimiento de los derechos que le asisten, las declaraciones han sido obtenidas de manera ilícita por lo que no deben ser consideradas⁴⁵.

C) ¿PUEDE LA VÍCTIMA QUE HA DENUNCIADO AMPARARSE POSTERIORMENTE EN ESTE DERECHO?

Nos preguntamos qué sucede en aquellas situaciones tan comunes en las que la víctima de violencia de género denuncia voluntariamente a su agresor, pero en una fase posterior del proceso judicial desea acogerse al derecho del artículo 416 LECrim. Recordamos al respecto que la declaración de la misma, aun cuando actúe como acusación particular, se introduce en el proceso penal como una prueba testifical. Nos cuestionamos, pues, si la interposición de la denuncia podemos entenderla como un rechazo al derecho a la dispensa de declarar.

Si tenemos en cuenta las circunstancias que rodean a la víctima —agravadas en muchas ocasiones tras la interposición de la denuncia—, aunque sería deseable entender que la víctima que ha denunciado ha rechazado tácitamente al derecho que ostenta en virtud del artículo 416 LECrim, hoy por hoy, *de lege data*, esta afirmación no es posible. La LECrim

no exceptúa de manera expresa a la víctima que declara como testigo y que ha denunciado, por lo que, si se dan los requisitos previstos en este precepto, se le debe aplicar la dispensa. Por tanto, cuando la víctima denuncia contra un familiar, no significa que renuncie a este derecho; por lo que no se le debe impedir que, en un momento posterior, por diversas razones, decida no declarar contra su agresor. Si se permite que cualquier testigo no se ratifique posteriormente en su denuncia, no encontramos razones suficientes que justifiquen que no se tolere que la víctima decida no declarar contra el imputado, aunque previamente lo haya denunciado. La víctima, como testigo que es, tiene los mismos derechos que el resto de testigos, por lo menos actualmente, con la regulación legal existente, lo que conlleva el deber de que se le advierta de la dispensa⁴⁶. No podemos equiparar denunciar a renunciar a la dispensa de declarar, porque son dos cosas distintas. Por el contrario, consideramos que la testigo puede acogerse cuantas veces considere su derecho a no declarar contra su marido o pareja, a pesar de haber optado por declarar previamente. En definitiva, la víctima tiene derecho a no declarar pese a que sea la denunciante.

Al respecto, CASTILLEJO MANZANARES afirma con rotundidad que en la actualidad, y mientras no se produzca la modificación anunciada por el legislador, de *lege data*, la facultad de abstenerse de declarar que ostenta, entre otros, el cónyuge del imputado se extiende de modo irrestricto a los supuestos de violencia de género, y con ella el deber de los órganos de instrucción y de enjuiciamiento de advertir al testigo en quien concurra tal condición de la posibilidad de hacer uso de la excusa legal y la consiguiente inhabilidad probatoria del testimonio inculpatario obtenido sin dicha advertencia previa⁴⁷. Mantiene esta misma postura BARRIENTOS PACHO, quien considera que la denuncia válidamente interpuesta por el cónyuge o asimilado no implica renuncia alguna ni altera el derecho del denunciante a no declarar como testigo en el juicio ulterior seguido contra el denunciado, de tal forma que la eficacia en juicio de su denuncia inicial

dependerá del uso que haga en el juicio oral de ese derecho; pues, si lo ejercita y se niega a declarar, ninguna eficacia probatoria podrá seguirse para los hechos denunciados, aunque, al haber sido válidamente interpuesta en origen, esos mismos hechos denunciados podrían resultar acreditados a partir de otros elementos de prueba⁴⁸.

Los pronunciamientos de nuestros Tribunales no han sido excesivamente claros a la hora de determinar si efectivamente quien ha iniciado un proceso por denuncia contra el procesado se puede acoger al derecho a no declarar en su condición de testigo-víctima. Si bien la mayoría de las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo, como la de 23 de marzo de 2009⁴⁹, se han pronunciado al respecto, admitiendo que el testigo-pariente sí puede acogerse al derecho a no declarar en fases del procedimiento posteriores a su denuncia, otros Tribunales han considerado que, en aquellos casos en los que la víctima acudió voluntariamente a denunciar ante la Autoridad quien, le informó de su derecho a no denunciar o declarar en contra de su marido o pareja, ha existido una “renuncia concluyente” de la víctima a la dispensa de declarar; renuncia que debe ser “concluyentemente expresada”. Tesis que parece seguir la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007⁵⁰, que indica que la expresión concluyente de la renuncia se debe apreciar especialmente en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo ha sido víctima.

Esta tesis que equipara la denuncia a la renuncia a declarar se fundamenta en la idea de que la víctima que se retracta, acogiéndose a la dispensa del deber de declarar contra su agresor, actúa de forma presionada por su agresor, o incluso por el propio entorno familiar, pronunciándose en ocasiones un sentimiento de culpabilidad. En esta línea, autores como MAGRO SERVET se han opuesto a que la víctima pueda acogerse a este derecho, manifestando que no tiene ningún sentido que quien ha puesto en marcha la maquinaria de la Administración de Justicia con la presentación de una denuncia contra su marido, pareja de hecho o persona de análoga relación sin

convivencia (noviazgo), pueda luego hacer uso de los artículos 416 y 707 LECrim para negarse a declarar en el acto del juicio oral, ya que en el hipotético caso de que admitiéramos que sería de aplicación en estos casos el artículo 416 LECrim, la propia presentación de la denuncia supondría una renuncia tácita al ejercicio del derecho reconocido, en su caso, en el citado precepto, concebido para evitar obligar a un testigo a declarar contra su pariente, pero no para permitir a la víctima que ha sido denunciante que no declare luego en el juicio cuando ha sido su denuncia la que ha dado inicio al procedimiento penal; porque sería tanto como legitimar la renuncia a la acción penal con efectos determinantes de la absolución por falta de prueba inculpativa, cuando la única existente es la declaración de la víctima denunciante⁵¹. Asimismo, MARTÍNEZ GARCÍA considera que, por el hecho de que la víctima denuncie, se entiende que existe una renuncia concluyente a acogerse a este derecho, y lo mismo ocurre si la víctima, aun no acudiendo voluntariamente a declarar, es advertida de su derecho a no hacerlo y lo hace⁵². En esta línea, cabe resaltar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 29 noviembre de 2004, que señala expresamente: “*Cuando la víctima —testigo—, comparece de forma espontánea ante la autoridad para poner de manifiesto unos hechos, desde que manifiesta su intención de denunciar a su pariente o persona ligada con vínculo afectivo análogo, con su acción muestra de forma inequívoca y concluyente, consciente, la renuncia a la facultad que le confiere aquel precepto, pues que otra manifestación más clara y directa puede hacer una persona que comparecer a interponer una denuncia contra éste por hechos presuntamente delictivos*”⁵³.

Ante tal disparidad de argumentaciones y posturas, compartimos la propuesta de DE LA FUENTE HONRUBIA, relativa a la inclusión en la regulación de la dispensa del artículo 416 LECrim, de la previsión siguiente: “*Quien inicie el proceso por denuncia, quien la ratifique ante la autoridad policial o judicial o quien se constituya como acusación particular tras el correspondiente ofrecimiento de acciones de los artículos 109 y 52*

LECrim, no podrá acogerse al derecho a no declarar contra el procesado con quien tenga ese vínculo personal, y que tal previsión deba ser advertida en sede policial o judicial con carácter previo a denunciar, ratificar la denuncia o personarse como acusación", de forma que quien ejercite estas acciones sepa y conozca el alcance posterior de sus actos⁵⁴. Y en un sentido similar, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, señala en el párrafo segundo de su artículo 570: "*La exención no será aplicable cuando las personas a las que se refiere el apartado anterior hayan aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informadas de su derecho a no hacerlo*".

3. POSIBLES ALTERNATIVAS A LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EL DÍA DEL JUICIO

Nos preguntamos si el silencio de la víctima, ya sea en fase de instrucción o en el juicio oral, cuando se acoge a su dispensa de no declarar, debe respetarse en su totalidad, lo que implicará en la mayoría de ocasiones el sobreseimiento provisional o archivo de las actuaciones o, incluso una sentencia absolutoria; o si, por el contrario, se debe aprovechar su declaración inicial prestada ante la policía o juez de instrucción para instar la continuación del proceso y promover, en su caso, el postulado de una sentencia que pueda condenar al presunto agresor. Esta segunda opción se fundamenta en el principio general de indisposición del *ius puniendi* del Estado, y la persecución de un delito considerado público, con el fin último de la búsqueda de la verdad material, aunque suponga mermar el contenido de la dispensa de la obligación de declarar prevista en el artículo 416 LECrim.

A) LECTURA DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS EN EL SUMARIO

Vamos a analizar en este apartado la validez probatoria de las declaraciones iniciales pres-

tadas por la víctima en fase sumarial ante la policía⁵⁵ o ante el juzgado de instrucción (juzgado de violencia sobre la mujer), en aquellos supuestos en los que posteriormente en el juicio oral se acoge a su dispensa a no declarar; cuestión que no presenta una solución pacífica ni en la jurisprudencia ni en la doctrina.

Para ello, debemos partir de dos premisas iniciales: a) Del hecho de que las diligencias llevadas a cabo durante la fase de instrucción del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral y, b) Como regla general, sólo pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral bajo los principios de publicidad, intermediación y contradicción. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha admitido expresamente que dicha regla general se pueda excepcionar, integrándose en la valoración probatoria el resultado de determinadas diligencias sumariales que se han practicado con las formalidades debidas, cuando se reproducen en el acto del juicio. En concreto, se admite esta posibilidad, a través de los artículos 714 y 730 LECrim, que permiten que se reproduzca el contenido de la diligencia sumarial en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pues de esta manera, ante la retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal⁵⁶.

La cuestión más discutida en esta materia ha sido la de si, en el caso de que la mujer víctima de un delito de violencia de género se acoja a su derecho a no declarar contra el acusado en el momento del juicio, se podrían entrar a valorar sus declaraciones anteriores prestadas en fase de instrucción, y si resultaría posible la reproducción de las mismas en el acto del plenario. Tengamos en cuenta que puede suceder —y desgraciadamente así ocurre en gran

número de ocasiones— que el testimonio de la víctima sea la única prueba de cargo contra el agresor, de modo que si no declara, con un alto grado de probabilidad, la sentencia final será absolutoria. Se trata de debatir si en estos supuestos nos encontramos ante una fuente de prueba lícita, que puede ser introducida en el plenario mediante su lectura y, por tanto, puede fundamentar un fallo condenatorio en virtud de los artículos 714 y 730 LECrim.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado al respecto desde puntos de vista dispares. Nos encontramos con dos posturas nítidas: aquéllos autores⁵⁷ o pronunciamientos jurisprudenciales⁵⁸ que consideran que las declaraciones precedentes del testigo practicadas con todas las garantías sí pueden constituir prueba de cargo si son debidamente introducidas en el plenario, dándose lectura de las mismas; lo que resultaría sumamente útil cuando la testigo fuera víctima de violencia de género, en donde tan comunes resultan los silencios y contradicciones de sus declaraciones. Sin embargo, existe otra postura contraria que imposibilita la introducción en el juicio oral de las declaraciones sumariales que hubiere prestado el testigo dispensado de la obligación de declarar en aquellos casos en los que en el acto plenario decida hacer uso de tal derecho; lo que obliga a prescindir de las declaraciones que hubiere podido facilitar en fases anteriores del proceso, impidiéndose de este modo su lectura tanto a los fines del artículo 714 como del artículo 730 de la Ley procesal⁵⁹.

Para tratar de dar una respuesta a esta cuestión, vamos a estudiar el criterio mayoritario mantenido por la Sala II del Tribunal Supremo que acoge la segunda de estas dos posturas. Destacamos fundamentalmente las Sentencias de 27 de enero de 2009⁶⁰ y de 10 de febrero de 2009⁶¹ que impiden expresamente la lectura en el plenario de la declaración de la víctima prestada en fase de instrucción, razonándolo en tres motivos, que se corresponden con los siguientes tres apartados que vamos a analizar a continuación.

a) Valor probatorio de la declaración sumarial

En primer lugar, el Tribunal Supremo en las sentencias que estamos analizando, niega todo valor probatorio a las declaraciones de la víctima en fase sumarial cuando se acoge posteriormente a la dispensa del artículo 416 LECrim. Al respecto, señala expresamente: *“La libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con los artículos 707 y 416 de la LECrim, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial. Por tanto, admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial inculminatoria. Es cierto que la dispensa ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa luego ejercitada en el Juicio Oral no modifica. Lo que sí impide es que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado”*.

Frente a este primer argumento de la Sala II del Tribunal Supremo que niega toda valoración de la declaración sumarial, compartimos con ESCOBAR JIMÉNEZ, que los artículos 416.1 y 707 LECrim reconocen al testigo el derecho a no declarar contra su cónyuge o pareja, y en dicho punto se detienen, sin otorgarle un poder para dejar desprovisto de valor probatorio sus intervenciones anteriores practicadas conforme a Derecho. Si el testigo no se acogió en la fase de instrucción a la dispensa y declaró, su testimonio no debe quedar afectado por posibles actitudes posteriores. Las declaraciones de una y otra fase procesal, gozan de absoluta independencia. De este modo, si el testigo depuso voluntariamente en la instruc-

ción con las debidas garantías, el hecho de que en el juicio oral decida no contestar es decisión que exclusivamente puede afectar a este concreto acto procesal y no a la valoración de lo válidamente actuado con anterioridad, teniendo en cuenta, además, que la regulación procesal no establece ningún efecto retroactivo⁶². Además, recordamos el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su reunión del día 28 de noviembre de 2006⁶³, en donde se declaró expresamente que: “*Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia*”.

En definitiva, el hecho de que un pariente —dispensable como testigo— haya querido rehusar en fase sumarial a tal dispensa, en modo alguno hace desaparecer tal diligencia como si no hubiere existido. Precisamente la misma, su reconocida virtualidad, será la que habrá inspirado la prosecución del proceso hasta el juicio oral, no pudiendo evitar que se utilice como bagaje probatorio, que sin duda existe (Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 12 de abril de 2006⁶⁴). De modo que, por ejemplo, las declaraciones de la víctima ante la policía, si bien no puede afirmarse con rotundidad que, en todo caso, alcanzarán pleno valor probatorio, sí pueden ser traídas al plenario para que, sometidas a contradicción ante la inmediación judicial, decida el juez qué valor se les pueda otorgar. No compartimos, por tanto, la postura del Tribunal Supremo, pues una cosa es el respeto de no poder compeler a alguien para que no rompa su opción al silencio y otra, muy distinta, es que los Tribunales se abstengan de valorar todas las circunstancias que inciden en el juicio⁶⁵.

En esta línea, el Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer se manifestó a favor de una modificación del artículo 416 LECrim, al considerar que, estando en presencia de delitos perseguibles de oficio en los que no cabe el perdón del ofendido, se está dando entrada a ese perdón, cuya única finalidad es la de conseguir la impunidad de los

presuntos autores de tan execrables conductas, deviniendo, por tanto, absolutamente ineficaz la protección integral a la víctima que con la nueva legislación se pretende. Manifestando expresamente que, “*Para el supuesto de que la modificación de los artículos 416 y 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se llevara a cabo, tal vez sería oportuno analizar otra posibilidad para solventar el problema de impunidad y de riesgo que, en la actualidad, se abre para la víctima cuando ésta no declara acogiéndose a esa dispensa en el acto del juicio oral, y es conceder valor y eficacia en el juicio y, por lo tanto, en la sentencia, a las declaraciones prestadas por la víctima en la instrucción, a presencia judicial y con la garantía de la contradicción, lo que, en su caso, requeriría conceder a esta prueba el carácter de prueba anticipada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”.

b) Lectura de las diligencias sumariales en virtud del artículo 730 LECrim

El artículo 730 LECrim contempla la posibilidad de lectura a instancia de cualquiera de las partes de las diligencias sumariales cuando éstas no puedan ser reproducidas en el plenario por causas independientes a la voluntad de las partes. Por tanto, en los casos en los que estas diligencias sean de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, será lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituída, siempre y cuando se posibilite el ejercicio del principio de contradicción, solicitando su lectura en el juicio oral.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado acerca de la posibilidad de introducir en el plenario las declaraciones prestadas por el testigo en fase de instrucción ex artículo 730 LECrim, en los supuestos en los que se acoge a la dispensa del artículo 416 LECrim. En las sentencias que estamos analizando (STS de 27 de enero de 2009 y de 10 de febrero de 2009), ha manifestado de manera concluyente, que tampoco está legitimada la incorporación de esta declaración testifical, por la vía del citado artículo, porque este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial

excepcionando el principio de que la práctica de la prueba debe hacerse en el juicio oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción, señalando expresamente que *“Su presupuesto de aplicación es la irreproductibilidad en el juicio oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas o por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el juicio oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto el artículo 730 LECrim presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral. Llamar a esto “imposibilidad jurídica” para justificar la aplicación del artículo 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende. Por irreproducible, a los efectos del artículo 730 LECrim, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye”*.

Por tanto, el Tribunal Supremo fundamenta su postura en el hecho de que, cuando la víctima comparece en el plenario pero se niega a declarar amparándose en el artículo 416 LECrim, por una decisión personal exclusivamente, no puede equipararse a la imposibilidad material de declarar y por tanto, no resulta factible introducir su declaración prestada en fase de instrucción, ni siquiera por la vía de su lectura a petición de las acusaciones, tal y como también ha proclamado en sus senten-

cias de 21 de febrero de 2007⁶⁶, y 12 febrero de 2010⁶⁷.

Sin embargo, no toda la jurisprudencia de nuestros Tribunales se ha pronunciado en este sentido. Numerosas decisiones de diferentes Audiencias Provinciales, sí han consentido la incorporación de estas declaraciones sumariales, bajo argumentaciones coherentemente fundadas y motivadas, tales como: a) El derecho a la dispensa de no declarar del artículo 416 LECrim, está concebido no como un beneficio del que goza el reo sino que se trata de un derecho a favor del testigo pariente ante la incómoda situación en la que se vería obligado si tuviera que declarar, b) La dispensa no tiene efectos retroactivos respecto de la declaración que se depuso válidamente ante el juzgado de instrucción, c) La declaración inicial en fase de instrucción ante el juez se llevó a cabo con todas las garantías, cumpliendo el principio de contradicción y el derecho de defensa con la presencia del abogado y, d) Se introduce el testimonio de la víctima prestado en fase sumarial en virtud del artículo 730 LECrim (ó 714 LECrim).

Ciertamente, como ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 17 octubre de 2006, si bien el artículo 730 LECrim parece referirse a supuestos de imposibilidad material de práctica de la prueba, no es menos cierto que en aquel precepto tan sólo se habla de “imposibilidad”, y pudieran entenderse comprendidos también los supuestos de imposibilidad por causas jurídicas como es el que nos ocupa. Si no se puede reproducir en juicio la declaración sumarial es por causa ajena a la voluntad de las partes, pues depende del testigo. A buen seguro que las partes, al acudir al juicio, tenían intención de interrogar a la testigo sobre las circunstancias que expuso en su denuncia y después en su declaración. Si no lo pudieron finalmente hacer fue por la utilización de la dispensa, pero ello no invalida la declaración anterior del sumario. El derecho de la testigo no alcanza a tanto⁶⁸. Avalan esta postura otros pronunciamientos del Tribunal Supremo pero que se refieren al acusado —no

al testigo— que se acoge a su derecho a no declarar⁶⁹.

Los pronunciamientos a favor de la lectura de las declaraciones sumariales de la víctima consideran que la disponibilidad del testigo pariente del artículo 416 LECrim para contestar o no a las preguntas que se le formulen en el acto del juicio, no alcanza a la posibilidad de hacer desaparecer sus declaraciones precedentes realizadas voluntariamente y previa instrucción de sus derechos. Entienden que dichas declaraciones, practicadas con las debidas garantías de contradicción y defensa del imputado, pueden constituir prueba de cargo si son debidamente introducidas en el debate del plenario si, no obstante la falta de intermediación del juzgador con respecto a la declaración sumarial, la misma ofrece mayor credibilidad, fundada en la propia verosimilitud objetiva de la misma, al estar corroborada por otras circunstancias periféricas y otros medios probatorios. Por lo que, estando la denuncia ya presentada y partiendo de una declaración sumarial inculpativa, practicada con todas las garantías, la propia seriedad del proceso y la configuración del delito como delito público, hacen que no se pueda atribuir al testigo víctima una completa disponibilidad sobre el objeto del proceso como la que se produciría caso de que no se atribuyera relevancia probatoria alguna a la anterior declaración inculpativa cuya verosimilitud objetiva se imponga de forma concluyente con todo el resto del acervo probatorio en los términos que hemos indicado.

Dicho lo anterior, conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al derecho de todo acusado establecido en el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él en juicio público y con todas las garantías⁷⁰. Este Tribunal rechaza la incorporación como prueba en el juicio de la declaración en fase de instrucción del testigo que se acoge a la dispensa de declarar, al vulnerarse el principio de contradicción, en cuanto no se ha dado la oportunidad procesal ni al acusado ni a su letrado de estar

presente en las diligencias sumariales. A “sensu contrario”, consideramos que, si el óbice para utilizar la vía del artículo 730 LECrim es la falta de contradicción, en aquellos supuestos en los que se respeta la intervención del acusado y su letrado en la declaración testifical sumarial, permitiéndoles interrogar a la víctima en las debidas condiciones, no se produce ninguna indefensión proveniente de la falta de oportunidad de examinar al testigo, respetándose el ejercicio del derecho de defensa; por lo que puede otorgarse validez para que tal declaración sumarial sea valorada, a pesar de que la víctima mantenga su negativa a declarar⁷¹.

Son también diversos los autores que apoyan la incorporación en el plenario de estas declaraciones, afirmando que el artículo 730 LECrim no establece un *numerus clausus* de causas de imposibilidad, y el empleo de la dispensa, en realidad, es otra más, no apareciendo excluida en aquél⁷². Admiten esta posibilidad, —opinión que compartimos— manifestando que, si la víctima no declara en el juicio oral al acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim, se podrá hacer uso de su declaración mediante la lectura de la misma el día del juicio, siempre que en la declaración judicial de la instrucción se hayan cumplido los principios de contradicción y defensa⁷³. Por lo que propugnamos una reforma del artículo 730 LECrim que consienta expresamente la introducción en el plenario de tales declaraciones sumariales practicadas con todas las garantías.

c) Lectura de las diligencias sumariales en virtud del artículo 714 LECrim

Debemos recordar que, si bien las únicas pruebas aptas para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el plenario con observancia de los principios de igualdad, publicidad, contradicción efectiva de las partes e intermediación del Tribunal, también se ha declarado que el órgano judicial puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquélla sea

sometida en tal acto a contradicción, por traslucir una mayor verosimilitud y fidelidad⁷⁴; lo que viene regulado en el artículo 714 LECrim que contempla la posibilidad de lectura de la declaración del testigo en fase sumarial cuando ésta no sea conforme en lo sustancial con la depuesta en el juicio oral⁷⁵. Por tanto, el Tribunal que va a enjuiciar un delito puede confrontar en el juicio oral ambas manifestaciones, sin que se le impida utilizar el contenido de las declaraciones anteriores al juicio, siempre y cuando se hayan observado las formalidades y requisitos previstos en la Ley, no estando obligado a otorgar credibilidad a lo declarado por el testigo en el juicio; sino que tiene libertad para otorgar menos fiabilidad a unas declaraciones que a otras.

Presupuesto necesario, por tanto, será que el testigo declare en el juicio oral e incurra en contradicción respecto de lo manifestado en su declaración sumarial. Y es aquí, exactamente, donde nos encontramos con el problema en tanto que, en el supuesto que estamos analizando en el presente trabajo, la víctima de violencia de género, si bien declaró inicialmente ante la policía o juzgado de instrucción, el día del juicio se mantiene en silencio sin contestar a ninguna de las preguntas que le formulan, no pudiendo hablar de contradicción propiamente dicha; por lo que, en principio, debería negarse la posibilidad de introducir en el plenario su declaración prestada en fase sumarial, a través de su lectura.

Al respecto, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las sentencias de 27 de enero de 2009 y de 10 de febrero de 2009 que venimos comentando, manifestando que: *“Tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el artículo 714 LECrim que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el juicio oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso*

de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario”. Por lo que no considera posible que se proceda a la lectura de la declaración sumarial por vía del artículo 714 LECrim, para que se pongan de manifiesto eventuales contradicciones, pues nada puede contradecirse si no se declara.

En esta misma línea se han pronunciado diversos autores. Entre otros, HURTADO YELO ha manifestado que lo contrario sería dejar de facto sin eficacia el artículo 416 LECrim y darle mayor validez a la declaración del testigo en instrucción que en el plenario, en este caso su silencio. El artículo 714 LECrim está previsto para contrastar la declaración del testigo en el plenario y en instrucción, no cuando en alguna de dichas fases el testigo no declara, como ocurre con la aplicación del artículo 416 LECrim⁷⁶. Al respecto, NAVARRO MASSIP, considera que nos encontramos ante una situación extrema en relación al derecho a la presunción de inocencia, así como al derecho de defensa; pues, al darse validez a la declaración prestada en fase de instrucción sin necesidad de la declaración de la víctima en el acto del juicio (máxime cuando es la única prueba de cargo), el órgano judicial incrementa el riesgo de condena y rebaja las garantías de un proceso justo; resultando sorprendente que se base la condena en la declaración de un testigo que no es examinado por el propio órgano judicial que dicta sentencia condenatoria y que no puede comprobar las posibles contradicciones y, sobre todo, se le veta al propio juzgador de apreciar directamente los elementos relativos a la credibilidad o verosimilitud del testigo. A lo que habría que añadir que aún más reprochable sería entender que acogiéndose a la dispensa y, por tanto, al no prestar declaración, de una forma intencionada se impide no sólo la posibilidad de una nueva contradicción por parte de la defensa sino también la inmediatez judicial. Por tanto, aceptar la mera lectura de la declaración de la testigo-víctima cuando pudo declarar y no estaba imposibilitada para

ello, supone limitar, incluso, la capacidad del órgano sentenciador⁷⁷.

Estos argumentos son base suficiente para considerar que la negativa de la víctima a declarar no debe ser suplantada por la lectura de la declaración que efectuó en su día ante el Juez de instrucción. Sin embargo, en el contexto de los delitos de violencia de género y ante el panorama que hemos expuesto, para indagar la verdad material de los hechos, debemos reconocer que resultaría sumamente útil la aplicación del artículo 714 LECrim, y que, en aquellos casos en los que en el juicio oral la víctima mantuviera su silencio, el juez pudiera entrar a valorar sus declaraciones sumariales. Por lo que no consideramos desacertada la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 junio de 2009 que manifiesta: *“La introducción en el acto del juicio de la declaración de la víctima (denunciante) de violencia de género, por la vía del art. 714 LECRIM, en nada perjudica el derecho de defensa, pues la misma respondió a las preguntas que le pudo formular el Letrado del imputado, garantizándose así el principio de contradicción. Y su silencio en el acto del juicio oral puede y debe ser valorado por el Juez o Tribunal como una forma de contradicción, aunque sea tácita, con su posición activa inicial, consistente en la interposición, voluntaria, de la denuncia, y teniendo en cuenta ambos (primera declaración y silencio posterior), así como el resto de pruebas practicadas en el acto del juicio oral, formar su convicción, absolviendo o condenado al acusado, según los casos”*⁷⁸.

Desde luego, nos encontramos ante dos situaciones diferentes en los casos en los que la víctima declara desdiciéndose o contradiciendo su declaración inicial, de aquéllos en los que, acogiéndose a su derecho legal del artículo 416 LECrim, se niega a declarar. Pero como ha manifestado GUDÍN RODRÍGUEZ, el silencio de la víctima no se puede erigir como un obstáculo insalvable para conocer la realidad, al igual que la dicción de las palabras, el silencio también desentraña un mensaje. Ningunear la primitiva declaración por la negativa a declarar significaría incidir en un grave agravio comparativo, pues, si en el caso

anterior, cuando la víctima declara y mancilla su propia versión inicial con otra versión, en ciertos casos compatible con los indicios y corolarios que ha dejado el delito, no se entiende por qué el silencio debe recibir una protección menor. En esta línea y frente a tantos obstáculos para poder conocer la realidad del delito de violencia de género, ha surgido una nueva línea jurisprudencial que tiende a ensanchar las posibilidades del juzgador para conocer de todo tipo de material probatorio, aunque no dimane directamente del juicio oral sino de la fase sumarial, pero en condiciones en que pueda ser sometido a debate contradictorio en el proceso judicial⁷⁹. Se busca apurar al máximo el conocimiento de la verdad material pues, en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2008 *“no puede quedar al arbitrio de la víctima el control de la aplicación del derecho penal”*⁸⁰. Así, diversas Audiencias Provinciales se han decantado por la posibilidad de introducir en el plenario, como prueba, las manifestaciones vertidas en fase sumarial, incluso manifestando que lo contrario podría suponer un verdadero fraude procesal, prohibido por el artículo 11.2 de la LOPJ, tal y como proclama la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 12 de abril de 2006⁸¹ (aunque debemos reconocer que esta misma Audiencia, como se desprende de, entre otras, la SAP núm. 232/2011, de 23 de mayo⁸², ya no mantiene esta tesis).

Otro argumento a favor de la concesión de valor probatorio a las declaraciones de la víctima-testigo prestadas en fase sumarial, puede ser la consolidada doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo que concede excepcionalmente cierto valor de prueba a las declaraciones autoincriminatorias de los presuntos responsables de los hechos en fase sumarial del proceso, no ratificadas posteriormente en el juicio oral⁸³. Respecto del silencio del acusado se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 diciembre de 2007⁸⁴, declarando expresamente que *“el silencio del acusado si puede entenderse como contradicción a los efectos del artículo 714 LECrim, pues en principio hay*

que entender que en el concepto de contradicción, en lo que al acusado se refiere se extiende a toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a su referente sumarial. De lo que se infiere que cuando obran en el sumario declaraciones judiciales autoinculpatorias del acusado, el silencio del mismo en el juicio oral ha de ser considerado como una «contradicción» a los efectos del art. 714 LECrim”.

B) OTRAS PRUEBAS: LOS TESTIGOS DE REFERENCIA

Dado que gran parte de la jurisprudencia se inclina por la imposibilidad de valorar las declaraciones sumariales de la víctima-testigo que, llegado el juicio oral, se acoge a la dispensa del artículo 416 LECrim, en gran número de ocasiones, especialmente en aquellos supuestos en los que la víctima es la única testigo del delito, no contamos con otras pruebas de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del agresor. Pero no debemos confundirnos, pues la dispensa del artículo 416.1 LECrim no impide acudir a otro tipo de pruebas. Además de las que pueden constituir indicios acreditados por prueba directa, como pueden ser las lesiones examinadas por los facultativos que atendieron a la víctima, la descripción de su aspecto o de su estado anímico por los testigos que la vieron, los gritos, amenazas o golpes escuchados por los vecinos, etc., podemos encontrarnos con la testifical de aquellas personas a las que la víctima desveló su situación o los hechos delictivos y, fundamentalmente, por ser lo más frecuente, de los agentes de policía que recibieron su declaración. Esta clase de testigos son de referencia en cuanto que la información que aportan queda limitada a lo que la víctima les contó⁸⁵; a los testimonios de referencia vamos a dedicar las líneas siguientes.

A falta de prueba testifical directa, los testigos de referencia son admitidos expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el artículo 710 LECrim, que proclama: “Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido,

o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”. Con base en ello, el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus sentencias de 21 de diciembre de 1989⁸⁶ y 25 de octubre de 1993⁸⁷, ha admitido que la prueba testifical de referencia constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la ley no excluye su validez y eficacia; sin embargo, aunque sea un medio probatorio admisible y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse en cualquier caso en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

La duda que nos planteamos a la hora de admitir o no las declaraciones de los testigos de referencia en los supuestos que analizamos en este trabajo, radica en que la víctima sí comparece en el plenario, pero se limita a ejercitar su derecho a no declarar contra el agresor, en razón del vínculo de parentesco que le liga a él. Ante la negativa a declarar, la jurisprudencia de nuestros Tribunales tampoco ha adoptado una postura uniforme a la hora de pronunciarse sobre la admisión de este tipo de pruebas. Entre otras, se ha permitido la prueba testifical de referencia en la STS de 19 de abril de 2000, en donde la testigo se acogió a la dispensa de declarar en el juicio oral, admitiéndose como prueba inculpativa la testifical de referencia de la persona a la que contó lo que el agresor le había realizado⁸⁸.

Mayor es la jurisprudencia asentada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional que proclama la imposibilidad de que los testigos de referencia puedan suplantar al autor de la declaración si el mismo se encuentra a disposición del Tribunal; entre otras, destacamos las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 y de 10 de febrero de 2009 previamente analizadas, que no admiten la valoración de los testimonios de referencia que declaren haber tomado conocimiento de los hechos a partir de las manifestaciones que hubieren realizado las personas

eximidas de la obligación de declarar, en el supuesto en el que ciertamente decidieron no declarar personalmente en el ejercicio de este derecho, pues no consideran que, cuando la víctima se acoge a la dispensa de no declarar, se trate de un supuesto de imposibilidad material que autorizaría el testigo de referencia.

Sin embargo, en la STS 821/09 de 26 de junio, del mismo ponente⁸⁹ que la de 10 de febrero de 2009, que acabamos de mencionar, se llega a resultados casi antagónicos. En ella se admiten los testimonios de los agentes de policía y de la médico que escucharon a la lesionada contar las agresiones de que fue víctima⁹⁰, manifestando expresamente al respecto que el posterior ejercicio por la lesionada de su derecho a no declarar en el juicio oral contra su pareja no impide en este caso que los testigos de referencia cuenten como tales lo que la agredida les contó y relató voluntariamente, por su iniciativa sin prestar una declaración policial o judicial en sentido propio. Considerando la sentencia que los testimonios de referencia aquí no suplen el testimonio directo de la agresión, pero sí prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquella persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon; y ese hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado, constituye la prueba de cargo que justifica el hecho probado.

Merece un breve comentario la STS núm. 625/07 de 12 de julio de 2007⁹¹, en donde se aclara que es erróneo considerar a las personas que atendieron y auxiliaron a la víctima como testigos de referencia, pues son testigos directos de todo aquello que percibieron con sus sentidos. En todo caso, sólo serán testigos de referencia en lo referido a la autoría de las lesiones. Pero, las circunstancias sobre las que declaran como percibidas con sus sentidos pueden, además, constituir la base de la prueba indiciaria⁹².

En lo que a la doctrina se refiere, ésta también ha expresado pronunciamientos dispares; autores como CABRERA GÁRATE, han se-

ñalado que, si no es lícito utilizar declaraciones sumariales para fundamentar la sentencia cuando la testigo se niega a declarar en el acto del juicio oral, menos lícito sería utilizar la testifical de referencia, relativa a lo que el testigo manifestó a terceros, para fundamentar la condena⁹³, mientras que autores como ORTEGA CALDERÓN sí admiten estas testificales⁹⁴, opinión esta última que compartimos por razones de justicia material que nos inclinan por la permisibilidad de los testimonios de referencia en estos supuestos.

Por último, no queremos dejar de manifestar que la declaración sumarial puede ser una fuente lícita de conocimiento de la que se pueden haber extraído diversos datos o informaciones claves que podrán utilizarse a la hora de valorar los hechos acaecidos. El mero hecho de que la víctima se acoja a su dispensa de declarar, en nada debe interferir en que de dichas declaraciones iniciales, por ejemplo, se citaron a unos testigos que pueden ser llamados a declarar el día del juicio. Sin embargo, la nulidad sí debe extenderse a aquellos casos en los que no se hubiere cumplido el deber de la policía o del juez de informar al testigo sobre su derecho a la dispensa que ostenta. El testimonio en este último supuesto carecería de valor probatorio y, por tanto, se verían afectadas las pruebas derivadas de dicha fuente de conocimiento⁹⁵.

C) EL EMPLEO DE LA VIDEOCONFERENCIA

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla el uso de la videoconferencia en diversos preceptos, fundamentalmente en los artículos 306 LECrim, relativo a la intervención del fiscal por este medio; artículo 731 bis LECrim, a través del cual se permite que el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, y por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en los que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial y, especialmente, cuando se trate de un menor,

pueda acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y, por último, en el artículo 325 LECrim, referido a la fase de instrucción. Asimismo la Ley Orgánica del Poder judicial en su artículo 229.3 de la LOPJ, prevé expresamente el recurso a la videoconferencia en diversas diligencias, tales como las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas⁹⁶.

Son fundamentalmente tres las razones por las que se admite su utilización en el proceso penal. Éstas son: a) De seguridad u orden público, b) De oportunidad y, c) De utilidad. Este último motivo es el que nos interesa en este trabajo, pues se fundamenta en la peligrosidad que puede conllevar para la persona, la concurrencia en la sala el día del juicio, incluyendo aquellos supuestos en los que, de lo que se trata, es de proteger a la víctima en el juicio oral.

Son numerosas las ocasiones en las que la propia intervención de la víctima en el proceso, el revivir el delito el día del juicio oral, etc., puede ocasionar graves perturbaciones a la víctima de violencia de género. Y ello, sin mencionar la posible influencia que puede provocar la presencia del imputado delante de la misma en el juicio, al verse intimidada, afectando con ello a la veracidad de sus declaraciones. Nos estamos refiriendo a lo que los psicólogos denominan “victimización secundaria”, cuando describen el estado psicológico en el que puede encontrarse la víctima del delito al enfrentarse, en sede judicial, ante su agresor o autor del delito. Ante el temor a la confrontación pública y a las posibles represalias, una de las demandas más comunes de la víctima es la de declarar de modo que se evite el enfrentamiento directo con el imputado. Estos trastornos pueden verse mermados con el empleo de la videoconferencia, al no tener que concurrir en la misma sala del juicio que su agresor, por lo que consideramos este mecanismo, el más idóneo y óptimo para lograr que la víctima de violencia de género —que suelen tener pánico

a declarar frente a su agresor— se atreva a hacerlo con mayor tranquilidad al no tener que estar a escasos metros del presunto autor del delito favoreciendo con ello; la prestación de un testimonio en mayor medida fidedigno y libre de tensiones o presiones. Lo que resulta sumamente útil como arma para erradicar los tan comunes temores de dichas víctimas a la hora de declarar en contra de su agresor, amparándose en el artículo 416 LECrim.

La experiencia práctica nos ha demostrado el lógico miedo de las víctimas a reproducir su declaración en el plenario; problema que debe tratar de solucionarse mediante la utilización de mecanismos adecuados que permitan evitar el contacto y la proximidad física no sólo de la víctima y el acusado, sino también, con relación a familiares y amigos del mismo que en muchas ocasiones se encuentran con los testigos en la antesala del Tribunal. Y ello, pese a que el artículo 704 LECrim recoge la “vieja aspiración” de que los testigos estén situados en un local sin comunicación con los que ya hubiesen declarado o con otra persona, pero todos sabemos que en la realidad judicial las cosas son distintas, y los testigos se entremezclan en el pasillo con otros testigos y con familiares y amigos de quien está sentado en el banquillo⁹⁷.

Consideramos que la videoconferencia presenta claras ventajas, al permitir que no se produzca un contacto físico que podría resultar perjudicial y dañino, evitándose de este modo en gran medida la estigmatización de la víctima al no tener que comparecer físicamente ante su agresor, obviando asimismo las posibles rememoraciones de los hechos y sufrimientos padecidos, pudiéndose en estos casos utilizar un sistema de circuito cerrado de televisión (comunicación mediata de un solo sentido, es decir, de la sala virtual al declarante situado en la sala del juicio), o incluso nuevas aplicaciones tecnológicas, como puede ser el sombreado parcial de la imagen impidiendo la confrontación visual entre la víctima y su agresor. De esta manera, parece ser que se protege en mayor medida la espontánea declaración de

las personas, y por ende, una mayor probabilidad de éxito en sus declaraciones.

El empleo de la videoconferencia en las declaraciones testificales debe llevarse a cabo de la siguiente manera: en el juzgado donde se realice la vista, se encontrarán el juez y el resto de partes, que podrán efectuar al testigo que depone por videoconferencia las pertinentes preguntas con contradicción a través de esta tecnología. Para ello, el secretario judicial del juzgado remoto en donde se encuentre el testigo, dará fe de su identificación y corroborará que las preguntas que le ha formulado el tribunal, el Ministerio Fiscal o las partes presentes en el acto, han sido correctamente escuchadas con las debidas garantías por el testigo, así como de las respuestas a tales preguntas en unidad de acto, debiéndose cotejar con las preguntas y contestaciones de las que dé fe el secretario judicial que se encuentra físicamente en la sala del juicio.

Los diferentes principios que deben reinar en el proceso penal, tales como la inmediación, contradicción, publicidad y unidad de acto, no quedarán necesariamente afectados por la utilización de la videoconferencia; sino por la forma en que ésta se lleve a la práctica o se acuerde su ejecución, por lo que cuando se haga con las debidas garantías, no tienen por qué verse afectados tales principios. Las mayores críticas a este sistema se han referido al principio de inmediación. En nuestra opinión, este principio no se ve afectado por el mero hecho de la utilización de los nuevos medios de comunicación; la comunicación a través de la videoconferencia no perjudica el marco normativo exigido por este principio que posibilita una comunicación recíproca entre las partes conectadas, sin obstaculizar la percepción sensorial y donde no encontramos intermediarios en la comunicación, consiguiendo así un diálogo entre los sujetos conectados indudablemente directo, pues con esta tecnología se puede percibir todo lo necesario sin restricciones sensoriales relevantes.

4. PROPUESTAS DE REFORMA

Constatada la práctica diaria de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como en los órganos de enjuiciamiento, Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, la frecuencia con que la víctima de violencia de género se acoge al derecho a no declarar en contra de su cónyuge o pareja, hemos podido comprobar a lo largo del presente estudio la manifiesta disparidad de criterios y pronunciamientos jurisprudenciales en relación con el artículo 416 LECrim, precepto sumamente polémico. Todas las cuestiones, lagunas y problemas que hemos ido analizando, han provocado que diversos operadores jurídicos promuevan la posibilidad de limitar o suprimir la dispensa de declarar de las víctimas de violencia de género, mediante una reforma legislativa de este precepto.

Ya el primer “Informe anual del Observatorio estatal de violencia sobre la mujer”, de julio de 2007, señaló que nos encontramos ante un problema que debe abordarse en las próximas reformas procesales, recordando que el fundamento de la dispensa que se recoge en el artículo 416 LECrim es respetar la solidaridad familiar del testigo respecto del imputado que comete un delito que no atenta a sus bienes jurídicos por tanto, del testigo que no es víctima y ha sufrido la agresión a manos de su esposo y pareja. Lo que ha motivado la reclamación desde diferentes instituciones, de una modificación de este artículo pues, estando en presencia de delitos perseguibles de oficio en los que no cabe el perdón del ofendido, se está dando entrada a ese perdón, cuya única finalidad es la de conseguir la impunidad de los presuntos autores de tan execrables conductas, deviniendo, por tanto, absolutamente ineficaz la protección integral a la víctima que se pretende.

En esta línea, el “Informe del Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley 1/2004, y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica re-

lacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, de enero 2011, propone, entre otras medidas, que no se aplique la dispensa de declarar del artículo 416 LECrim a los testigos que sean víctimas y/o perjudicados por el delito que se persiga; planteando alternativamente, caso de no prosperar la modificación anterior, reformas que permitan la lectura en el juicio de las declaraciones que estas personas víctimas o testigos hayan hecho en la instrucción de la causa y que después se hubieran desdicho. A tal efecto, se plantea la introducción de un artículo 730 bis en la LECrim, que establezca: *“Podrán leerse, también, en el juicio oral, las declaraciones que hubiesen efectuado, en la instrucción de la causa, los testigos víctimas o perjudicados por el delito, que se acogieren en dicho acto a la dispensa de prestar declaración que se establece en el artículo 416 LECrim”*⁹⁸.

Hasta que se lleven a cabo tales reformas, tratar de paliar este problema de manera aislada por la vía punitiva es un error, que conlleva numerosos fracasos⁹⁹. Consideramos de extrema importancia la formación en la materia que deben recibir todos aquellos que intervienen en un proceso por delitos de violencia de género, en aras a que se elaboren estrategias para que las víctimas que llegan a dar un primer paso consigan mantener su denuncia, con el apoyo psicológico necesario, si procede. Compartimos con CASTILLEJO MANZANARES, que lo deseable no es obligar a la víctima a declarar, no permitiéndole acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim, sino que las Administraciones competentes en esta materia incrementen las medidas materiales y humanas de atención a la víctima para evitar que se ampare en este derecho por cuestiones distintas a su voluntad. Por ello, la atención a la víctima desde el mismo momento de su comparecencia en comisaría requiere de una ayuda psicológica y asistencial que evite que más tarde pueda tomar decisiones mediatizadas por su propia situación de víctima¹⁰⁰.

Nos encontramos intensamente preocupados por el silencio cómplice de muchas de las víctimas de violencia de género, basado fundamentalmente en el miedo, así como en la

carencia de recursos económicos y emocionales para independizarse de su agresor. Resulta criticable la postura de determinados Juzgados en los que, cuando la víctima se acoge a esta dispensa, no indagan acerca de las circunstancias que han provocado que la víctima adopte tal postura, desentendiéndose del asunto. Esta pasividad frente a eventuales supuestos de maltrato es peligrosa, pudiendo provocar en la víctima una peligrosa sensación de impunidad del Derecho penal y, en especial, la creencia por parte del agresor de que puede controlar la situación si sabe hacer callar oportunamente a su víctima¹⁰¹.

El acompañamiento por los servicios sociales integrales y multidisciplinares de atención a la víctima tanto en el momento inicial, cuando la mujer se plantea la interposición de la denuncia contra su agresor, como durante toda la tramitación del procedimiento judicial, tal y como prescribe la Ley Integral, contribuye significativamente a que la mujer tome conciencia de las consecuencias de la situación de violencia, reforzándole en su mantenimiento en el procedimiento¹⁰². Consideramos imprescindible la preparación de la declaración de la víctima, no solo por su abogado sino también por especialistas; es decir, psicólogos u otros profesionales que le aconsejen y atiendan. Para ello, tanto el Ministerio Fiscal como el Juez deben informar a la víctima sobre los medios que se encuentran a su disposición para protegerla y preservar su integridad, de modo que permitan que la mujer tome una decisión libre. En todo caso, la actividad investigadora propia de la fase sumarial adquiere una especial relevancia en los delitos de violencia de género. Las diligencias que se practiquen deben realizarse meticulosamente con todas las garantías en previsión de una posible inclusión de las mismas en el juicio oral. Para ello, resulta imprescindible coordinar la actuación de todos los profesionales que intervienen en el proceso.

A modo de conclusión, queremos manifestar que dar respuestas a las dudas planteadas en este estudio *a priori*, puede no resultar conveniente. Lo deseable sería estar al caso concreto, que el juez pudiera asesorarse de las tan ne-

cesarias unidades de valoración integral de la víctima, y estar al corriente de la situación que rodea realmente a la víctima, cerciorarse de las causas que han provocado su silencio el día del

juicio, y con base en ello, tomar la decisión más apropiada: unas ocasiones será recurrir a las declaraciones de la víctima en fase sumarial pero, en muchas otras, tendrá que prescindir de las mismas.

NOTAS

1. “Un estudio andaluz pide modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal para proteger a las víctimas de violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 7705, Sección Hoy es Noticia, 29 Sep. 2011, Año XXXII.
2. Vid. “Análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado y las Audiencias Provinciales en el año 2007, relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex pareja”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, julio 2009. Ya en el Seminario de Fiscales encargados de Violencia de Género del año 2006 se afirmó que el derecho de dispensa contemplado en el artículo 416 de la LECrim, dificulta extraordinariamente la consecución de una Sentencia condenatoria cuando la víctima se acoge a su derecho.
3. Vid. LARRAURI, ELENA, “¿Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias?”, *Las Mujeres y sistema penal (violencia doméstica)*, Euroeditores, Buenos Aires, 2008, pp. 95-132.
4. Sentencia de la AP de Murcia núm. 24/2006, de 15 de marzo (JUR 2006/132679).
5. Además, se añadió que es el Secretario Judicial quien consigna la contestación que diere el testigo a esta advertencia; lo que consideramos que no resulta necesario, pues al Secretario ya le corresponden las funciones de documentación de las actuaciones judiciales.
6. ORTEGA CALDERÓN, “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”, *Diario La Ley*, núm. 6820, 14 Nov. 2007, Año XXVIII, Ref. D-243, p. 1.
7. En un sentido similar, pero en una fase previa del proceso, la LECrim regula la obligación de denunciar a todo aquél que presenciare la perpetración de cualquier delito público (art. 259 LECrim), eximiendo con carácter excepcional a las personas contempladas en los artículos 260, 261 y 263 LECrim. Respecto de la dimensión constitucional de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente, recomendamos la lectura de RODRIGUEZ LAINZ, “Dispensa de declarar contra pariente: (Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre)”, *Diario La Ley*, núm. 7577, 25 Feb. 2011, Año XXXII, Ref. D-89.
8. A su vez, el artículo 418 LECrim señala: “Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416. Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor”.
9. STS núm. 13/2009 (RJ 2009/1383).
10. RJ 1996/9358) y RJ 1996/3698. Ambas sentencias han proclamado el dudoso principio de que este precepto está concebido para proteger al reo y presunto culpable.
11. STS núm. 292/2009, de 26 marzo (RJ 2009/2377).
12. Su fundamento es similar al que subyace en la excusa absolutoria regulada en el artículo 454 del Código Penal para el delito de encubrimiento.
13. Marcó un hito en este sentido la STS núm. 134/2007, de 22 de febrero (RJ 2007/1558) que equiparó la pareja de hecho al matrimonio, al considerar que se encuentra en la misma situación *more uxorio* y que el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos.

14. En la Sentencia núm. 1540/2003 (RJ 2003/9255), se afirmó que, cuando el legislador ha apreciado la conveniencia de asimilar los efectos de las uniones sentimentales estables con los del matrimonio, lo ha establecido así expresamente, como sucede por ejemplo en el artículo 23 del CP (circunstancia mixta de parentesco), artículo 153 del CP (violencia doméstica), artículo 424 CP (atenuación del cohecho) y artículo 454 CP (encubrimiento).

15. STS núm. 292/2009 (RJ 2009/2377).

16. Auto TC núm. 187/2006 (RTC 2006/187).

17. Autores como DE LA FUENTE HONRUBIA, consideran que no debe exigirse la convivencia en relación con la dispensa a no declarar, basándose en dos razonamientos: a) En primer lugar, porque es discutible que, desde el punto de vista de la antijuridicidad material, existan diferencias cualitativas entre el ataque a un bien jurídico personal de un pariente por el hecho de que exista convivencia o no con él. En una sociedad tan heterogénea como la actual, donde la concepción del núcleo familiar es tan distinta a la que existía en el momento de redactarse el artículo 416 LECrim vigente, la convivencia no puede erigirse como un factor determinante para convertir un hecho en delito o para tipificar como un delito más grave lo que antes era un delito menos grave o una falta y, b) En segundo lugar, porque precisamente lo que ampara el derecho a no declarar contra un pariente no debe ser la protección de las relaciones familiares, sino cuestiones estrictas de reprochabilidad individual al testigo, a quien no puede exigírsele declarar en perjuicio de la persona con quien mantiene un vínculo familiar en atención al conflicto moral que se le provocaría. “La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales con el procesado. Perspectiva jurisprudencial actual”, *La Ley Penal*, núm. 68, febrero 2010, p. 3.

18. Respecto a las uniones familiares de hecho, se ha exigido una convivencia marital con voluntad de permanencia, una convivencia “*more uxorio*”, una identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares de las familias fundadas en el matrimonio y una comunidad de vida estable y duradera, en donde el requisito de la convivencia “*more uxorio*” constituye el elemento determinante. Lo cierto es que el legislador en algunos tipos ha equiparado el matrimonio y relaciones estables de análoga relación de afectividad aun sin convivencia —arts. 153, 171, 172, 173, 148 del Código Penal— y en otros, como en los arts. 23 y 454 del Código Penal, no se ha añadido la mención “aun sin convivencia”, tal como sucede con la actual redacción del art. 416 de la LECrim. No puede extenderse la dispensa a las situaciones de noviazgo por no ser una situación análoga al matrimonio. *Conclusiones de Violencia de Género en el curso de formación del CGPJ: “Unificación de criterios en sede de enjuiciamiento”*, 30 de mayo a 2 de junio de 2010 (coord. MAGRO SERVET), conclusiones 24 y 25.

19. Vid. la STS núm. 164/2008, de 8 abril (RJ 2008/1726) en donde se supedita la dispensa a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio y la STS núm. 13/2009, de 20 enero (RJ 2009/1383).

20. STS núm. 17/2010 (RJ 2010/1270).

21. En sede de delitos, violencia de género, surgen problemas cuando la víctima ha solicitado en instrucción la orden de protección, ésta se concede, y luego en el plenario la víctima dice que sigue siendo pareja del imputado, no obstante la vigencia de dicha orden. En principio, en este caso ha de estarse a lo que diga la víctima pues, aunque haya pedido la orden de alejamiento en instrucción, dicha orden no significa la ruptura del vínculo afectivo existente, simplemente significa que durante la instrucción de la causa la víctima quiere estar alejada del imputado, pero puede ser que la víctima, no obstante ello, quiera seguir en el futuro con el imputado, y no dé por rota su relación de afectividad, por lo que el Juez debe advertir de este derecho a la víctima. “¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?”, *La Ley Penal*, núm. 76, noviembre 2010, p. 5.

22. Por su parte, en el V Seminario de Fiscales delegados en violencia sobre la mujer, de noviembre de 2009, se demostró que la aplicación del artículo 416 LECrim no es uniforme en los distintos juzgados y tribunales de nuestro país. A título de ejemplo, dentro del País Vasco, en Álava este derecho se atribuye a toda mujer que tenga vínculo matrimonial o de análoga afectividad con el agresor, con independencia de que el vínculo matrimonial o análogo se encuentre o no roto, mientras que en Vizcaya se concede este derecho a aquellas mujeres, ya sean esposas o parejas de su agresor, que convivan, cuyo vínculo no haya roto al tiempo de su declaración en el juicio oral. A su vez, en Guipúzcoa, la Fiscalía solo admite la dispensa cuando la relación al tiempo de prestar declaración, no se encuentra rota, es decir, exige que el vínculo esté vigente. En Andalucía, por regla general la víctima que denuncia puede acogerse al 416 LECrim en todas las provincias a excepción hecha de un Juzgado de lo Penal de Málaga y Sevilla, etc. Recomendamos la lectura del escrito de conclusiones de este Seminario, al que nos remitimos.

23. Sentencia núm. 292/2009 (RJ 2009/2377).

24. Recuerda esta sentencia, que a estas consideraciones se acercan soluciones como la italiana, en la que, junto a la discutible solución de que la exención se excluya en la ley cuando la persona testigo es denunciante o víctima, el artículo 199 del código procesal extiende la exención de la obligación de declarar al cónyuge o asimilado que lo es o lo ha sido en referencia a los hechos ocurridos durante la convivencia. O la francesa en la que, si bien la exención lo es solamente respecto a la obligación de prestar juramento (art. 448 del Código Penal), admite, no obstante, que se exija declarar si ninguna de las partes se opone, aquella exención rige aun después de la extinción del vínculo, de cualquiera de los acusados en el mismo proceso.

25. STS núm. 459/2010 (RJ 2010/5805).

26. DE LA FUENTE HONRUBIA, “La dispensa del deber de declarar por concurrencia...”, cit., p. 5.

27. MOLINA GIMENO, *Diario La Ley*, núm. 6818, 12 Nov. 2007, Año XXVIII, Ref. D-240, p. 7.

28. STS de 22 de febrero de 2007, núm. 134/2007 (RJ 2007/1558).

29. Ante la habitualidad con la que se acogen las víctimas de violencia de género a esta dispensa, este Grupo en su Informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley 1/2004, propuso la reforma de este artículo, alegando: “*Ni la víctima de violencia de género ni el denunciante de hechos en los que éste resulta perjudicado pueden equipararse al testigo fijado en el art. 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal para los que, en determinados supuestos, se establece una dispensa legal al deber genérico de declarar. La víctima de la violencia de género, específicamente, es un testigo privilegiado respecto de los hechos denunciados, dado que, en un buen número de casos, éstos se ejecutan fuera del alcance de terceros, siendo en bastantes supuestos el lugar de los hechos el domicilio común o el de la propia víctima. Puede entenderse que la presentación de la denuncia respecto a hechos en los que se ostenta la condición de víctima supone ya una renuncia tácita al uso del citado precepto. Hacer uso de los arts. 416 LECrim y 707 LECrim podría suponer un auténtico fraude de ley. Así las cosas, para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas, se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el art. 416 LECrim. que esta dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto*”.

30. MAGRO SERVET, “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la Violencia de Género la dispensa de “declarar contra” sus agresores (art. 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?”, *Diario La Ley*, núm. 6333, 2005, p. 1702.

31. MONTALBÁN HUERTAS propone que se excluyan a las esposas que sean víctimas, manifestando que, cuando en el siglo XIX se aprobó esta norma, el legislador pretendía evitar un dilema familiar; la práctica era informar de este privilegio a las esposas llamadas para declarar en procesos seguidos contra sus esposos por terceros, como estafas o alzamientos de bienes. No cuando era ella la denunciante. “Un fantasma llamado dispensa”, *Diario El País*, de 2 de enero de 2008. Asimismo, CÁMARA MARTÍNEZ, proclama que es incuestionable que debe zanjarse de forma definitiva no sólo el verdadero alcance sino la existencia misma de la dispensa, uno de los principales escollos en la persecución de este tipo de delitos, “Sobre el alcance y futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de la violencia de género”, *Revista de Derecho y procesal penal*, núm. 20, 2008, p. 42.

32. Vid. Primer Informe anual del Observatorio estatal de violencia sobre la mujer, de julio de 2007.

33. Vid. SAP Cuenca núm. 54/2006 de 24 de mayo de 2006 (JUR 2006/206365).

34. El TS ha manifestado que cuando el testigo sea menor de catorce años, no resulta preciso advertirle del contenido del artículo 416 LECrim. STS núm. 1061/2009, de 26 octubre (RJ 2010/112).

35. STS núm. 662/2001 (RJ 2001/3350) y STS núm. 160/2010 (RJ 2010/4057).

36. Se manifiesta a favor de exigir para la validez de la denuncia, la advertencia legalmente prevista en el artículo 416.1 LECrim, la STS núm. 385/2007, de 10 de mayo de 2007 (RJ 2007/3261), que contempla un supuesto en que la denunciante es hermana del acusado y comparece en sede policial para entregar una determinada cantidad de droga que incrimina a su hermano, pero ésta no ha sido advertida por los agentes policiales de la exención legal de hacerlo, por razones de parentesco con el denunciado, entendiendo el Tribunal que no existió denuncia propiamente dicha, por ser

radicalmente nula, al contrariar el artículo 238 LOPJ, y determinar los efectos reflejos del artículo 11.1 de la misma, pues afectaba al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

37. En este sentido, *Propuesta de Modificación legislativa de los arts. 416 y 418 LECrim*, Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, Federación de Mujeres Progresistas.

38. En sentido similar se pronunció la STS núm. 1225/2004, de 27 de octubre (RJ 2004/6857), en la que declaró espontáneamente ante la policía una hija sobre la violación que sufrió a manos de su padre y el Tribunal concluyó que la falta de advertencia de la dispensa de declarar contra su padre prevenida en el artículo 416.1º LECrim era superflua y ninguna indefensión provocó en el acusado.

39. STS núm. 294/2009 (RJ 2009/2816), que manifiesta que, aunque no se prevea expresamente, este deber de instrucción en los supuestos de denuncia de parientes comprendidos en el art. 261 LECrim, ha de entenderse exigible también aquí, por la identidad de razón que fundamenta la dispensa en ambos casos.

40. En un sentido casi idéntico, se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 94/2010 de 15 noviembre (RTC 2010/94), en donde concluye que: “*A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECrim resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad*”.

41. Al respecto, señala BARRIENTOS PACHO, debe ser tratado el defecto como un motivo de infracción formal, de un precepto procesal, con efectiva indefensión para la parte interesada en el testimonio, colocando al proceso en una situación equivalente a la de una testifical no practicada a pesar de haber sido propuesta y admitida para el juicio; lo que llevará aparejada la nulidad el juicio mismo y la retroacción del proceso al momento de la celebración del juicio, para su repetición completando todas las exigencias formales que deben rodear la práctica de esa prueba testifical. “Denuncia y testimonio entre cónyuges o parientes sin advertencia previa de la «dispensa» legal. Validez y eficacia en juicio”, *Diario La Ley*, núm. 7430, 23 Jun. 2010, Año XXXI, Ref. D-206, p. 3.

42. STS núm. 13/2009 (RJ 2009/1383). En este sentido viene ya pronunciándose el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias tales como: Caso Kostovski contra Países Bajos, sentencia de 20 noviembre 1989 (TEDH 1989/21); Caso Windisch contra Austria. Sentencia de 27 septiembre 1990 (TEDH 1990/21); Caso Delta contra Francia. Sentencia de 19 diciembre 1990 (TEDH 1990/30) y, Caso Isgro contra Italia. Sentencia de 19 febrero 1991 (TEDH 1991/23). Señala el TEDH que en aquellas situaciones en las que se ha faltado a la advertencia en la instrucción, el acusado no ha sido procesado con un proceso justo, violándose por tanto el artículo 6.1 del Convenio sobre Derechos Humanos. Si bien ninguna de estas sentencias se refiere a testigos que se nieguen a declarar en juicio por razón de parentesco, sí fundamentan la tesis de que en el supuesto en el que el testigo pariente se niega a declarar en juicio, no será posible dar lectura y valorar las declaraciones en la instrucción si previamente no fue informado de su derecho a no declarar.

43. RJ/2010/4057.

44. STS núm. 662/2001 (RJ 2001/3350) y STS núm. 294/2009 (RJ 2009/2816), en donde se anula una diligencia de entrada y registro de un domicilio, derivada de la declaración de la víctima sin la debida instrucción mencionada, manifestando el Tribunal que: “*El conocimiento existe obviamente, pero no pertenece a una investigación policial lícita. Por tanto no puede servir esa investigación para sobre ella interesar una diligencia de entrada y registro. Esta diligencia exige resolución judicial motivada, sobre la base de indicios objetivos, fruto de una investigación*”.

45. Sentencia núm. 292/2009 de 26 marzo (RJ 2009/2377).

46. En este sentido, HURTADO YELO, “¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim...”, cit., p. 7. Al respecto, manifiesta este autor que si bien se dice que en estos casos la víctima está influenciada por el agresor, que le coacciona para que mantenga en declaraciones posteriores su silencio. Ello puede ser cierto en algunos casos, lo que debe probarse y después castigarse al imputado-agresor que actúa así. Pero, al margen de dichas apreciaciones, la víctima que es testigo de los hechos es una persona dotada de inteligencia y voluntad, no tiene privada su capacidad de discernimiento, ni la tiene mermada, y por lo tanto, tiene total autonomía para decidir si declara o no contra el imputado-agresor.

47. “La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 26, 2009, p. 133.
48. “Denuncia y testimonio entre cónyuges...”, cit., p. 7.
49. Sentencia núm. 319/2009 (RJ 2009/3062).
50. Sentencia núm. 385/2007 (RJ 2007/3261). Vid. asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 644/2006 de 28 septiembre (ARP 2006/611) que declarar expresamente: “*La víctima de la violencia de género, quien, una vez que ha formulado una denuncia ante una comisaría o un juzgado de instrucción contra una persona que guarda con ella una relación de parentesco incluida en dicho precepto, con su acción muestra de forma inequívoca y concluyente la renuncia a la facultad que le confiere aquél precepto*”.
51. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de...”, cit., p. 1701 y 1702.
52. “La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género”, *Violencia de género y sistema de Justicia penal* (coord. VILLACAMPA ESTIARTE), Tirant monografías, Valencia, 2008, p. 327.
53. SAP Lleida núm. 540/2004 (JUR 2005/35453).
54. “La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales...”, cit., p. 8.
55. Tengamos en cuenta que la declaración de la víctima ante la Policía ostenta el mero valor de denuncia pero, si se ratifica ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ya estaremos ante una declaración judicial amparada por los artículos 714 y 730 LECrim.
56. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 206/2003, de 1 diciembre (RTC 2003/206).
57. Entre otros, DE LA FUENTE HONRUBIA, “La dispensa del deber de declarar por concurrencia...”, cit., p. 6. Y HERRERO YUSTE, “Violencia de género y art. 416 de la LECrim”, *La Ley Penal*, núm. 24, 2006, p. 70.
58. Vid. STS núm. 1065/2005 de 21 septiembre (RJ 2005/7078).
59. Vid. STS núm. 1885/2000 de 27 noviembre (RJ 2000/9773), que recuerda que esta postura cuenta con precedentes jurisprudenciales incluso de época preconstitucional en los que se estableció la improcedencia de leer la declaración sumarial en el acto del juicio oral, y la ilicitud de utilizarla para fundar la sentencia cuando personas incluidas en los casos de los artículos 416 a 418 LECrim, hacen uso en el juicio oral de su derecho a no declarar (sentencias de 13 de noviembre de 1885 y 26 de noviembre de 1973 [RJ 1973, 4574]). Resulta asimismo interesante la SAP de La Rioja núm. 4/2007 de 12 enero (JUR 2007/81810) que distingue entre el supuesto de rectificación o retractación con el silencio; no permitiendo la lectura de las declaraciones del testigo en el plenario cuando el testigo comparece en el juicio oral y se acoge a la dispensa legal.
60. Sentencia núm. 31/2009 (RJ 2009/1389).
61. Sentencia núm. 129/2009 (RJ 2009/446).
62. De hecho, esta declaración sería objeto de valoración si el testigo fallece con anterioridad al juicio oral aunque se hubiera propuesto hacer en él uso de la dispensa o, simplemente, se limita a no comparecer, o se ausenta convirtiendo su paradero en ignorado porque piensa que así favorece al acusado. ESCOBAR JIMÉNEZ, “La facultad de no «declarar contra» determinados familiares en el proceso penal (art. 416.1º LECrim.)”, *Diario La Ley*, Nº 7301, 11 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-383, p. 10.
63. JUR 2007/11.
64. SAP de Castellón núm. 150/2006, de 12 abril (JUR 2006/262747).
65. GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, “Retractación de una víctima en un caso de violencia de género: análisis de la sentencia TS de 25 de enero de 2008”, *La Ley Penal*, núm. 53, octubre 2008, p. 10.

66. STS núm. 159/2007 (RJ 2007/3182). Vid. asimismo, STS núm. 1587/1997, de 17 diciembre (RJ 1997/8770).
67. STS núm. 95/2010 (RJ 2010/1463), que afirma: “*La víctima es libre de mantener o no, sus declaraciones anteriores, y si no lo hace, ni existe una situación de imposibilidad de declarar (ex art. 730), ni de contradicción (ex art. 714) con lo ya declarado, por lo que no es la posible la “reintroducción en el plenario” por esa vía indirecta*”.
68. SAP de Castellón, núm. 391/2006 (JUR 2007/76488).
69. Como ocurre en la STS núm. 203/2007, de 13 marzo (RJ 2007/2139).
70. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1993, de 1 de marzo (RTC 1993/76). Vid., la Sentencia del TEDH, Caso Unterpertinger, de 24 noviembre 1986 (TEDH 1986/14), en donde el TEDH, para proteger a un testigo evitándole problemas de conciencia, considera que un precepto que le autorice a no declarar en determinados casos no infringe el artículo 6.1 y 3 d) del Convenio.
71. Así lo ha admitido la SAP de Lleida núm. 540/2004, de 29 de noviembre (JUR 2005/35453).
72. ESCOBAR JIMÉNEZ, “La facultad de no «declarar contra»...”, cit., p. 11.
73. FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2009, p. 145. Como ha manifestado RODRÍGUEZ LAINZ, la diferencia con el testigo en paradero desconocido o respecto del que hay importantes dificultades prácticas o jurídicas para ser citado o presentado no supone un abismo difícil de superar incluso en el seno de nuestro actual sistema procesal basado en la casi absoluta preponderancia de la prueba practicada con plenas garantías de oralidad y contradicción en sede de plenario. En ambos supuestos hay una razón justificada que impide la práctica de la prueba y que, en definitiva, se muestra como fundamento para permitir la reproducción en el plenario de una actuación de investigación que ya fue sometida a la garantía procesal de la contradicción y que puede entrar en el debate procesal con su sola reproducción. “En torno a la evolución normativa y jurisprudencia de la dispensa de declarar en contra de pariente”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, jurisprudencia, Legislación*, núm. 46, 2010, p. 54.
74. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1985, de 10 mayo (RTC 1985/62).
75. Así lo ha recogido nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en su STS de 4 de febrero de 1997 (RJ 1997/1380).
76. Le parece preocupante a este autor la proliferación de voces a favor de la lectura de la declaración en instrucción en estos casos; parece como si quisiéramos olvidar principios básicos del Derecho penal, con el fin de conseguir el castigo del, en ese momento, presunto culpable. “¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?”, cit., p. 10.
77. “La prueba testifical. Reflexiones sobre las garantías a la luz de la nueva corriente jurisprudencial: el artículo 730 en relación al 416.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2009 (BIB 2009/315), p. 20.
78. Sentencia núm. 165/2007 (RP 2007/637).
79. “Retractación de una víctima en un caso de violencia de género: análisis de la...”, cit., p. 9.
80. Sentencia núm. 58/2008 (RJ 2008/1563), que señala expresamente: “*No es posible una interpretación que posibilite la impunidad, por razones de un entendido rigor procesal, que bien mirado entraña en ciertas ocasiones un fraude procesal ex art 11 LOPJ urdido precisamente por el acusado, y que de paso posterga ciertas y auténticas posibilidades procesales (art. 714, art. 730 LECrim) de tener en cuenta el testimonio practicado un día en que la víctima se sintió con fuerzas para tratar de poner fin a su situación*”.
81. Sentencia núm. 150/2006 (JUR 2006/262747).
82. JUR 2011/312209.
83. Vid., entre otras, STS núm. 1106/2005, de 30 septiembre de 2005 (RJ 2005/7157). Al respecto, ORTEGA CALDERÓN, considera que, *mutatis mutandis* se trata de la misma posición del acusado que, autoincriminándose con asistencia de letrado en el atestado inicial, se retracta o simplemente se acoge con posterioridad a su derecho a no

declarar. En tales hipótesis por definición, al igual que en el supuesto que se analiza, el acusado está a disposición del Tribunal, procediendo a ejercitar su derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a guardar silencio, consagrado en el art. 24 CE. Si la introducción de las declaraciones autoincriminatorias válidamente prestadas en el atestado se admite por los órganos jurisdiccionales, aunque implique vaciar de contenido un derecho fundamental con reconocimiento y formulación constitucional, debe admitirse la misma conclusión respecto de la dispensa a parientes de la obligación de declarar en tanto que derecho reconocido constitucionalmente pero remitido a su configuración legal ulterior. “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”, cit., p. 11.

84. STS núm. 1276/2006 (RJ 2007/387).

85. ESCOBAR JIMÉNEZ, “La facultad de no «declarar contra»...”, cit., p. 13.

86. RTC 1989/217.

87. RTC 1993/303.

88. STS núm. 711/2000, de 19 abril (RJ 2000/3714). Vid. asimismo, la SAP de Cáceres núm. 64/2005, de 9 mayo (JUR 2005/113045), que se cuestiona si constituye el supuesto del art. 416 uno de los casos en que, a falta de prueba testifical directa, se puede acudir al testimonio de referencia como prueba susceptible de desvirtuar por sí sola la presunción de inocencia. Concluyendo que la falta de voluntaria declaración en el plenario debe entenderse como un supuesto de imposibilidad a los efectos de considerar prueba suficiente el testimonio de referencia, sin perjuicio de su valoración como toda testifical única. También se proclama una sentencia condenatoria en un supuesto en el que la víctima se acoge a su dispensa a no declarar y se acude a los testigos de referencia en la SAP de Alicante núm. 584/2008, de 16 de septiembre (JUR 2009/28830).

89. Ponente: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.

90. En este caso, en las dos ocasiones la lesionada por sí misma contó voluntariamente la agresión sufrida a quienes estaban con ella. En la primera agresión, a la médico que la atendió y a los agentes de Policía que a petición de la doctora acudieron al centro de salud. En la segunda ocasión los agentes, acudieron al domicilio familiar, donde la solicitante del auxilio también narró lo que acababa de ocurrirle, al ser agredida por su compañero.

91. RJ 2007/5109.

92. El Tribunal estimó que las declaraciones testificales probaron la huida de la mujer del domicilio, las lesiones graves que presentaba, el pedido de auxilio en forma desesperada, el estado de pánico en el que se encontraba al abandonar precipitadamente el domicilio, etc. Todas estas circunstancias constituyen indicios que han sido constatados por prueba testifical directa. A ello se agrega que la presencia de la víctima durante varios días en el domicilio del acusado ha sido reconocida por éste. Estos indicios autorizan a inferir la autoría de las lesiones de la víctima y, sobre esta base, inculpar al acusado.

93. “Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la víctima de violencia de género”, *Revista jurídica de Canarias*, número 2, 2006, p. 27.

94. ORTEGA CALDERÓN, “La superación procesal del ejercicio por la víctima...”, cit., p. 11.

95. RODRÍGUEZ LAINZ, “Dispensa de declarar contra pariente...”, cit., p. 56.

96. Además, los artículos 448 y 707 LECrim, prevén que el menor de edad testigo pueda declarar a través de cualquier medio técnico o audiovisual en aras a evitar la confrontación visual con el acusado.

97. MAGRO SERVET, “La imposibilidad de conceder a las víctimas...”, cit., pp. 1699-1700.

98. Disponible en: <http://www.malostratos.org/images/pdf/011/011%20informe%20CGPJ.pdf>. Ya en el Seminario del CGPJ: “Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la mujer” se señaló: “La reforma legislativa en este punto se estima como estrictamente necesaria para evitar que, lejos de ofrecer una protección al testigo, se convierta en muchos casos en un nuevo recurso de presión hacia la víctima del que dispone el agresor para poner fin al

procedimiento seguido contra él. La víctima no sólo de la violencia de género, sino de cualquier delito, debería ser excluida de la dispensa de prestar declaración del precepto procesal citado. Estimándose conveniente, igualmente, que en tales supuestos, se exima a la víctima de la posibilidad de ser perseguidas por un delito de falso testimonio cuando declare a favor del acusado”.

99. Es por ello que MARTÍNEZ GARCÍA considera que hay un gran tanto por ciento de mujeres que quieren continuar la relación de afectividad denunciada, aunque es verdad que, habiéndose roto en ambos supuestos el equilibrio exigido entre hombre y mujer en la relación de pareja por la Constitución, la situación de ambas es enteramente distinta. Es aquí, en este margen, donde la mediación puede tener un sentido a la hora de resolver el conflicto real, a parte del jurídico. La mediación penal puede ser en estos casos una forma de evitar “victimizaciones reiteradas de esa mujer”, al ser una forma activa de participar en el proceso, trasladando al proceso sus inquietudes y necesidades, lo que ayuda a prevenir nuevos riesgos, facilitando su diagnóstico, evita nuevos episodios y se eligen medidas más adecuadas. “Mediación penal y violencia de género: ¿Es posible y/o adecuada su aplicación?, *Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Jornada con ojos de Mujer*, Aranzadi 2011.

100. “La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de...”, cit., p. 138.

101. GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, “Retractación de una víctima en un caso...”, cit., p. 10.

102. Vid. Themis, Asociación de mujeres juristas, “Conclusiones Finales acerca del Tratamiento judicial Violencia de género en el ámbito de la pareja”, días 19 y 20 de noviembre de 2010.

Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2011
Recibido con modificaciones: 5 de abril de 2012
Fecha aceptación: 26 de abril de 2011

THE REGULATORY AUTHORITY OF THE GENERAL COUNCIL OF THE JUDICIARY, AND THE REGULATION OF THE MARKET FOR REUSE OF LEGAL RULINGS

RESUMEN

De forma paulatina pero constante, el Consejo General del Poder Judicial ha ido ampliando el alcance de su potestad reglamentaria. Ocurre que una reciente sentencia del Tribunal Supremo ha puesto límite a esa dinámica expansiva, al declarar que el CGPJ es incompetente para aprobar un reglamento sobre el mercado de reutilización de resoluciones judiciales.

PALABRAS CLAVE

Órganos constitucionales. Potestad reglamentaria. Regulación de mercados económicos.

ABSTRACT

Gradually but steadily, the General Council of the Judiciary has been expanding the scope of its regulatory powers. A recent Supreme Court decision has put a limit on this dynamic of expansion, stating that the Council has no jurisdiction with respect to passing a regulation on the market for reuse of legal rulings.

KEY WORDS

Constitutional bodies. Regulatory authority. Regulation of economic markets.

LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Y LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE REUTILIZACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

David Blanquer Criado

Ltrado del Consejo de Estado
Catedrático de Derecho Administrativo (UJI)

Sumario: 1. La ley de Boyle y Mariotte, y la potestad reglamentaria. 2. El deslinde de las materias que pueden ser objeto de reglamentación en el entorno del poder judicial. 3. Evolución del alcance de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial. A) Introducción. B) La Ley Orgánica 1/1980. C) La Ley Orgánica 6/1985. D) La Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986. a) La ausencia de una potestad reglamentaria implícita del CGPJ para regular materias "ad extra". b) El respeto de la independencia judicial, y la inadecuación de la potestad reglamentaria del Gobierno. E) La Ley Orgánica 16/1994. a) Introducción. b) La potestad reglamentaria del Gobierno estatal o los autonómicos. c) La potestad reglamentaria del CGPJ. F) La Ley Orgánica 19/2003. 4. Algo sobre la reutilización de los documentos públicos. A) La Ley 37/2007. B) El Reglamento de reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales aprobado por el CGPJ el 28 de octubre de 2010. 5. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2011. A) Advertencia preliminar. B) El planteamiento de las empresas recurrentes. C) El planteamiento de la Abogacía del Estado. D) El criterio del Tribunal Supremo. a) Las cuestiones domésticas o «internas», y las cuestiones «externas». b) Las normas que «regulan» una materia, y las que sólo «afectan» a esa misma materia. c) La «difusión» de resoluciones judiciales, y su eventual «reutilización». 6. Una reflexión complementaria sobre el futuro. Nota bibliográfica.

1. LA LEY DE BOYLE Y MARIOTTE, Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Tanto la potestad reglamentaria de los órganos constitucionales, como el poder norma-

tivo de las Administraciones Independientes (también llamadas Autoridades Reguladoras), ha sido una materia abierta a la controversia doctrinal o académica y que, con el transcurso del tiempo, ha ido evolucionando al hilo de los cambios legislativos, o de los sucesivos

pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional¹.

Algunos consideran que se trata de una cuestión gaseosa, en el sentido de que la potestad reglamentaria de algunas instituciones públicas está inevitablemente abocada a ratificar la ley de Boyle y Mariotte. Como es sabido, en el ámbito de la física esa ley explica que, si no están sometidos a presión, los gases tienden a expandirse hasta ocupar todo el espacio del que disponen; si se introduce alguna dosis de presión, disminuye el volumen ocupado por el gas.

Cabe pensar que lo mismo ocurre con la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), que ha encontrado en una reciente sentencia del Tribunal Supremo, un importante límite a su tendencia natural a expandirse ilimitadamente, con la ambición de asumir alguna dosis de poder, incluso en ámbitos que desbordan sus importantes funciones constitucionales.

Conocer con certidumbre cuál es el alcance máximo y los límites del poder normativo de un órgano constitucional o de relevancia constitucional, es una labor imprescindible para cualquier Estado de Derecho. Aquí interesa centrarse en el análisis del poder reglamentario del Consejo General del Poder Judicial (artículo 122 CE)², que es el órgano constitucional de gobierno del poder judicial a quien, entre otras funciones, corresponde la de salvaguardar la independencia de los jueces y magistrados que integran ese poder.

Mientras que de forma expresa la Constitución atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria (artículo 97 CE), no sucede lo mismo respecto al CGPJ (artículo 122 CE). Esa circunstancia permite diferenciar una potestad constitucionalmente originaria (que el Gobierno ostenta siempre y aunque algunas leyes no se la confieran expresamente); y otra de carácter derivativa pues, en línea general de principio, el CGPJ sólo tiene la potestad reglamentaria para regular una materia cuando esa competencia le sea expresamente atribuida por las leyes³. Del simple hecho de que la Consti-

tución se refiera al Consejo General del Poder Judicial, no se deriva la consecuencia de una implícita habilitación a ese órgano para aprobar normas reglamentarias sobre cualquier materia.

Especialmente delicada y compleja es la triple labor de deslinde de las competencias normativas del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), del Gobierno de la Nación, y de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas⁴, en materias sobre:

- (i) «Administración de Justicia»;
- (ii) «Poder Judicial»; y,
- (iii) «Gobierno del Poder Judicial».

La duda central que aquí se plantea es si el CGPJ puede ir más allá de esos dos últimos ámbitos, hasta el extremo de aprobar una norma reglamentaria que establezca el estatuto jurídico aplicable a los operadores que participan y compiten en un mercado económico (materia que es totalmente ajena a la independencia de los jueces y magistrados que forman parte del poder judicial).

El origen de esta reflexión es la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2011, por la que se anula un reglamento aprobado por el Consejo General del Poder Judicial, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales (en lo sucesivo, el asunto de «la reutilización de sentencias»). El eje central de ese pronunciamiento versa sobre el alcance y límites de la potestad reglamentaria del CGPJ, en esta ocasión, ejercida en una materia que afecta a la libertad de empresa (artículo 38 CE).

Para aproximarse a esa cuestión, no es impertinente apuntar que son los jueces y magistrados que forman parte del poder judicial quienes redactan las sentencias y la mayoría de las resoluciones. Tras la reforma de la oficina judicial, la competencia para dictar algunos autos se atribuye a los secretarios que, en rigor, no forman parte del «poder judicial», sino de la «administración de justicia».

En cualquier caso, es claro y evidente que la autoría de las sentencias y otras resoluciones judiciales no es imputable al CGPJ. En buena lógica institucional, tampoco ese órgano constitucional es el dueño o titular de los documentos en que se formalizan esas resoluciones. Aunque, como luego se explica, la creación de esos textos esté excluida del régimen de propiedad intelectual, en términos psicológicos, en el inconsciente colectivo de ese órgano constitucional, subyace la idea de que la reutilización de resoluciones judiciales es una cuestión que afecta a sus propios intereses particulares.

Sucede que, no ostentando ese Consejo la titularidad de las resoluciones judiciales en concepto de dueño, tampoco ostenta una titularidad fiduciaria; pues a ese respecto el CGPJ no es un gestor de negocios ajenos; como ha declarado el Tribunal Constitucional, el CGPJ no ejerce la representación de los intereses institucionales del poder judicial².

Ahora bien, no cabe ignorar que el CGPJ desarrolla un importante y laborioso trabajo de recopilación, ordenación y difusión de esas resoluciones judiciales; pues bien, lo que se plantea es si basta esa circunstancia de la carga de trabajo soportado para hacer efectiva la «difusión» general del contenido de las resoluciones generales, para aceptar que el CGPJ puede regular el estatuto jurídico de las empresas que incluyen esas resoluciones en sus bases de datos, a pesar de que no haya una norma con rango de ley que expresamente le confiera potestad reglamentaria en esa materia. Como después se expone, a esos efectos resulta fundamental distinguir la incuestionable competencia del CGPJ en materia de «difusión» de sentencias, y la inexistente potestad para ordenar el mercado de «reutilización» de resoluciones judiciales.

2. EL DESLINDE DE LAS MATERIAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE REGLAMENTACIÓN EN EL ENTORNO DEL PODER JUDICIAL

Como es sabido, el CGPJ es un órgano constitucional que gobierna al poder judicial; ahora bien, el CGPJ no forma parte del poder judicial, que está únicamente integrado por los jueces y magistrados que ejercen la función jurisdiccional. No está de más recordar que el poder judicial es independiente no sólo del Gobierno de la Nación, sino también del propio CGPJ.

Por tanto, no se trata de analizar aquí la potestad reglamentaria del poder judicial, sino de examinar el poder normativo del CGPJ sobre las materias en las que ostenta competencia, y trazar la frontera con las materias que desbordan su ámbito competencial. Como después se expone con más detalle, las claves del litigio resuelto por la STS de 28 de octubre de 2011, son:

(i) por un lado, destacar la distinta incidencia de una norma sobre unas u otras materias (pues en ocasiones el reglamento las «regula» directamente, y otras veces sólo tiene un impacto colateral, como sucede cuando «afecta» a esa materia); y,

(ii) por otro lado, la identificación de tres ámbitos materiales (las cuestiones domésticas o internas del órgano constitucional de gobierno del poder judicial, las cuestiones domésticas o internas sobre el poder judicial, y las cuestiones que son externas a esas dos materias).

Para seguir avanzando en esa acción de deslinde, promovida para aportar certidumbre y seguridad sobre el trazado de la línea divisoria de las competencias normativas que se atribuyen al CGPJ, y las que corresponden a otros poderes públicos, conviene apuntar la diferencia entre los siguientes escenarios o ámbitos de actuación:

Ámbitos materiales			
Poder Judicial	Gobierno del Poder Judicial	Administración de Justicia	Administración de la Administración de Justicia

Por un lado, está el «poder judicial», únicamente integrado por los jueces y magistrados, que son quienes, en ejercicio de la función jurisdiccional, dictan todas las sentencias, y la mayoría de las otras resoluciones judiciales.

Fuera del poder judicial, pero junto a él está el CGPJ, como órgano constitucional de «gobierno del poder judicial», que tiene como misión fundamental velar por la independencia de los jueces y magistrados. Ahora bien, el CGPJ no monopoliza en exclusiva las labores de gobierno y administración del poder judicial, pues algunas de esas funciones recaen sobre los jueces decanos, las juntas de jueces, o las salas de gobierno de los tribunales colegiados.

En tercer lugar, hay que mencionar a la «administración de justicia», integrada por los secretarios judiciales y los demás empleados públicos que prestan sus servicios en las oficinas judiciales.

La ordenación y gestión de esos recursos humanos de tanta importancia práctica, y de los medios materiales que utilizan, es lo que convencionalmente se denomina «administración de la administración de justicia», labor que corresponde tanto al Gobierno de la Nación, como al Gobierno de las Comunidades Autónomas.

Pues bien, el CGPJ tiene potestad reglamentaria tanto en materia de «gobierno del poder judicial», como en lo que atañe a algunas cuestiones secundarias del estatuto personal de los jueces y magistrados que son los únicos miembros el «poder judicial». En cambio, el CGPJ no puede dictar normas que se refieran única y exclusivamente a la «administración de justicia».

Una segunda cuestión de interés sobre la potestad reglamentaria del CGPJ es la referida al «gobierno del poder judicial». Como ya se ha anticipado, en esa materia, el CGPJ no ostenta un monopolio, sino que también se atribuyen algunas funciones a los jueces decanos, las juntas de jueces, o a las salas de gobierno de los tribunales colegiados. Pues bien, aunque no hay una atribución expresa de esa potestad,

lo cierto es que, para dirigir jerárquicamente la actuación de esos otros órganos de gobierno judicial, el CGPJ dicta instrucciones que son de obligado cumplimiento para los jueces decanos o las salas de gobierno de los tribunales colegiados. Aunque esas instrucciones no son normas que se integren en el ordenamiento jurídico, su eficacia vinculante no se agota o extingue después de su primera aplicación, sino que pervive a lo largo del tiempo. Sin perjuicio del extraordinario interés práctico y académico de esa potestad del CGPJ de dictar instrucciones jerárquicas de carácter general y de eficacia vinculante indefinida⁶, para no desviarnos en exceso del comentario de la STS de 28 de octubre de 2011, la dejaremos en el tintero para otra ocasión.

Por otro lado, cabe plantear si el CGPJ también tiene potestad normativa para reglamentar «cuestiones mixtas», así denominadas por referirse a materias que se aplican, tanto a los miembros del «poder judicial», como a quienes forman parte de la «administración de la justicia»; por ejemplo, así puede suceder respecto a una norma que regule el uso indistinto de ordenadores y bases de datos por las personas que forman parte de cualquiera de esos colectivos.

Finalmente, en el litigio resuelto por la STS de 28 de octubre de 2011, se plantea si, aunque no exista cobertura legislativa expresa, el CGPJ puede aprobar una norma reglamentaria que establezca el estatuto jurídico aplicable a unos empresarios, a los que compiten en el mercado de explotación de bases de datos jurídicos, y regule el vínculo jurídico que liga a esas compañías con el CGPJ. Pese a que la norma no regula de forma completa y agotadora todas las cuestiones que plantea ese mercado (pues deja al margen las relaciones entre esas empresas y los usuarios que contratan sus servicios), establece de forma bastante detallada el estatuto de las compañías que ofrecen esos servicios de información jurídica, siempre y cuando permitan la reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

3. EVOLUCIÓN DEL ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

A) INTRODUCCIÓN

Una vez descritos esos ámbitos materiales, para avanzar en el estudio de la potestad reglamentaria del CGPJ y sus límites, resulta indicado hacer un breve repaso al sucesivo devenir de esa cuestión. Desde la primera Ley Orgánica 1/1980 que reguló al Consejo General del Poder Judicial, hasta la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (en la versión que resulta después de las reformas introducidas por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre), la normativa aplicable ha evolucionado en una dirección de constante ampliación del alcance de la potestad reglamentaria, y en paralelo, de incremento del grado de concreción material en sede legislativa de los específicos ámbitos susceptibles de ser regulados o afectados por las normas reglamentarias que apruebe este órgano constitucional.

B) LA LEY ORGÁNICA 1/1980

Una vez aprobada la Constitución, la primera regulación del CGPJ se estableció por la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero. Sobre la materia que aquí interesa, el artículo 5 de esa Ley Orgánica 1/1980 estableció lo siguiente:

“El Consejo General del Poder Judicial podrá dictar Reglamentos sobre su organización y funcionamiento, así como sobre el régimen del personal y servicios y demás materias de su competencia dentro del ámbito de la presente Ley. Estos Reglamentos, que deberán ser aprobados por el Pleno del Consejo General por mayoría de tres quintos de sus miembros, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado autorizados por su Presidente”.

A la vista de esa disposición, parece claro que en su estricta literalidad el precepto únicamente atribuye la potestad reglamentaria en relación a cuestiones internas o domésticas del propio CGPJ, como órgano de gobierno del Poder Judicial (PJ). Dicho en otros términos, ese precepto legal ni atribuye potestad reglamentaria sobre el PJ o en cuestiones sobre el

estatuto de los jueces y magistrados; tampoco en materia de administración de justicia, ni atribuye ese poder normativo en relación a cuestiones que sean externas tanto respecto al CGPJ, como al PJ.

Ahora bien, no cabe ocultar aquí que en su momento fue una cuestión abiertamente controvertida, pues algunos interpretaban ese artículo 5 distinguiendo dos ámbitos: (i) el interno referido, tanto a la organización y funcionamiento del CGPJ, como al régimen de su personal y servicios; y (ii) el externo, que se proyectaba sobre las “*demás materias de su competencia*” dentro del ámbito de esa Ley Orgánica 1/1980.

Pese al gran interés académico de unas y otras opiniones, lo cierto es que no hubo pronunciamientos del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo a ese respecto. En la práctica, las normas reglamentarias en su día aprobadas por el CGPJ al amparo de la Ley Orgánica 1/1980 eran de carácter interno o doméstico⁷.

C) LA LEY ORGÁNICA 6/1985

No mucho tiempo después, se aprobó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (del Poder Judicial), que para su desarrollo atribuía potestad reglamentaria, tanto al Gobierno de la Nación, como al propio CGPJ.

Prima facie, y a la vista de la estricta literalidad del artículo 110 de la LOPJ 6/1985, el alcance de la atribución de la potestad reglamentaria al CGPJ no había experimentado ninguna ampliación respecto a lo originariamente establecido en la LO 1/1980. Es más, después de esta reforma, aparentemente quedaba todavía más claro que al CGPJ sólo se le atribuía una potestad reglamentaria en su ámbito interno o doméstico (pues desapareció la referencia adicional a las “*demás materias de su competencia*”). Efectivamente, a tenor de lo establecido en el mencionado artículo 110 de la LOPJ 6/1985:

“El Consejo General del Poder Judicial podrá dictar Reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento en el marco de la legislación sobre Función Pública. Estos Reglamentos, que deberán ser aprobados por el Pleno del Consejo General por mayoría de tres quintos de sus miembros, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado, autorizados por el Presidente”.

Ahora bien, el CGPJ no monopoliza la potestad reglamentaria para desarrollar la Ley Orgánica del Poder Judicial. De forma genérica y sin concretar las materias a las que se refiere, la disposición adicional primera de esa misma LOPJ 6/1985 atribuye al Gobierno de la Nación la potestad reglamentaria para desarrollar esa ley: *“Así mismo y en idéntico plazo [1 año], el Gobierno aprobará los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica”*.

D) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 108/1986

Al aprobarse la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, se interpuso por un grupo de diputados del Congreso un recurso de inconstitucionalidad, que fue resuelto por la Sentencia 108/1986, de 29 de julio.

Una de las regulaciones combatidas fue la relativa al alcance de la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación para desarrollar materias reguladas en la citada ley orgánica. Según los recurrentes, choca con la Constitución la decisión de atribuir indiscriminadamente al Gobierno la potestad reglamentaria sobre el Poder Judicial pues, según su opinión, de la Constitución se infiere que hay una atribución implícita de esa potestad al Consejo General del Poder Judicial. Por decirlo con mayor claridad, según el criterio de los diputados recurrentes, al Consejo General del Poder Judicial le corresponde tanto la potestad reglamentaria en el ámbito interno o doméstico de ese órgano constitucional, como en el externo del estatuto de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial.

a) La ausencia de una potestad reglamentaria implícita del CGPJ para regular materias “ad extra”

Pues bien, por ser especialmente relevante para el asunto que aquí importa de «la reutilización de sentencias», del texto de la matizada Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986 cabe destacar el rechazo de la tesis sobre la supuesta atribución implícita de la potestad reglamentaria del Consejo General del

Poder Judicial para regular cuestiones externas al estatuto de los jueces y magistrados. En su fundamento jurídico 26, la STC 108/1986 afirma que: *“(…) no puede atribuirse al Consejo el poder implícito de dictar reglamentos aplicables fuera de su ámbito”*.

Según se afirma en la STC 108/1986, la teoría de la potestad reglamentaria implícita sólo puede tener sentido respecto a la regulación de las cuestiones domésticas de la organización y funcionamiento del órgano constitucional de gobierno del poder judicial, y sobre esas materias existe atribución expresa de potestad reglamentaria al CGPJ⁸.

Por tanto, mientras que el Gobierno de la Nación tiene en el artículo 97 de la Constitución una atribución explícita de la potestad reglamentaria de carácter originario, según se infiere de esta STC 108/1986, de la Constitución no se infiere una atribución implícita de potestad reglamentaria al CGPJ, que le permita regular cualquier materia.

b) El respeto de la independencia judicial, y la inadecuación de la potestad reglamentaria del Gobierno

Para no desviarse en exceso del curso argumental de la STC 108/1986, conviene recordar que lo que se impugnaba era una disposición legal que atribuía al Gobierno la potestad reglamentaria para desarrollar la Ley Orgánica del Poder Judicial; es decir, sobre lo que entonces tenía que pronunciarse el Tribunal Constitucional era sobre los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno. Por tanto, la controversia no tenía por objeto directo definir los límites de la potestad reglamentaria del CGPJ. Ahora bien, en la medida en que la sentencia negó al Gobierno la potestad para reglamentar determinados aspectos del poder judicial, la atribuyó al CGPJ. Para ello el Tribunal Constitucional prescinde de la estricta literalidad del artículo 110 de la LOPJ 6/1985, y considera que ese precepto debe ser objeto de una interpretación *“amplia”*.

El argumento esgrimido por la STC 108/1986 sobre los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación en materia

del Poder Judicial, deriva de la lógica institucional de la separación de poderes que resulta de nuestra Constitución, que garantiza la independencia de los jueces y magistrados respecto al Gobierno de la Nación. Esa independencia se debilitaría o se pondría en riesgo, si algunas cuestiones reglamentarias sobre el estatuto personal de los jueces y magistrados quedaran en manos del Gobierno. Según afirma el fundamento jurídico 26 de la STC 108/1986:

“Esa independencia supone que los jueces no pueden estar sometidos, en principio, a normas de rango inferior a la ley y, muy especialmente, a los reglamentos que pueda dictar el Gobierno (art. 117.1 de la Constitución). Y ello no sólo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino también en su propio status, pues de lo contrario supondría la posibilidad de influir en la situación personal con los riesgos que ello acarrea respecto a la misma función jurisdiccional”.

De lo establecido en los artículos 117.2 y 122.1 de la Constitución, resulta una reserva de ley en materia del estatuto personal aplicable a los jueces y magistrados que integran el Poder Judicial. Ahora bien, esa reserva no es absoluta, pues no comporta un monopolio del legislador, sino que admite la colaboración reglamentaria. No está de más precisar que los «elementos centrales y básicos» del estatuto de los jueces y magistrados se establecen directamente en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que sobre esas materias sólo cabría dictar regulaciones de «carácter auxiliar» y de «relevancia secundaria o marginal», para concretar detalles de poca o nula trascendencia respecto al ejercicio de la función jurisdiccional. Así lo destaca el fundamento jurídico 26 de la STC 108/1986:

“El status de los jueces y magistrados, es decir, el conjunto de derechos y deberes de los que son titulares como tales jueces y magistrados, ha de venir determinado por la ley y más precisamente por la Ley Orgánica (art. 122.1 de la Constitución). Ello no supone necesariamente que no quepa en términos absolutos ningún tipo de regulación infralegal que afecte a ese status. Exigencias de carácter práctico pueden imponer que regulaciones de carácter secundario y auxiliar pueden ser dispuestas por vía reglamentaria. Pero en el bien entendido que tal tipo de disposiciones no pueden incidir en el conjunto de derechos y deberes que configuran el estatuto de los jueces y si sólo regular, como se ha dicho, condiciones accesorias para su ejercicio. El tipo de reglamento que

contenga esas condiciones podrá entrar en el ámbito de aquéllos cuya aprobación es facultad del Consejo según el citado artículo 110 de la LOPJ que debe ser interpretado de forma amplia, por constituir una garantía de las funciones que la misma Ley asigna al Consejo para protección de la independencia judicial”.

Por tanto, según la STC 108/1986, el «ámbito» del poder normativo del CGPJ no se ciñe exclusivamente a las cuestiones estrictamente domésticas y relativas a la organización y funcionamiento «interno» de ese órgano constitucional, pues dentro de su ámbito competencial también se incluye lo relativo a las regulaciones de «carácter secundario o auxiliar» sobre el estatuto de los jueces y magistrados, pues esa materia del estatuto de los miembros del Poder Judicial no está «fuera de su ámbito» institucional propio.

E) LA LEY ORGÁNICA 16/1994

a) Introducción

Bastante tiempo después de dictarse la STC 108/1986, se aprobó la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que introdujo una reforma parcial pero importante en el originario texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Entre otras materias, esa Ley Orgánica 16/1994 procuró avanzar en el proceso de delimitación de la potestad reglamentaria del CGPJ, detallando las específicas materias relativas al estatuto de los jueces y magistrados, en las que podía aprobar normas infralegales. El enfoque asumido por esa Ley Orgánica 16/1994 es explicado en los siguientes términos en el apartado X de su Exposición de Motivos:

“El adecuado reconocimiento en la Ley Orgánica del Poder Judicial de su potestad reglamentaria externa ha sido solicitado por el Consejo General del Poder Judicial como un requisito necesario para utilizar este instrumento fundamental para el ejercicio de sus competencias.

El texto de la presente Ley Orgánica mediante la que se regula explícitamente la expresada potestad se ajusta a lo declarado en la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, que reconoce aquélla. La formulación legal opta por ceñirse estrictamente a las manifestaciones del Tribunal Constitucional, el cual ha declarado que los Reglamentos de desarrollo del Consejo General sólo pueden contener regulaciones de carácter secundario y auxiliar, dado el carácter estricto de la

reserva de ley orgánica para las cuestiones referentes al estatuto judicial y al funcionamiento y gobierno de los tribunales.

(...) El carácter excepcional que la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial tiene respecto de la potestad reglamentaria por antonomasia que constitucionalmente corresponde al Gobierno, aconseja determinar concretamente las materias en que aquélla puede desenvolverse. La presente Ley no se limita a tener por hechas las habilitaciones explícitas e implícitas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que efectúa, con carácter adicional, una enumeración de materias concretas para cuya redacción se han tenido en cuenta los campos en los que efectivamente el Consejo General ha hecho ya uso de esa facultad reglamentaria".

Adviértase que el legislador destaca la distinta naturaleza de la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación y del CGPJ, pues la del órgano de gobierno del Poder Judicial es de "carácter excepcional". En congruencia con la tesis de la STC 108/1986, acerca de que la Constitución no atribuye al CGPJ una potestad reglamentaria implícita para regular "ad extra" cualquier materia, resulta necesario concretar de forma expresa en la propia ley orgánica, cuáles son las específicas materias respecto de las que se atribuye esa potestad reglamentaria al CGPJ.

En materia de potestad reglamentaria, esta Ley Orgánica 16/1994 busca un doble objetivo: (i) deslindar la competencia normativa del CGPJ sobre cuestiones domésticas, y sobre el estatuto de jueces y magistrados; (ii) deslindar la competencia normativa del CGPJ, de la que corresponde al Gobierno de la Nación y los Gobiernos autonómicos.

b) La potestad reglamentaria del Gobierno estatal o los autonómicos

En cuanto al objetivo de la reforma introducida por la Ley Orgánica 16/1994, orientado a deslindar la competencia normativa del CGPJ, de la que corresponde al Gobierno de la Nación y los Gobiernos autonómicos, se da nueva redacción a la disposición adicional primera.2) de la LOPJ, cuyo tenor literal pasa a ser el siguiente:

"El Gobierno o, en su caso, las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, aprobarán

los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica, salvo cuando la competencia para ello corresponda al Consejo General del Poder Judicial a tenor de lo que dispone el artículo 110. Cuando afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados estarán sujetos a los mismos límites y condiciones establecidos para el Consejo General del Poder Judicial".

Respecto al alcance y límites de la potestad reglamentaria en materia de «administración de justicia» del Gobierno estatal o de los autonómicos, conviene destacar la diferencia entre las normas que «regulan» directamente una materia y las que de forma indirecta pueden «afectar» a materias colaterales. No es lo mismo un reglamento del Gobierno de la Nación que «regule» directamente el estatuto de los jueces y magistrados, o que simplemente «afecte» de forma tangencial o indirecta a los jueces y magistrados.

Por ejemplo, un reglamento aprobado por el Gobierno de la Nación o de las Comunidades Autónomas sobre el horario y la jornada de trabajo de las oficinas judiciales y secretarías es una norma que «regula» un aspecto de la administración de justicia, que de forma colateral e indirecta «afecta», en alguna medida, a los jueces y magistrados integrantes del poder judicial. Ahora bien, en esas circunstancias no estamos ante un reglamento gubernamental que regule cuestiones secundarias del estatuto de los jueces y magistrados, y que pueda poner en cuestión la independencia de los miembros del poder judicial. Por tanto, esa norma reglamentaria está fuera del ámbito de competencias reglamentarias del CGPJ, pero dentro de la potestad normativa del Gobierno. Así lo declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 105/2000, de 13 de abril (FJ 4):

"(...) si los reglamentos dictados por el Gobierno o por las Comunidades Autónomas no pueden regular las condiciones accesorias del estatuto judicial, no cabe descartar que al regular, legítimamente y sin excesos, materias de su competencia puedan afectar indirecta o reflejamente, no al núcleo de derechos y deberes que conforman el estatuto judicial, reservado a la Ley Orgánica ex art. 122 CE, sino a determinadas condiciones accesorias para el ejercicio de los indicados derechos y deberes. La expresión «afectar» a una materia no se identifica con regular la misma".

En consecuencia, teniendo en cuenta que sólo los jueces y magistrados son miembros integrantes del «Poder Judicial», y asumiendo que los secretarios y los empleados públicos que prestan sus servicios en las oficinas judiciales únicamente forman parte de la «Administración de Justicia» y no del «Poder Judicial», no hay obstáculos constitucionales que impidan que sobre esa materia el Gobierno estatal o autonómico que sea competente, ejerza la potestad reglamentaria.

c) La potestad reglamentaria del CGPJ

En relación al estatuto personal de los jueces y magistrados que integran el poder judicial, materia constitucionalmente reservada a la ley (artículos 117 y 127 CE), podría haberse optado por regularla agotadoramente en sede parlamentaria, sin dejar espacio alguno abierto para eventuales desarrollos reglamentarios aprobados por el CGPJ. Es más, cabe pensar que esa es la mejor fórmula para blindar el estatuto de los miembros del poder judicial, y de evitar que su independencia resulte afectada por normas reglamentarias; efectivamente, en pura teoría abstracta, también cabe que el CGPJ condicione o adultere esa independencia de la función jurisdiccional, mediante las normas reglamentarias que apruebe.

En las materias en las que la regulación está reservada a la ley, cuando la reserva es relativa o parcial y existe una competencia concurrente, el parlamento tiene la válida posibilidad de aprobar la norma que únicamente contiene las decisiones esenciales o más importantes sobre una determinada materia, y el poder reglamentario solamente podrá desarrollar y completar la ley, en cuestiones secundarias o accesorias de menor relevancia.

Ahora bien, ello no significa que los representantes parlamentarios de los ciudadanos deban reducir siempre y en todo caso su actividad normativa a establecer una regulación mínima o muy escueta y lacónica, y que los parlamentarios estén jurídicamente obligados a dejar siempre abierto un amplio margen de desarrollo reglamentario. La atribución de la compe-

tencia normativa al legislativo no significa que el parlamento siempre esté obligado a agotar al máximo la regulación de una materia; pero, si quiere, puede ser tan exhaustivo y prolijo como se le antoje, dejando poco o ningún espacio a la potestad reglamentaria. En definitiva, la atribución de competencia normativa a los representantes parlamentarios de los ciudadanos mediante una reserva material de ley, no tiene «límites máximos» en la densidad regulatoria, aunque cuando la Constitución establece una reserva material de ley, entonces sí que hay «límites mínimos» sobre las decisiones fundamentales en las cuestiones básicas, que necesariamente deben adoptarse en sede parlamentaria.

En cualquier caso, lo cierto es que la LOPJ ha optado por una densidad media en la regulación del estatuto personal de los jueces y magistrados, atribuyendo un amplio espacio de colaboración reglamentaria al CGPJ. Importa sobremanera examinar cómo delimita esa Ley Orgánica 16/1994, el alcance de la llamada potestad reglamentaria «externa» del CGPJ, pero «interna» respecto al PJ, pues esa competencia normativa se ciñe a cuestiones accesorias del estatuto de los jueces y magistrados, pero no se extiende además a otras cuestiones que sean «externas», tanto al CGPJ como al PJC, en particular las ajenas al mencionado estatuto personal de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial; así sucede por ejemplo, cuando se trata de regular el estatuto de las empresas que reutilizan resoluciones judiciales al incorporarlas a una base de datos.

La nueva redacción del artículo 110 de la LOPJ se refiere en su primer apartado a las cuestiones domésticas o internas del CGPJ, y en el segundo apartado a las cuestiones que afectan al PJ, por referirse al estatuto de los jueces y magistrados. Después de la nueva redacción introducida por la Ley Orgánica 16/1994, los primeros apartados del artículo 110 establecen lo siguiente:

“1.- El Consejo General del Poder Judicial podrá dictar Reglamentos sobre su personal, organización y funcionamiento en el marco de la legislación sobre la función pública.

2.- El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de su competencia y con subordinación a las leyes, po-

drá dictar Reglamentos de desarrollo de esta Ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar. Estos Reglamentos podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquéllos ni alterar éste en su conjunto. Podrán aprobarse en los casos en que sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta Ley, en aquellos en que así se prevea en ésta u otra Ley y, especialmente, en las siguientes materias: (...)”.

En los numerosos subapartados de ese artículo 110.2 de la LOPJ, desde el subapartado a) hasta el q), se detallan las específicas materias, como el sistema de ingreso, el régimen de licencias y permisos, o las reglas sobre protocolo en actos judiciales, respecto de las que el CGPJ ostenta competencia para aprobar normas reglamentarias. El listado o elenco de materias que se enuncian no es cerrado, pues la atribución de la potestad reglamentaria se refiere “*especialmente*”, pero no exclusivamente a ellas. Ahora bien, esa cláusula de apertura sólo extiende la potestad reglamentaria del CGPJ a otras materias igualmente referidas al estatuto de los jueces y magistrados, pero sin alcanzar a cuestiones ajenas al régimen de quienes forman parte del poder judicial⁹.

Dicho ello, no está de más añadir una referencia expresa a una de las materias que, por referirse a la publicidad en la actuación del Poder Judicial, en alguna medida está vinculada con el problema de la reutilización de sentencias que aquí se examina. Mientras que, respecto a la eventual reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales, la LOPJ guarda absoluto silencio, sí que atribuye de forma expresa al CGPJ la potestad reglamentaria en materia de “*Publicidad de las actuaciones judiciales, habilitación de días y horas, fijación de horas de audiencia pública y constitución de los órganos judiciales fuera de su sede*” [artículo 110.2.n) de la LOPE].

Ahora bien, una cosa es la publicidad de las «actuaciones judiciales en curso» (para así evitar el secretismo o el oscurantismo de un poder público); un segundo escenario de la publicidad es la notificación de la sentencia a las partes del proceso o a otras personas con interés legítimo, y otra situación distinta es la

reutilización de «resoluciones judiciales» (para prestar un servicio al público).

Por otro lado, aunque no sin reparos, hay que reconocer que el CGPJ puede aprobar una norma reglamentaria que prohíba a los jueces y magistrados suministrar resoluciones judiciales a empresas privadas¹⁰, y les obligue a ponerlas a disposición del Centro de Documentación Judicial (el CENDOJ: es un órgano del CGPJ), para que ese centro organice y preste, al público en general, el servicio de «divulgación» de resoluciones judiciales. Pues bien, esas normas «regulan» aspectos secundarios del estatuto de los miembros del Poder Judicial, y también cuestiones internas o domésticas de la organización y funcionamiento del CGPJ, pero ese reglamento «afecta» a las empresas mercantiles que, introduciendo valores añadidos, comercializan al público bases de datos. Ahora bien, una cosa es que el CGPJ dicte una norma que de forma colateral o indirecta «afecta» a esas compañías privadas, y otra distinta es «regular» frontalmente el estatuto de los operadores económicos del mercado de reutilización de resoluciones judiciales.

En cualquier caso, después de las innovaciones introducidas por la Ley Orgánica 16/1994, sigue sin existir en la LOPJ una atribución de potestad reglamentaria al CGPJ que le habilite para regular de forma directa cuestiones o materias que sean ajenas o externas, tanto al propio «gobierno del poder judicial», como al propio «poder judicial», como la relativa al mercado de internet en el que compiten las empresas que reutilizan las resoluciones judiciales, para ofrecer a sus usuarios un servicio con valor añadido que forma parte de su propiedad intelectual.

Ello no obstante, hay que destacar una novedad relevante introducida por esa Ley Orgánica 16/1994: a tenor de lo establecido en el artículo 110.2 de la LOPJ, la atribución de la potestad reglamentaria sobre cuestiones vinculadas al estatuto de los jueces y magistrados, podrá tener su origen en leyes diferentes a la LOPJ: “*Podrán aprobarse en los casos en que sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta Ley, en aquellos en que así se prevea en ésta u otra Ley (...)*”.

Por tanto, el CGPJ tiene competencia reglamentaria no sólo para desarrollar la LOPJ, sino también para desarrollar otras leyes; pero, a mi juicio, sólo en aquello que afecta al estatuto personal de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial. Estamos ante el órgano constitucional de gobierno del poder judicial (artículo 122.2 CE), figura cuyo perfil institucional no cabe desdibujar atribuyéndole otras funciones extrañas o ajenas a la garantía de la independencia de los jueces y magistrados. A mi juicio, eso es lo que ocurre con la regulación del estatuto jurídico de los operadores de un mercado económico, que es una materia ajena a su objeto propio, que en términos constitucionales, se ciñe única y exclusivamente el gobierno del poder judicial.

El artículo 128.2 de la Constitución reconoce la validez jurídica de la iniciativa pública en la economía y permite al sector público operar en el mercado económico. Ahora bien, y aun a riesgo de equivocarme, creo que de ese precepto constitucional no se infiere una habilitación a favor del CGPJ, bien para regular mercados económicos, bien para operar en ellos a través del CENDOJ.

F) LA LEY ORGÁNICA 19/2003

El devenir de la LOPJ en materia de potestad reglamentaria del CGPJ estaba todavía abierto a posteriores cambios, ahora introducidos por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Sin perjuicio de alguna modificación menor en el estilo de redacción de la norma, lo más destacado es la introducción de un nuevo subapartado r) en el artículo 110.2 de la LOPJ, en el que, en referencia al estatuto de los jueces y magistrados, se habilita al CGPJ para dictar normas reglamentarias sobre “*Sistemas de racionalización, organización y medición del trabajo que se estimen convenientes con los que determinar la carga de trabajo que puede soportar un órgano jurisdiccional, así como establecer criterios mínimos homogéneos para la elaboración de normas de reparto*”.

Al margen de la potestad reglamentaria, esta Ley Orgánica 19/2003 introduce una nueva atribución

competencial que es relevante para lo que aquí importa sobre la reutilización de sentencias. Efectivamente, esa Ley Orgánica 19/2003 atribuye de forma expresa al CGPJ una importante competencia sobre la publicación y difusión oficial de las sentencias y otras resoluciones judiciales (y a mi entender, la «difusión» es algo distinto a la «reutilización»). En sus apartados 9 y 10, el artículo 107 de la LOPJ pasa a quedar redactado en los siguientes términos:

“El Consejo General del Poder Judicial tendrá competencias en las siguientes materias: (...)

9.– Potestad reglamentaria en los términos previstos en el artículo 110 de esta Ley.

10.– Publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones que se determinen del Tribunal Supremo y del resto de órganos judiciales.

A tal efecto el Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las Administraciones competentes, establecerá reglamentariamente el modo en que habrán de elaborarse los libros electrónicos de las sentencias, la recopilación de las mismas, su tratamiento, difusión y certificación, para velar por su integridad, autenticidad y acceso, así como asegurar el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales”.

Como en otros tantos ámbitos, también aquí las normas siguen a la jurisprudencia pues, incluso antes de aprobarse la Ley Orgánica 19/2003, el Tribunal Supremo ya había afirmado la competencia reglamentaria del CGPJ para regular la «difusión» al público en general, de las resoluciones judiciales (Sentencias de 7 de febrero y 13 de septiembre de 2000)¹¹.

Al margen de ello, adviértase que el artículo 107.10 de la LOPJ se refiere a la «difusión» de sentencias y otras resoluciones judiciales, pero ese precepto legal no hace mención de la eventual «reutilización» del texto de las resoluciones judiciales. Sin perjuicio de lo que luego se precisará a ese respecto, no está de más anticipar que semánticamente la palabra «difundir» alude a propagar datos e informaciones a destinatarios desconocidos o difusos; equivale a «divulgar» o distribuir por el vulgo, a cualquier persona de forma indiferenciada. Desde esa perspectiva, no parece que tenga sentido utilizar la expresión «divulgar», cuando los destinatarios son conocidos y son susceptibles de ser identificados, por ser los operadores económicos a quienes se autoriza a competir en el

mercado de reutilización del texto de las sentencias y otras resoluciones judiciales.

4. ALGO SOBRE LA REUTILIZACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS

A) LA LEY 37/2007

Nos separamos ahora del contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para hacer referencia a la Ley 37/2007, de 16 de noviembre (sobre reutilización de la información del sector público), norma parlamentaria que se refiere a la explotación del potencial que contiene la información generada por el sector público, mediante la reutilización de los documentos elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público, pero evitando acuerdos exclusivos que sean contrarios a la competencia en un mercado abierto, en el que los operadores tienen las mismas condiciones para pugnar en la captación de clientes.

Antes de centrarnos en la potestad reglamentaria del CGPJ en materia de reutilización de resoluciones judiciales, conviene hacer una aproximación muy general a esa Ley 37/2007. Por mucha creatividad o rigor técnico que tengan quienes elaboran el texto de las leyes parlamentarias o los reglamentos gubernamentales, lo cierto es que nuestro Derecho positivo deja esa inventiva al margen de las creaciones que forman parte de la propiedad intelectual. Efectivamente, ni la redacción de normas legales o reglamentarias, ni tampoco la elaboración de sentencias u otras resoluciones judiciales o administrativas, son actividades públicas que generen los derechos de autor que resultan de la propiedad intelectual. Así lo establece el artículo 13 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996¹². Ello se debe a que en nuestro ámbito jurídico se considera que ese tipo de creaciones públicas no se incorporan al patrimonio o dominio privado de los poderes públicos, por tratarse de *“res communis omnium”*, respecto de las cuales se pueden ejercer potestades de ordenación, pero no cabe el

disfrute de los derechos económicos de propiedad intelectual que corresponden al autor.

Ahora bien, cuestión distinta es que el sector público no pueda recuperar el coste que puede generar la recogida, producción, reproducción o difusión de algunos de esos documentos. Es decir, no hay un derecho de propiedad intelectual susceptible de explotación económica. Pero, si se realiza una labor de transformación de esos documentos en ficheros electrónicos, o se desarrolla un trabajo de expurgo de los datos personales de carácter confidencial, por la prestación de esos servicios se puede exigir que el beneficiario realice un pago. Como se afirma en el Preámbulo de la Ley 37/2007, mediante esa norma:

“(…) se persigue armonizar la explotación de la información en el sector público, en especial la información en soporte digital recopilada por sus distintos organismos (...) al objeto de facilitar la creación de productos y servicios de información basados en documentos del sector público, y reforzar la eficacia del uso transfronterizo de estos documentos por parte de los ciudadanos y de las empresas privadas para que ofrezcan productos y servicios de información de valor añadido”.

Es decir, desde la perspectiva de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución, esa ley se orienta a facilitar que terceros, ajenos a la Administración desarrollen productos y servicios que ofrezcan un valor añadido que esté más allá del propio y estricto contenido literal de esos documentos. Como es sabido, mientras que las sentencias y resoluciones judiciales no generan derechos de autor y quedan al margen del régimen de propiedad intelectual, no sucede lo mismo respecto al desarrollo de las bases de datos que aporten un valor añadido. Ahora bien, lo que forma parte de la propiedad intelectual no es el documento incluido en una base de datos, sino la labor de selección de documentos, o la de ordenarlos conforme a criterios originales que resultan de un esfuerzo y una creatividad dignos de protección jurídica¹³.

A los efectos que aquí interesan, respecto a la reutilización de las sentencias y otras resoluciones judiciales, el problema que plantea la norma reglamentaria aprobada por el CGPJ e impugnada ante el Tribunal Supremo, no es el de la existencia de una colisión jerárquica entre

el reglamento y el contenido de la ley; lo que se suscita es si el CGPJ está habilitado para regular esa materia. Por tanto, no se trata de analizar y valorar si ese reglamento desborda el marco de la ley o se ajusta a los límites del mandato parlamentario, sino que se trata de constatar si el reglamento aprobado por el CGPJ tiene cobertura legal o si está desnudo; la cuestión es saber si hay una expresa atribución legal de competencia para regular esa específica materia, o si no se ha conferido esa potestad.

Recuérdese que, a diferencia de la originaria atribución constitucional de la potestad reglamentaria al Gobierno de la Nación (artículo 97 CE), el CGPJ no tiene una potestad implícita, sino que sólo tiene una competencia derivativa; es decir, sólo es titular de la potestad para aprobar un reglamento, si hay una ley que expresamente le atribuya competencia normativa en una determinada materia. Pues bien, a ese respecto, basta por ahora con reproducir aquí lo establecido en la disposición adicional segunda.2) de esa Ley 37/2007, a cuyo tenor:

“Las previsiones contenidas en la presente Ley serán de aplicación a las sentencias y resoluciones judiciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 107.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y su desarrollo específico”.

Para evitar dudas, incertidumbres o sobreentendidos sobre el significado de esa remisión normativa, y para facilitar la comprensión de la articulación de esos preceptos legales, conviene recordar, a renglón seguido, lo dispuesto por el mencionado artículo 107.10 de la LOPJ:

“El Consejo General del Poder Judicial tendrá competencias en las siguientes materias: (...)

10.– Publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones que se determinen del Tribunal Supremo y del resto de órganos judiciales.

A tal efecto el Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las Administraciones competentes, establecerá reglamentariamente el modo en que habrán de elaborarse los libros electrónicos de las sentencias, la recopilación de las mismas, su tratamiento, difusión y certificación, para velar por su integridad, autenticidad y acceso, así como asegurar el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales”.

Adviértase que ese precepto no menciona la «reutilización» de las resoluciones judicia-

les, y sólo atribuye competencia reglamentaria expresa en materia de «difusión» (dejando ahora al margen lo relativo a la recopilación o certificación). Pues bien, la cuestión a la que se enfrenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2011 es declarar si la Ley 37/2007 amplía la potestad reglamentaria del CGPJ, y le habilita para dictar normas de desarrollo sobre «reutilización» de sentencias y otras resoluciones judiciales o si, por el contrario, esa Ley 37/2007 no amplía el ámbito material de la reglamentación que puede aprobar el CGPJ; por lo que ese órgano constitucional de gobierno del poder judicial únicamente tendrá la específica potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 107.10 de la LOPJ, que alcanza a la «difusión» de sentencias y otras resoluciones judiciales, pero que no se extiende al régimen de «reutilización».

Resulta indicado añadir que la Ley 37/2007 fue desarrollada por el Gobierno de la Nación mediante el Reglamento aprobado por Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre. Dicho ello, no está de más añadir que en esa misma semana, el 28 de octubre de 2011, el CGPJ aprobó un Reglamento sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales, que poco después fue impugnado ante el Tribunal Supremo.

Para cerrar este apartado, resulta oportuno destacar que esa Ley 37/2007 no se refiere a las sentencias y otras resoluciones del Tribunal Constitucional. A ese respecto, no es impertinente destacar que el Tribunal Constitucional pone a disposición del público general esas resoluciones en su página web, y permite la captura por terceros del texto, para reutilizarlo en bases de datos, práctica que es notablemente diferente a la seguida por el CGPJ.

B) EL REGLAMENTO DE REUTILIZACIÓN DE SENTENCIAS Y OTRAS RESOLUCIONES JUDICIALES APROBADO POR EL CGPJ EL 28 DE OCTUBRE DE 2010

Para cerrar la descripción cronológica de las normas que aquí nos interesan, hay que dar cuenta del acuerdo de 28 de octubre de

2010, por el que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprueba el Reglamento de reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales. Esa norma fue anulada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2011, que aquí se comenta. No está de más añadir que en el procedimiento de elaboración de ese reglamento, se incorporaron al expediente varios informes que consideraban que el CGPJ no tenía competencia para aprobar esa norma; así lo entendieron tanto la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, como la Generalidad Valenciana y la Asociación Jueces para la Democracia.

Para centrar el debate sobre esa norma reglamentaria, conviene empezar destacando que queda fuera del concepto de «reutilización», y por tanto al margen del contenido del reglamento, lo relativo a la labor de «difusión» que el ya transcrito artículo 107.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye expresamente al CGPJ. Efectivamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.b) del Reglamento:

“No se considera reutilización: (...) b) La publicación oficial que realice el Consejo General del Poder Judicial de las sentencias y otras resoluciones judiciales para cumplir con los fines básicos de difusión de la jurisprudencia, lo que podrá efectuarse mediante un buscador accesible en línea puesto a disposición de todos los ciudadanos. Ese buscador no podrá incorporar un valor añadido que, por tener similares prestaciones a las bases de datos comercializadas por los reutilizadores profesionales, vaya en detrimento de la actividad de éstos, aunque sí podrá ser objeto de mejoras y actualizaciones al compás de los avances tecnológicos existentes en cada momento”.

Sin perjuicio de otros contenidos de relevancia marginal, el núcleo central de ese Reglamento de reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales aprobado por el CGPJ no es el estatuto de los jueces y magistrados en relación a la posterior divulgación de esas informaciones, sino el estatuto de los empresarios u operadores económicos que quieran participar y competir en el mercado de la reutilización de las sentencias y otras resoluciones judiciales. Importa destacar que el reglamento del CGPJ no se limita a «afectar» colateralmente al estatuto de esos operadores económicos, sino que tiene por objeto principal «regular» directamente esa materia.

Para «regular» el estatuto jurídico de los operadores económicos que compiten en el mercado de la reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales, la norma aprobada por el CGPJ establece un régimen detallado de licencias habilitantes para participar válidamente en ese mercado, dispone las contraprestaciones económicas que los operadores deberán abonar al CGPJ, y tipifica las infracciones sobre la materia que no deberían cometerse, y las sanciones que puede imponer el CGPJ.

En cambio, ese Reglamento no se ocupa del régimen jurídico aplicable a las relaciones comerciales que los operadores económicos del mercado de reutilización de sentencias puedan celebrar con sus clientes. Es decir, regula las relaciones verticales entre el CGPJ y los operadores económicos, pero deja al margen las relaciones horizontales entre esas empresas y los usuarios de sus servicios. Al igual que otras muchas normas que regulan parcialmente un mercado (baste citar la legislación de disciplina bancaria), quedan fuera del contenido de esa disposición administrativa, la regulación de las relaciones jurídicas entre los operadores económicos y los usuarios de servicio que prestan las bases de datos.

Dejando al margen algunas reglas especiales aplicables a entidades no lucrativas que, por finalidades docentes u otras similares, reutilicen ocasionalmente algunas resoluciones judiciales, el régimen de control burocrático aplicable a las empresas que compiten en el mercado, se centra en la exigencia de un control similar al de una autorización, o título jurídico habilitante bautizado como «licencia-tipo» en el Reglamento aprobado por el CGPJ, pero que en realidad encubre un sistema de contratación con arreglo a cláusulas estandarizadas unilateralmente redactadas por el CENDOJ, a las que deben adherirse quienes quieran obtener las resoluciones judiciales con el propósito de incorporarlas a una base de datos. Ahora bien, el Reglamento aprobado por el CGPJ no concreta los específicos trámites procedimentales que deben seguirse y cumplirse, antes de otorgar o denegar una licencia-tipo. Es decir, se orillan las debidas garantías procedimentales, o “*due process*” en el otorgamiento de un título jurídico habilitante.

Según el Reglamento aprobado por el CGPJ, las condiciones de contratación deben ser claras, y no deben restringir o falsear la igual competencia entre operadores que pugnan por captar usuarios. Conforme a lo establecido en el artículo 5.1 de ese Reglamento, mientras no se cambie el contenido de las cláusulas o condiciones a las que se someten los operadores económicos del sector, tiene vigencia indefinida la oferta de contratación a través de licencias-tipo.

Quien celebra un contrato y obtiene una licencia-tipo para reutilizar las resoluciones judiciales, tiene derecho a que la información le sea entregada en ficheros electrónicos debidamente tratados, homogeneizados y con los datos personales eliminados. El empresario que celebra ese contrato debe abonar al CGPJ un precio público. Según el Reglamento, el importe del precio público se modula en atención al número de resoluciones judiciales. Corresponde al Pleno del CGPJ la fijación y periódica revisión de ese precio público.

El desarrollo de la actividad mercantil de reutilización sin haber obtenido la previa licencia-tipo es una infracción sancionable; también se castiga el incumplimiento grave de las condiciones impuestas al celebrar el contrato estandarizado al que se somete toda licencia-tipo. Entre otras cuestiones, llama poderosamente la atención que la reincidencia en la comisión de infracciones no se califica como una circunstancia modificativa de la responsabilidad, sino como una sanción autónoma o independiente; en ese sentido, la reincidencia en la comisión de infracciones leves se tipifica como una infracción grave¹⁴.

5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE OCTUBRE DE 2011

A) ADVERTENCIA PRELIMINAR

Pese a que, durante el proceso judicial que desemboca en la Sentencia del Tribunal Supre-

mo de 28 de octubre de 2011, se plantearon otras cuestiones jurídicas distintas a la competencia del CGPJ para regular normativamente la reutilización de resoluciones judiciales y, pese al interés que para el Derecho tienen esas otras cuestiones (como la relativa a las infracciones y sanciones tipificadas en esa norma), aquí me ceñiré únicamente a la cuestión competencial.

B) EL PLANTEAMIENTO DE LAS EMPRESAS RECURRENTE

El Reglamento aprobado por el CGPJ sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales fue impugnado por varias empresas que, aportando importantes valores añadidos, comercializan bases de datos accesibles a través de internet.

Entre otros argumentos, esas compañías esgrimieron el relativo a la incompetencia del CGPJ para aprobar una norma reglamentaria sobre el régimen de reutilización de resoluciones judiciales. A su juicio, esa norma regula un mercado económico, que es una cuestión totalmente ajena a la organización y funcionamiento interno del órgano constitucional del gobierno del poder judicial.

Por otro lado, se denuncia el doble papel del CGPJ como árbitro imparcial e interesado participante en un mercado competitivo. Las compañías recurrentes consideran que, por un lado, el CGPJ actúa como un «operador» del mercado de divulgación de resoluciones judiciales (es el caso del servicio prestado por el CENDOJ) y, por otro, interviene como «regulador» del mercado de reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

También destacan las empresas recurrentes que el fundamento de la potestad reglamentaria externa del CGPJ estriba en la necesidad de defender la independencia de los jueces y magistrados, y esa independencia de los miembros del poder judicial no resulta afectada por la regulación del mercado de reutilización de resoluciones judiciales.

C) EL PLANTEAMIENTO DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO

Por su parte, la Abogacía del Estado argumentó que, a partir de la STC 108/1986, se reconoce de forma amplia al CGPJ, una potestad reglamentaria externa, que va más allá de las cuestiones domésticas sobre su organización y funcionamiento interno.

También destaca que, después de la reforma introducida por la Ley Orgánica 16/1994, la competencia del CGPJ para aprobar reglamentos externos puede ser conferida no sólo por la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, sino también por otras leyes.

De otro lado, afirma la Abogacía del Estado que, de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero y 13 de septiembre de 2000, se infiere *“la competencia del Consejo en materia de tratamiento y difusión de la jurisprudencia en un sentido amplio”*.

Interesa destacar igualmente que la Abogacía del Estado interpreta que la actividad de «reutilización» de las resoluciones judiciales, es sólo una variante o especie concreta del género común de la pública «difusión» de esos pronunciamientos. Pues bien, en la medida en que el artículo 107.10 atribuye de forma expresa al CGPJ potestad reglamentaria en materia de «difusión», según el Abogado del Estado hay que entender que también la tiene para la «reutilización».

A su juicio, la labor de «difusión» de las resoluciones judiciales puede realizarse tanto directamente como a través de las empresas a las que se habilita para operar en el mercado de la «reutilización», mediante el desarrollo de bases de datos que ofrecen al usuario un valor añadido. Para la Abogacía del Estado, esa conexión de la expresa atribución de competencia reglamentaria al CGPJ en materia de «difusión» contenida en el artículo 107.10 de la LOPJ, con la competencia reglamentaria en materia de «reutilización», resulta de la disposición adicional segunda de la Ley 37/2007.

Otro argumento también esgrimido por la Abogacía del Estado es el de negar que el

reglamento aprobado por el CGPJ regule el «mercado» de reutilización de resoluciones judiciales, *“pues para ello tendría que contemplar cuestiones tales como los requisitos de acceso que han de reunir los reutilizadores para operar en ese mercado, las condiciones de establecimiento de los mismos, el modo de ejercicio de la prestación o los mecanismos de supervisión y control de mercado, que están ausentes del mismo”*.

Es más, tampoco acepta la Abogacía del Estado que el CENDOJ sea un operador de ese mercado, pues su labor de desarrollo de bases de datos que comportan un valor añadido se destina al servicio de los jueces y magistrados, y la prestación de ese servicio sólo se extiende muy limitadamente a terceros, cuando se trate de un colectivo vinculado con la Administración de Justicia.

D) EL CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2011 anula el Reglamento sobre reutilización de resoluciones judiciales aprobado por el CGPJ. Para captar el núcleo central del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, creo que hay que desarrollar un triple deslinde conceptual o terminológico, para diferenciar:

(i) las cuestiones «internas» o «externas» a cada ámbito de organización;

(ii) el alcance de la norma, que a veces «regula» una materia, y otras veces sólo la «afecta»; y

(iii) la «difusión» general de resoluciones judiciales, y su eventual «reutilización» por algunos operadores económicos.

a) Las cuestiones domésticas o «internas», y las cuestiones «externas»

Pese a la habilidad retórica de la Abogacía del Estado a la hora de atribuir a la STC 108/1986 pronunciamientos que en rigor no contiene, la ampliación de la potestad reglamentaria del CGPJ que afirma el Tribunal Constitucional va más allá del ámbito domés-

tico de ese órgano constitucional pero, según el Tribunal Supremo, la competencia externa queda limitada a las cuestiones secundarias del estatuto de los jueces y magistrados, y no alcanza a terceros que sean ajenos al poder judicial y al CGPJ. En su fundamento jurídico octavo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2011 que aquí se comenta declara lo siguiente en relación al contenido de la STC 108/1986:

“La impugnación se refería al estatuto judicial, cuestión muy diferente de la que aquí se suscita, y es en ese contexto, en el que se utilizan los conceptos de localización espacial de «ad intra» y «ad extra», referidos, respectivamente, al ámbito del propio Consejo y al de los Jueces y Magistrados, respecto de los que el Consejo es constitucionalmente su órgano de gobierno, aunque no forman parte de su estructura. No se planteaba, pues, como acaece en el caso actual, una cuestión de posible extensión de la potestad reglamentaria «ad extra» respecto de actividades situadas fuera del propio ámbito institucional del Poder Judicial. No cabe, pues, extraer de esa Sentencia, como intenta el Abogado del Estado, sustentar su argumentación en ella, una posible fundamentación de una potestad reglamentaria del Consejo en ese diferente ámbito «ad extra» (...).

La proclamada amplitud de la concepción de la potestad reglamentaria del CGPJ, según esa sentencia, tiene, pues, que ver en ella exclusivamente con el status de los Jueces; o en otros términos, para utilizar la cuestionada fórmula de localización, «ad intra» del propio Poder Judicial, no «ad extra» del mismo”.

Personalmente creo que, para no perder el hilo argumental y evitar confusiones sobre lo que es interno o externo respecto a un determinado contexto organizativo, creo que resulta indicado diferenciar tres escenarios o «ámbi-

tos» materiales susceptibles de ser «regulados» por unas u otras autoridades públicas:

(i) las «cuestiones internas al CGPJ», sobre la organización y el funcionamiento del órgano constitucional de gobierno del poder judicial, como por ejemplo las relativas a los letrados al servicio del CGPJ, o la estructura y funciones del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ);

(ii) las cuestiones «externas al CGPJ» (Consejo General del Poder Judicial), pero «internas del PJ» (Poder Judicial)¹⁵; concretamente las normas reglamentarias sobre el estatuto de los jueces y magistrados, siempre que se refieran a materias de «carácter secundario y auxiliar» (como las reglas de protocolo y los honores que les corresponden), pues las cuestiones de carácter básico de ese estatuto están reservadas a la ley, más concretamente, a la Ley Orgánica del Poder Judicial;

(iii) las cuestiones que son externas al CGPJ, y también son externas al PJ pues no regulan el estatuto de jueces y magistrados, pero que son «internas respecto a la Administración de Justicia» (como por ejemplo, un reglamento aprobado por el Gobierno de la Nación o de las Comunidades Autónomas sobre el horario y la jornada de trabajo de las oficinas judiciales y secretarías, y

(iv) las cuestiones que son externas al CGPJ y al PJ, y también son externas a la Administración de Justicia, como la regulación del estatuto de los operadores que compiten en el mercado de reutilización de resoluciones judiciales.

Ámbitos materiales			
Poder Judicial	Gobierno del Poder Judicial	Administración de Justicia	Mercado de reutilización de resoluciones judiciales

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2011 que aquí se comenta, se pronuncia con rotundidad y claridad a la hora de negar la competencia externa del CGPJ para regular una materia como la reutilización de las resoluciones judiciales. Baste con reproducir aquí la parte final de su fundamento jurídico noveno:

“En conclusión, y para cerrar este capítulo argumental de rechazo de la tesis del Abogado del Estado, expuesta en el fundamento de derecho primero de su contestación: ni las sentencias citadas por él, que hemos analizado, ni la evolución normativa de reformas de los Art. 110 y 107.10 de la LOPJ permiten sostener una potestad reglamentaria del CGPJ ad extra de su ámbito institucional, que pueda extenderse a la regulación de actuaciones de sujetos ajenos a ese ámbito institucional”.

Se puede decir más alto, pero no más claro.

b) Las normas que «regulan» una materia, y las que sólo «afectan» a esa misma materia

Por otro lado, no basta con diferenciar los ámbitos internos y los externos, sino que, para ser más preciso, además resulta indicado distinguir dos posibles alcances normativos del reglamento sobre una misma cuestión, pues la norma puede «regular» directamente o sólo «afectar» colateralmente a una específica materia. Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2011, que ahora se comenta:

“Aunque, ciertamente, esas regulaciones produzcan efectos fuera de ese ámbito estricto, una cosa es que los efectos de una regulación, que se refiere a estructuras y a actuaciones de órganos del Poder Judicial, puedan producir efectos respecto a sujetos ajenos a dicho ámbito, y otra muy distinta que el objeto directo de la regulación sean precisamente relaciones jurídicas de terceros con el CGPJ o actuaciones de esos terceros situados fuera del ámbito institucional del Poder Judicial”.

Como ya se ha anticipado, hay que reconocer que el CGPJ tiene competencia para aprobar una norma reglamentaria que prohíba a los jueces y magistrados suministrar resoluciones judiciales a empresas privadas, y les obligue a ponerlas a disposición del Centro de Documentación Judicial (el CENDOJ que es un órgano del CGPJ), para que ese centro organice y preste al público en general el servicio de divulgación de resoluciones judiciales. Pues bien, esas normas «regulan» aspectos secundarios del estatuto de los miembros del Poder Judicial, y también cuestiones internas o domésticas de la organización y funcionamiento del CGPJ, pero «afectan» a las empresas mercantiles que, introduciendo valores añadidos, comercializan al público bases de datos.

Ahora bien, una cosa es que el CGPJ dicte una norma que de forma colateral o indirecta «afecta» a esas compañías privadas, y otra distinta es «regular» frontalmente el estatuto de los operadores económicos del mercado de reutilización de resoluciones judiciales, estable-

ciendo el régimen de autorizaciones que habilitan para entrar en ese mercado, o tipificando las infracciones que no deberían cometer, y las sanciones que se les podría imponer.

c) La «difusión» de resoluciones judiciales, y su eventual «reutilización»

Como ya se ha anticipado, el Abogado del Estado intenta sacar partido del artículo 107.10 de la LOPJ, y para ello afirma que la «reutilización» de resoluciones judiciales es una forma especial o particular de la «difusión» y según, ese precepto, esa segunda labor o actividad difusora compete al CGPJ. Sucede que la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2011 rechaza ese punto de vista, y en su fundamento jurídico décimo afirma lo siguiente:

“No es aceptable así que la regulación reglamentaria de la reutilización pueda ser desarrollo de la regulación legal de la difusión de sentencias, ni por tanto lo es que el Art. 107.10 párrafo 2º de la LOPJ habilite al CGPJ para dictar el Reglamento que aquí se impugna”.

Es más, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2011 considera que la norma reglamentaria aprobada por el CGPJ, sobre reutilización de resoluciones judiciales, no desarrolla la Ley Orgánica del Poder Judicial (que se refiere a la «difusión» de esos pronunciamientos de los tribunales), sino la Ley 37/2007 (sobre «reutilización» de la información del sector público). Pues bien, según el fundamento jurídico décimo de la sentencia que ahora se comenta, esa Ley 37/2007 no atribuye competencia normativa al CGPJ para su desarrollo reglamentario:

“No aceptando, como hemos dejado razonado, que el Reglamento impugnado sea desarrollo del Art. 107.10 de la LOPJ, y afirmando, por el contrario, que lo es de la Ley 37/2007, nos encontramos con que mientras que en la Disposición Final Segunda de esta se habilita al Gobierno para su desarrollo reglamentario, no existe en ella una paralela habilitación al CGPJ para tal desarrollo respecto de la reutilización de las sentencias y demás resoluciones judiciales”.

En definitiva, según se infiere de la Sentencia del Tribunal Supremo, mientras que

el artículo 107.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye la potestad normativa al CGPJ para desarrollar reglamentariamente la «difusión» de resoluciones judiciales, ni esa Ley Orgánica, ni tampoco la Ley 37/2007, le atribuyen potestad reglamentaria en materia de «reutilización» de esas mismas resoluciones judiciales.

Como ya he anticipado, semánticamente la palabra «difundir» alude a propagar datos e informaciones, para hacerlas accesibles a cualquiera, por tratarse de destinatarios desconocidos o difusos; equivale a «divulgar» o distribuir por el vulgo, a cualquier persona de forma indiferenciada. La información no se suministra a una persona concreta y determinada, sino que se orienta a un destinatario plúrimo e ignoto. Desde esa perspectiva, no parece que tenga sentido utilizar la expresión «divulgar», cuando los destinatarios son conocidos y son susceptibles de ser identificados, por ser los operadores económicos del mercado de reutilización del texto de las sentencias y otras resoluciones judiciales.

6. UNA REFLEXIÓN COMPLEMENTARIA SOBRE EL FUTURO

Es evidente, que con la anulación por el Tribunal Supremo del Reglamento sobre reutilización de resoluciones judiciales en su día aprobado por el CGPJ, se acota provisionalmente la expansión gaseosa de la potestad reglamentaria de ese órgano constitucional, pero no se cierra definitivamente la cuestión sobre el régimen de reutilización de las resoluciones judiciales por las empresas que desarrollan bases de datos.

Conociendo la ingenua confianza de muchos políticos (que piensan que los problemas se arreglan con sólo aprobar una norma) y la querencia de las autoridades públicas por el intervencionismo burocrático sobre cualquier iniciativa económica privada, no sería de extrañar que en un futuro no muy lejano, se

apruebe una nueva norma con rango de ley, que expresamente habilite al CGPJ para regular esa materia. Tampoco cabe descartar que la competencia normativa se atribuya a otro centro de poder distinto, como es el Gobierno de la Nación.

Ahora bien, desde otros postulados ideológicos más próximos a la libertad y a los beneficios que para el usuario de cualquier servicio aporta la competencia en un mercado abierto, también cabe imaginar otras respuestas. Efectivamente, hay otros que consideran que lo mejor que pueden hacer los poderes públicos en materia de reutilización de resoluciones judiciales es no producir nuevas normas para un ordenamiento que ya está muy saturado de disposiciones. Dicho en otros términos, lo mejor es seguir el ejemplo del Tribunal Constitucional, que se limita a difundir en abierto sus resoluciones, y permite su captura libre por las empresas que después utilizan esa materia prima documental para desarrollar sus bases de datos. Lo mismo ocurre con otros tipos de documentos también generados por autoridades públicas, como los dictámenes del Consejo de Estado, las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia, o los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa; es decir, documentos que también incorporan las bases de datos elaboradas por algunos operadores del mercado, y que quedan al margen del intervencionismo burocrático.

En tiempos de crisis económica, a la hora de afrontar las consecuencias de la falta de liquidez de la hacienda pública, siempre hay por lo menos dos grandes tendencias, ambas cargadas de ideología.

Algunos consideran que es preferible no detraer dinero de las arcas de las empresas que compiten en el mercado de las bases de datos, para que esas compañías tengan plena libertad a la hora de elegir el destino de esos recursos económicos. Es bastante probable que, si quieren competir eficazmente en el mercado, una parte importante de ese dinero se dedicará a mejorar la base de datos, a desarrollar nuevos y más precisos motores de búsqueda, a confeccionar índices más completos y útiles para la

práctica del Derecho. De esa inversión privada se beneficiarán todos los usuarios (tanto los particulares, como los del sector público que hayan contratado el servicio).

En cambio, para otros la solución pasa necesariamente por incrementar los ingresos y los gastos públicos; de ahí que lo mejor es regular ese mercado y exigir a las compañías privadas que desarrollan bases de datos que paguen un canon y realicen un ingreso a favor de la hacienda pública competente. Por otro lado, es posible que todos o la mayor parte de esos ingresos se destinen a pagar a unos funcionarios o empleados públicos, para que con su trabajo profesional desarrollen una base de datos de titularidad pública; de lo contrario si esa base de datos estaría únicamente destinada a los miembros del Poder Judicial y a los empleados públicos de la Administración de Justicia; si también sería accesible a otros servidores públicos, o si incluso se ofrecería en abierto, para que cualquier interesado pueda utilizarla, bien de forma gratuita, bien previo pago de lo que corresponda.

Desde la perspectiva de la recta satisfacción de los intereses generales en materia de suministro de información jurídica a las autoridades y servidores públicos del poder judicial y de la administración de justicia, realizando el mínimo gasto público posible, y obteniendo la mejor calidad de servicio, hay que optar por alguna de las siguientes alternativas:

(i) bien confiar en la iniciativa pública económica del CGPJ o del Gobierno (y gastar el dinero de los presupuestos en comprar equipamientos y contratar empleados públicos que desarrollen una base de datos propia); o

(ii) bien respetar la libertad de los particulares, y aprovechar la habilidad gestora del sector privado (y gastar algún dinero público para elegir la mejor oferta del mercado y contratarla temporalmente al servicio de los empleados públicos del poder judicial y la administración de justicia, sin hipotecar el futuro del intenso y abierto devenir de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información en el ámbito del Poder Judicial y de la Administración de Justicia).

Serán los circunstanciales titulares del poder público competente quienes valorarán cómo se satisfacen mejor los intereses generales, y se decantarán por una u otra opción. Ahora bien, en la actual situación de crisis de la hacienda pública y de dificultades financieras del sector privado, lo importante es que esa decisión no se adopte por criterios desnudamente ideológicos, y que tenga un claro respaldo en fundamentos económicos objetivos, racionales y razonables. En definitiva, se trata de inspirarse en los principios constitucionales de eficiencia y economía en la realización del gasto público (artículo 31.2 CE).

En cualquier caso, lo principal no es tanto optar por una u otra de esas fórmulas, sino admitir o rechazar el desdoblamiento funcional de las autoridades públicas, en el sentido de conferirles las potestades de ordenación y control del mercado de reutilización de resoluciones judiciales, y reconocerles también la capacidad de ofrecer al mercado la prestación de servicios con valor añadido. Se trata de definir si un poder público puede ser tanto el «regulador» de un mercado, como un «competidor» más en ese mismo sector económico.

En este punto tiene interés volver a recordar que la redacción de las sentencias y las demás resoluciones judiciales queda al margen del régimen de propiedad intelectual, pero el CGPJ se acogería a ese régimen y podría obtener derechos de autor, si elabora y explota una base de datos con valor añadido, por ordenar esas resoluciones con arreglo a criterios técnicos, facilitando así a cualquier persona la localización de pronunciamientos que contengan el criterio judicial que interesa conocer al usuario de ese tipo de servicios de información jurídica.

Es abiertamente discutible, cómo enfrentarse a la actual crisis económica y financiera en este nicho mercantil de la reutilización de resoluciones judiciales; ahora bien, con independencia de que por razones ideológicas se prefiera una opción más liberal, o se abogue por un mayor intervencionismo público y control burocrático, lo que es indiscutible es que las autoridades públicas no podrían asumir el doble papel de

«reguladoras» y «competidoras» en ese mercado. Esa es la auténtica cuestión de fondo.

Quien fija las reglas de funcionamiento de un mercado de prestación de servicios no puede ser también un operador del mercado que pugne con las empresas privadas que aspiran a captar clientes. En esas circunstancias, la competencia sería desigual y contraria a los principios de la Unión Europea. Se quiebra la neutralidad y la imparcialidad institucional de las autoridades responsables de regular el mercado de la reutilización de resoluciones judiciales, si esas autoridades pueden desarrollar al mismo tiempo una doble actividad:

(i) por un lado dictar reglamentos, otorgar o denegar autorizaciones, realizar inspecciones, imponer sanciones, sin olvidar su monopolio en el suministro de resoluciones judiciales; y,

(ii) por otro lado, competir en el mercado, aparentemente como un operador económico

más (pues el sector público ofrece el mismo tipo de servicios con valor añadido que también han desarrollado las editoriales privadas), pero con la ventaja estratégica y abusiva, de sufragar el sector público esa labor de recopilación y ordenación en índices, con los pagos realizados por los empresarios privados, quienes por ello se ven forzados a pugnar desigualmente en la captación de clientes.

Ocurre que en esta vida no se puede soplar y sorber a la vez, y tampoco se puede ser plenamente objetivo y efectivamente neutral, cuando a la vez se quiere ser el «regulador» de un mercado, y un «competidor» más, que supuestamente pugna en condiciones de igualdad con los otros operadores económicos del sector (y menos todavía, cuando el del sector público es el único competidor que es parcialmente financiado por los demás operadores del mercado).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. En relación a la potestad reglamentaria del Banco de España, ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1992, de 5 de octubre. Respecto a la potestad reglamentaria de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, téngase en cuenta la STC 133/1997, de 16 de julio.

2. Sobre esta materia existe una amplia bibliografía; entre la más reciente, cabe destacar los siguientes trabajos: María del Mar NAVAS SÁNCHEZ, *Poder Judicial y sistema de fuentes. La potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*, Editorial Civitas, Madrid 2002. Mariano BACIGALUPO SAGGESE, “La potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial”, *Derecho Privado y Constitución* número 17 (enero-diciembre 2003), páginas 17 a 44.

3. María del Mar NAVAS SÁNCHEZ, *Poder Judicial y sistema de fuentes. La potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*, Editorial Civitas, Madrid 2002, página 299: “Que el ejercicio de esta potestad normativa por el Consejo en modo alguno puede considerarse como una manifestación, en el plano normativo, de la autonomía y autogobierno del Poder Judicial. Por el contrario, su atribución al Consejo tiene carácter meramente instrumental, en la medida en que éste es el órgano de garantía de la independencia judicial, en su vertiente externa, que es precisamente lo que se trata de preservar mediante la atribución de esta potestad reglamentaria, de carácter accesorio y secundario, al Consejo”.

4. Sentencia del Tribunal Constitucional 105/2000, de 13 de abril: “Un análisis del tenor literal y de la funcionalidad de la disposición adicional impugnada conducen a entender que la utilización en ella de la expresión «en su caso» ha de interpretarse en el sentido de que habilita, tanto al Gobierno de la Nación para el desarrollo general de la LOPJ (pues a él corresponde el «ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes», art. 97 CE, como a las Comunidades Autónomas para dictar reglamentos sobre aquellas materias en las cuales, en virtud de la propia LOPJ y el juego de las cláusulas subrogatorias (o a cualquier otro título constitucionalmente válido), hayan asumido competencia. En el concreto ejercicio de esa habilitación jugarán, además de los límites generales de la potestad reglamentaria, los específicos impuestos por la propia LOPJ y los que se derivan del título a virtud del cual hayan asumido la correspondiente competencia. En suma, la disposición adicional primera, apartado segundo, LOPJ, no obstante su dicción literal, permite entender que contempla habilitaciones reglamentarias de muy diversa entidad y alcance. En efecto, la potestad reglamentaria viene prioritariamente reconocida al Consejo General del Poder Judicial en el ámbito acotado por el art. 110.2 de la citada Ley Orgánica. Pues bien, en el espacio normativo que no corresponda a esa potestad reglamentaria del Consejo, la disposición adicional impugna-

da habilita para dictar disposiciones generales tanto al Gobierno de la Nación como a las Comunidades Autónomas, pero esta habilitación se efectúa en términos cualitativamente distintos. Así, por lo que hace al Gobierno, ha de tenerse en cuenta que su potestad reglamentaria de desarrollo de la LOPJ resulta de lo dispuesto en el art. 97 CE. En cambio, la habilitación a favor de las Comunidades Autónomas se realiza con la especificación de que éstas tengan atribuidas «competencias en la materia», de tal manera que no se trata tanto de conferir a los Entes Autonómicos una potestad coextensa con la del Gobierno para aprobar reglamentos ejecutivos de la LOPJ, cuando de habilitarles para que, en aquellas materias en las cuales ostenten competencias (bien en virtud de las cláusulas subrogatorias, bien como consecuencia de cualquier otro título constitucionalmente válido), puedan establecer regulaciones cuando así lo requiera el ejercicio de las facultades que les han sido atribuidas”.

5. Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1986, de 17 de abril (FJ 8): “No hay nada ni en la Constitución, ni en la anterior Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, ni en la actual Ley Orgánica del Poder Judicial que autorice a sostener la pretensión de su representación procesal por el Consejo General del Poder Judicial, como tal (...) Además al configurarse constitucionalmente como su «órgano de gobierno», no podría ser, ni siquiera a efectos procesales, «representante» del Poder Judicial, pues ello estaría en contradicción con el principio constitucional de «independencia de Jueces y Magistrados» (art. 117.1 CE) y ese presunto carácter representativo habría de admitirse también del lado pasivo, sujetando así al miembro integrante del Poder Judicial a instancias o actuaciones judiciales del propio Consejo”.

6. Sobre esas instrucciones, ver el trabajo de Mariano BACIGALUPO SAGGESE, “La potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial”, *Derecho Privado y Constitución* número 17 (enero-diciembre 2003), páginas 17 a 44; en particular, página 37 y siguientes.

7. Mariano BACIGALUPO SAGGESE, “La potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial”, *Derecho Privado y Constitución* número 17 (enero-diciembre 2003), página 20: “¿Qué interpretación prevaleció finalmente? Si atendemos, por un lado, al uso que de la potestad reglamentaria atribuida hizo el primer Consejo General del Poder Judicial bajo la vigencia de la Ley Orgánica 1/1980 y, por otro, a los términos en que al poco tiempo, como veremos a continuación, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 le atribuyó dicha potestad, no cabe sino concluir que el entendimiento de la misma que prevaleció inicialmente fue el propugnado por los defensores de una potestad reglamentaria de alcance fundamentalmente interno o doméstico. En efecto, los reglamentos inicialmente aprobados por el primer Consejo General del Poder Judicial bajo la vigencia de la Ley Orgánica 1/1980 eran todos ellos, en lo esencial, reglamentos internos”.

8. Fundamento jurídico 25 de la STC 108/1986, de 29 de julio: “La segunda línea argumental seguida por los recurrentes para defender su opinión de que la potestad reglamentaria, en lo que se refiere a los jueces, corresponde al Consejo se basa en la doctrina de los poderes implícitos. Aparte de que esta doctrina ha nacido y se aplica especialmente en el ámbito de la distribución territorial de competencias, en nuestro caso entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y es muy dudosa su extensión al campo de las relaciones entre órganos constitucionales, como ya advirtió la Sentencia de este Tribunal núm. 66/1985, de 23 de mayo, lo cierto es que a lo único que conduciría en el presente supuesto es al reconocimiento de la necesidad de que el Consejo tenga la facultad de dictar sus propias normas de organización y funcionamiento. Dado que esta facultad está expresamente reconocida, como se ha dicho, por el art. 110 de la LOPJ resulta superfluo acudir, para justificarla, a la teoría de los poderes implícitos”.

9. María del Mar NAVAS SÁNCHEZ, *Poder Judicial y sistema de fuentes. La potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*, Editorial Civitas, Madrid 2002, página 283: “En efecto, junto a la capacidad para dictar su norma de organización y funcionamiento, al Consejo se le reconoce la potestad de dictar, dentro de ciertos límites, los reglamentos que exija el desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en lo relativo al estatuto jurídico de los jueces y magistrados. Esta potestad reglamentaria del Consejo es, por tanto, limitada, no se extiende a todas las materias reguladas en la LOPJ, sino tan sólo a aquellas que puedan afectar al estatuto jurídico de los jueces y magistrados”.

10. Si la entrega se hace gratuitamente y sin percibir remuneración alguna, y el documento se expurga de datos, que por afectar a la privacidad sean confidenciales, no es fácil advertir cuál es el bien jurídicamente protegido por esa prohibición. Partiendo de la premisa de la publicidad de la actuación del poder judicial, y asumiendo que las sentencias y otras resoluciones judiciales son “*res communis omnium*”, no es fácil identificar el fundamento objetivo, racional y razonable de esa prohibición; de ahí que algunos consideren que esa medida resulta arbitraria y desproporcionada, y por tanto contraria al artículo 9.3 de la Constitución.

11. Según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2000 (ponente Ramón Trillo Torres; recurso 526/1997; referencia Aranzadi RJ 2000/1588): “(...) ante la evidencia de que es conveniente que se constituya un medio idóneo para que pueda ser conocido el conjunto de resoluciones judiciales de interés que pronuncia el Poder Judicial del Estado y ante los impedimentos y límites legales para que esta necesidad pública pueda ser satisfecha de manera inmediata, sin inter-

mediación alguna, por empresas particulares, el Consejo haya acudido a la constitución de un órgano —el Centro de Documentación Judicial— que preste servicio público de hacer accesible, con condiciones de igualdad, no sólo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino también «las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia y otras resoluciones judiciales a través de un servicio central de jurisprudencia», de modo que atendiendo al mismo fin que determina el que se haya encomendado al Consejo la publicación oficial de los criterios de decidir del Tribunal Supremo, se tenga también oportunidad de un conocimiento general de las resoluciones de otros órganos jurisdiccionales, que sin tener el rango constitucional de superiores en todos los órganos, sin embargo en algunas materias retienen la palabra final en orden a la interpretación del derecho aplicable al caso, como ocurre especialmente con los Tribunales Superiores y el derecho especial de cada Comunidad Autónoma.

En este sentido cabe decir que es clara la competencia del Consejo para prestar el servicio público que regula en las normas reglamentarias impugnadas, al ser obvia la necesidad del mismo y responder su implantación a razones sustancialmente análogas a las que originaron el mandato legal de que publicase oficialmente las sentencias del Tribunal Supremo”.

12. Conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril): “No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de órganos jurisdiccionales, y los actos y acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores”.

13. A tenor de lo establecido en el artículo 12 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril):

“1.— También son objeto de propiedad intelectual, en los términos del Libro I de la presente Ley, las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos.

La protección reconocida en el presente artículo a estas colecciones se refiere únicamente a su estructura en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, no siendo extensiva a éstos.

2.— A efectos de la presente Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma.

3.— La protección reconocida a las bases de datos en virtud del presente artículo no se aplicará a los programas de ordenador utilizados en la fabricación o en el funcionamiento de datos accesibles por medios electrónicos”.

14. La previa comisión por la misma persona de otras infracciones sancionables, puede ser una circunstancia modificativa de la responsabilidad, pero no puede ser una infracción autónoma y distinta. No se vulnera el “*ne bis in idem*”, cuando la ley tipifica como circunstancia modificativa de la responsabilidad, una agravante de reincidencia, agravante que parte de la premisa de la comisión de infracciones anteriores, pues en ese escenario la previa infracción no es nuevamente sancionada, pero justifica un agravamiento de la infracción posteriormente cometida; es decir, el hecho ilícito posterior es sancionado con mayor severidad al aplicarse la agravante de reincidencia, que es una circunstancia modificativa de la responsabilidad.

En cambio, es contrario al “*ne bis in idem*” que se tipifique como infracción autónoma, el hecho de haber sido sancionado con anterioridad, pues en ese caso la previa sanción no es un hecho nuevo, y diferenciado del que fue originariamente considerado para imponer las sanciones previas; así ocurría en el artículo 27.3.j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (de fuerzas y cuerpos de seguridad), que tipificaba como falta disciplinaria muy grave: “Haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año”. Pues bien, ese precepto fue anulado y declarado inconstitucional por la STC 188/2005, de 7 de julio.

15. María del Mar NAVAS SÁNCHEZ, *Poder Judicial y sistema de fuentes. La potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*, Editorial Civitas, Madrid 2002, página 283: “La potestad normativa que el Consejo ejercita en este caso trasciende el ámbito del mismo, que es un ámbito interno, para afectar a un «sujeto» diferente: el conjunto de los jueces y magistrados. Esa potestad normativa, por tanto, despliega efectos externos al propio órgano. Mediante su ejercicio, el Consejo incide sobre la esfera jurídica de terceros ajenos al órgano, pero que se relacionan con éste”.

Fecha de recepción: 9 de abril de 2012

Fecha de aceptación: 26 de abril de 2012



TEMAS DE HOY

La Universidad Española y sus facultades de derecho. Diagnóstico y propuestas de tratamiento

Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado

Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella

Francisco Muñoz Conde

SPANISH UNIVERSITIES AND THEIR LAW SCHOOLS. DIAGNOSIS AND PROPOSED TREATMENT

RESUMEN

Las siguientes reflexiones, generales e incompletas, desde luego, pretenden expresar una visión crítica de la universidad española actual y de sus facultades y estudios de Derecho, a la vez que proponer (sin demasiada esperanza) algunas pautas para su mejora. Se dividen en tres partes. En la primera se ensaya un diagnóstico de los principales males que afectan a aspectos fundamentales del quehacer universitario y se aventuran algunas causas de la situación. En la segunda, se ofrecen, de manera sintética, diez propuestas para el remedio de esos males. La tercera parte se centra en las facultades y estudios de Derecho en nuestro país, con una visión crítica de su situación actual y una propuesta de cambio de orientación para una mejor formación, más integradora del conjunto de los conocimientos jurídicos (rechazando la excesiva compartimentación), así como de la teoría y la práctica.

PALABRAS CLAVE

Universidad. Docencia. Investigación. Reforma. Estudios de Derecho.

ABSTRACT

The following reflections, general and of course incomplete, offer a critical view of Spanish universities today and their Law Schools and studies. We also propose (without much hope) some guidelines for improvement. Our reflections are divided into three parts. In the first part we pilot a diagnosis of the main ills that affect fundamental aspects of university life and venture to suggest some of the causes. In the second part, we offer a summary of ten proposals for the remedy of these ills. The third part focuses on Law Schools and studies in our country, with a critical view of the current situation. We propose a shift in focus to bring about a better training, one that better integrates the body of legal knowledge into a whole (rejecting excessive compartmentalisation), along with theory and practice.

KEYWORDS

University. Teaching. Research. Reform. Law studies.

LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA Y SUS FACULTADES DE DERECHO. DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS DE TRATAMIENTO*

Miguel Díaz y García Conlledó

Catedrático Derecho Penal
Universidad de León

Juan Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía de Derecho
Universidad de León

Sumario: 1. Elementos para el diagnóstico de las universidades españolas y algunas hipótesis sobre las causas de sus males. A) Financiación y evaluación de las universidades. B) Gestión de la Universidad. C) Los estudios universitarios. D) Los profesores e investigadores. E) Los estudiantes. 2. Diez propuestas para un tratamiento urgente. 3. Sobre los estudios de Derecho y sobre nuestras facultades. A) ¿Por qué ya no nos quieren ni nos hacen caso? B) Perdónanos nuestras culpas. C) Perdidos en el Espacio (Europeo de Educación Superior). D) Con planes y a lo loco.

1. ELEMENTOS PARA EL DIAGNÓSTICO DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS Y ALGUNAS HIPÓTESIS SOBRE LAS CAUSAS DE SUS MALES

Según el art. 1 LOU, rubricado “Funciones de la Universidad”, “1. La Universidad reali-

za el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio./2. Son funciones de la Universidad al servicio de la sociedad:/a. La creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura./b. La preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística./c. La

* Versiones anteriores de las dos primeras partes de este escrito fueron expuestas como ponencias en la Fundación Ciudadanía y Valores, en Madrid, en 2011 y dentro de la jornada sobre “El futuro de la Universidad española”.

difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico./d. La difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida.”

Dejando de lado algún alarde retórico, no parece desencaminado ese precepto que abre la Ley reguladora de nuestra Universidad. No obstante, en nuestra opinión, el desarrollo normativo posterior (grados, postgrados, normas de selección y evaluación del profesorado y de las titulaciones universitarias, etc., por no hablar de muchas normas internas de las propias universidades) desmiente algo muy importante de esa declaración: en un marasmo de declaraciones sobre pedagogía, “empleabilidad”, actualización, excelencia, habilidades, competencias y semejantes lindezas, uno no encuentra dónde queda la función (primera en mencionarse) de “la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura”. Dicho de modo más resumido y antiguo: la Universidad como “templo del saber” está absolutamente devaluada y desatendida por nuestro actual marco normativo. Mientras tal entendimiento no se recupere de verdad, el futuro de la Universidad será muy negro y más parecido al de una academia docente de perfil bajo.

A) FINANCIACIÓN Y EVALUACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES

La Universidad española no está bien financiada. Esto no extraña en un momento de crisis y habiendo existido antes con frecuencia un notable despilfarro por parte de muchos gestores universitarios. Se pagan ahora los excesos de la creación de Universidades (a veces con campus multiplicados en cada una) por doquier, fácil de sostener en el papel del BOE y comprensiblemente bien acogida por las ciudades, pero que un país como España difícilmente se puede permitir si es que pretende mantener un nivel digno en todas ellas (como ejemplo llamativo podemos citar el que en España y Alemania hay aproximadamente el mismo número de

Facultades de Derecho, cuando Alemania casi duplica la población de España y es un país sensiblemente más rico que el nuestro). La especialización de las universidades y la concentración de estudios, sobre todo si son de escasa demanda por el alumnado, pero de importancia notable en el saber humano, es una necesidad a la que los políticos competentes y los rectores de las universidades difícilmente se atreven por su impopularidad. Sin embargo, resultan imprescindibles para una Universidad futura fuerte que merezca tal nombre. Eso sí, deben ir acompañadas de previsiones presupuestarias que permitan acceder a ellas a cualquier ciudadano que demuestre merecerlo sin importar su procedencia geográfica (becas para quienes no pueden estudiar en su ciudad).

De todas formas, no todo son culpas de actuaciones pasadas: España sigue siendo uno de los países desarrollados que menos invierte en educación e investigación (o I+D+I). Esta situación debe mejorarse si se quiere una Universidad seria.

Deben acabarse las reformas, como las que nos abruma bajo la capa de Bolonia a la española, a coste cero, que desvirtúan lo que de positivo puedan tener las novedades previstas. Y el comprensible recorte del gasto en la coyuntura actual debe producirse de manera que la Universidad no deje de ser Universidad: el equilibrio presupuestario no puede justificar, por ejemplo, una reducción drástica de medios para la investigación que la haga prácticamente imposible, o una política de profesorado que impida totalmente la incorporación de personas jóvenes y formadas (casi siempre con fondos públicos en forma de becas) que garantice un futuro decente a la Universidad.

Es imprescindible un control de la Universidad alejado de la eterna burocracia, el formalismo y la complejidad para encubrir un verdadero vacío de control. La evaluación de la Universidad debe basarse en sus resultados; eso sí, teniendo en cuenta de dónde parten las distintas universidades para no agrandar las diferencias de trato entre ellas que no se deriven de méritos una vez realizada una ponderación entre sus posibilidades y sus logros.

B) GESTIÓN DE LA UNIVERSIDAD

Parece evidente que el modelo actual de gestión de las universidades no funciona. Bajo la excusa de la autonomía universitaria, muchas universidades se han convertido en un nido de arbitrariedad y nepotismo, de despilfarro y trampolín para otras ambiciones. Los rectores han sido un grupo de presión muy importante en ocasiones, lo que en sí no es especialmente malo, si no fuera porque su guía no es siempre ni mucho menos el interés común (recuérdese la reacción de muchos de ellos frente a aspectos que no les gustaban —porque les recortaban poder, básicamente— de la original LOU). El que las competencias sobre Universidad las posean muy mayoritariamente las Comunidades Autónomas ha dado lugar a desigualdades de trato y de oportunidades para las universidades de unos y otros territorios que no tienen justificación posible. La mal entendida democracia en los órganos universitarios ha conducido a situaciones esperpénticas, como, por ejemplo (entre otros muchos), que el administrativo de un departamento decida, por el juego de los votos, sobre la necesidad de convocar una plaza de profesorado, sobre el plan docente de una asignatura o sobre la propuesta de tribunal de una tesis doctoral. El que los puestos directivos de los órganos universitarios recaigan en todos los niveles en los propios académicos ha propiciado redes de clientelismo, abuso de las conjuras y las listas (blancas o negras) y, muy a menudo, deterioro de las funciones docentes e investigadoras que son propias de esas personas.

Las soluciones no son fáciles. Algunas pautas generales que no es posible desarrollar aquí deben ser, en nuestra opinión, un proceso de desburocratización, eliminación de la demagogia pseudodemocrática, profesionalización de la gestión y, aunque no suena políticamente correcto, recuperación por el Estado de las competencias sobre la Universidad. Especial explicación requeriría la idea de profesionalización de la gestión, pues caben diferentes modelos, como los que existen en distintos países. No defendemos la exclusión total de los académicos de la gestión universitaria, pero

sí la reducción de puestos que deban ser ocupados por ellos. Tampoco nos parece plausible la traslación absoluta de los principios de gestión empresarial a la Universidad, menos aún, como parece anunciarse últimamente, si ello va acompañado de un enorme margen de discrecionalidad en diversos aspectos (como la política de nombramientos de cargos de gestión, el diseño de la plantilla, etc.) para los rectores, pero sí el establecimiento de una mayor racionalidad.

C) LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

El llamado proceso de Bolonia posee aspectos positivos, como la intención de unificar en buena medida las carreras universitarias, de modo que pueda haber un reconocimiento automático de las titulaciones en los países europeos, la promoción del trabajo del estudiante bajo la tutela del profesor en grupos de pocos alumnos, etc. Por cierto, algunas de esas cosas ya se venían haciendo en ciertos países europeos desde hace tiempo, como era el caso que mejor conocemos, el de Alemania, con bibliotecas llenas de alumnos (y, claro, de libros y revistas), preparando sus temas concienzudamente tras asistir a unas no muy numerosas clases magistrales donde el profesor esbozaba los principales puntos de la materia que después debían profundizar en seminarios y estudio personal; los resultados eran magníficos. En todo caso, el diseño boloñés general debe de tener algún defecto importante cuando distintos países con buena educación superior lo rechazan para ciertas titulaciones al menos (Alemania lo rechazó para los estudios de Derecho nada menos que en el pacto de gobierno de la anterior “gran coalición” entre democristianos y socialdemócratas). Pero mucho peor es nuestra Bolonia nacional: se habla de convergencia y se permite que cada Universidad diseñe libremente sus propios títulos, de modo que no puedan converger ni siquiera entre sí (los controles posteriores no garantizan tal convergencia, pues quienes han de realizarlos parecen más preocupados por las políticas de género, la transversalidad de las competencias

o la “empleabilidad” y la reducción del fracaso escolar que por los contenidos y la formación de profesionales sólidos). Hay excepciones: los títulos de grado con directrices europeas sobre todo (con ciertas cosas no se juega).

En definitiva, nos encontramos con grados insuficientes, especialmente en disciplinas con amplio corpus científico y tradición universitaria, en duración y en contenidos, con másteres, a menudo implementados antes que los grados (!) que con frecuencia ofrecen menor nivel de conocimientos, especialización y exigencia que los grados (a menudo por la formación previa heterogénea de los alumnos) y con un doctorado que parece tender a confinarse en universidades grandes (además de burocratizarse *usque ad nauseam* sin reparar los defectos más evidentes de esa etapa). Además, todo ello se pretende establecer con frecuencia a coste cero o incluso reduciendo plantilla de profesorado (menos créditos, menos necesidades de profesorado), ignorando y haciendo así imposibles las pretensiones positivas del nuevo sistema (grupos pequeños, seminarios, bibliotecas bien dotadas para el trabajo individual del alumno, etc.).

Aunque no tiene visos de poder conseguirse, habría que invertir en buena medida el proceso: grados con una buena parte de materias comunes en la misma carrera en las distintas universidades y con una duración adecuada a la carrera de que se trate, másteres que garanticen un avance en la formación y especialización, y refuerzo de los estudios de doctorado, entre otras cosas, promocionando su reconocimiento laboral y social. Y, desde luego, es precisa la dotación de recursos humanos y materiales adecuada, dentro del marco de una nueva y suficiente financiación de las universidades en el modelo que se apuntó más arriba.

D) LOS PROFESORES E INVESTIGADORES

No es posible continuar con la actual política de profesorado, que establece cosas tan absurdas (por ser puros lemas o consignas, sin nada serio detrás, como, de creerse lo que de

fondo se predica, debería suceder) como que se procurará la igualdad de hombres y mujeres en tribunales, órganos de la Universidad y hasta equipos de investigación, y desatiende otras como la verdadera implantación de los principios de capacidad y mérito en la selección y evaluación del profesorado.

En cuanto a los procedimientos de selección de los profesores funcionarios, la LRU estableció un sistema fuertemente endogámico y carente (de facto) de publicidad, que demostró su fracaso. La LOU optó por un modelo, el de habilitación, que no es perfecto, pero que posiblemente contenía elementos favorables a la mayor igualdad y a la publicidad de las pruebas, aunque no se libró del todo de la influencia de las “escuelas”, mal entendidas éstas como grupos de poder, y en su aplicación tal vez hubo una excesiva restricción en el número de posibles habilitados (otros cacareados inconvenientes del sistema habrían sido fácilmente corregibles creando un centro estatal de pruebas de habilitación —en Madrid o en Teruel, aunque Madrid habría sido el lugar más cómodo para todos, precisamente por su “centralismo” geográfico— y concentrando las fechas de celebración de pruebas en ciertos meses del año). Aunque a la vez creó una vía contractual paralela que arroja bastantes sombras. La LOMLOU ha cambiado al proceso de acreditación nacional, en el que personas que pueden no saber nada de la materia, juzgan, con unos informes no vinculantes de expertos (anónimos, no faltaba más), la idoneidad de los candidatos, que pueden ser mudos, pues no tienen que realizar ninguna intervención ni pueden defender personalmente sus méritos, a partir de unos supuestos indicios objetivos (tan objetivos que no hace falta, por ejemplo, ver las publicaciones de los candidatos). Una vez acreditado, el candidato, si tiene la suerte, muy desigual entre universidades, de que la suya (en otra es difícilmente pensable) convoque una plaza de su categoría y área, ya sí tendrá que hablar... aunque ante un tribunal montado ad hoc para él: un poco tarde, ¿no?

Muchos temieron que el sistema fuera un coladero. Sin embargo, ha habido de todo:

acreditaciones escandalosas (y otras justas), denegaciones igualmente escandalosas (y otras justas), y, el colmo, hasta acreditaciones por silencio administrativo positivo. Pero, sobre todo, es un sistema muy imperfecto e injusto: sin edad es prácticamente imposible llegar a catedrático, por brillante que sea el sujeto y enormes sus méritos (en cambio, con cierta antigüedad y un número considerable de aportaciones, aunque no valgan demasiado, la cosa se facilita mucho), la falta de argumentación en las resoluciones es a menudo clamorosa reforzando la opacidad del proceso, se han exigido para ser profesor titular cosas tan absurdas como haber dirigido tesis o haber sido investigador principal de proyectos de investigación, cuando en muchas disciplinas ello es prácticamente imposible y además desvertebraría los grupos de investigación, se ha exigido dirigir trabajos de fin de grado o máster cuando esas enseñanzas todavía no estaban implantadas en la Universidad del candidato, se fía la calidad de las publicaciones al impacto o indexación de las revistas (supuesto criterio objetivo), mientras que los índices correspondientes no existen en mucha, disciplinas o no existían en el momento de la publicación o los que empiezan a existir son contradictorios entre sí, se valora demasiado la gestión universitaria, los cursos (algunos esperpénticos) de actualización pedagógica (iguales para un físico nuclear que para un americanista, ¡qué más da el contenido!), etc.

Debe modificarse el sistema profundamente, de modo que la selección del profesorado se lleve a cabo por especialistas altamente cualificados a los que se garantice cierta estabilidad, que puedan actuar de forma independiente, que puedan examinar los méritos de los candidatos detenidamente (por ejemplo, leer sus publicaciones, si bien podrán fiarse de índices de impacto en las disciplinas —no tantas— en que éstos estén firmemente consolidados y aceptados con carácter general), que fundamenten minuciosamente sus resoluciones en un proceso que admita verdadera contradicción de los afectados, etc. Los méritos exigidos deben centrarse en la docencia y la investiga-

ción (con su consecuencia de transferencia), siendo otros méritos (otra actividad profesional, gestión universitaria, etc.) valorables de modo marginal y complementario, sin que sean necesarios para alcanzar la más alta valoración.

Por otra parte, el profesorado, que debe estar bien remunerado y tener alicientes para rendir más en su trabajo, tiene que estar sometido a exigencias serias. No son tales las evaluaciones que se realizan actualmente y las que se proponen desde la ANECA (en que, por ejemplo, un criterio negativo en la valoración del profesor es que suspenda mucho), en buena medida puro maquillaje y populismo barato. Debe controlarse, sin embargo, que el profesor cumpla con sus obligaciones docentes (a veces se hace, pero más sobre el papel, dando por buena la carga docente de ciertos profesores que no la desarrollan ni de lejos y, en casos excepcionales, aunque no tan infrecuentes, apenas pisan su Universidad). Pero a menudo se olvida la investigación; en ciertas universidades escucece y hace brotar sarpullidos sólo mencionar que los sexenios se van a tener en cuenta, por ejemplo, para descargar parcialmente de docencia a un profesor (no tanto escándalo crean las descargas por puestos de gestión retribuidos). Pues bien, contra lo que a menudo se oye, la mayoría de los profesores (y deberían ser todos) tienen obligaciones investigadoras (evidentes en otro personal investigador de las universidades). Sería bueno que las universidades premiaran de algún modo a quienes destacan en ellas, pero más importante aún, que controlaran, exigiendo responsabilidad, a los muchos que, una vez obtenida su plaza, se olvidan de investigar para siempre o lo hacen muy escasamente. Así no todos seríamos iguales, en ese afán de igualitarismo tonto que invade la política universitaria y se potenciaría lo que es un signo distintivo de la Universidad frente a otras instituciones de enseñanza.

E) LOS ESTUDIANTES

Nadie puede poner en duda que los estudiantes son pieza clave de la Universidad. Con

la pérdida de estudiantes en muchas titulaciones se ha abierto a menudo lo que podríamos llamar la “caza o pesca del alumno”. Hay que ofrecer alicientes para captar a nuevos alumnos y mantener a los que se tienen. Ello no está mal, siempre que lo que se ofrezca sea mayor calidad (incluso en competencia con otras universidades), mejores medios para la formación (incluidos mejores profesores), títulos bien elaborados, controles serios que garanticen la formación del estudiante, sólidos conocimientos científicos y profesionales, etc. Así debería ser en el futuro. Porque, en el presente, con notables excepciones, tiende a captarse alumnos proclamando (en voz baja, claro, pero extendida) la menor exigencia para así evitar tasas altas de fracaso escolar, la “empleabilidad” (que no es lo mismo que la preparación para ser un muy buen profesional), simplones apuntes “on line”, gran cantidad de supuestos “derechos” y pocas obligaciones, “caramelitos” como el aprobado por compensación, etc., e incluso como gran reclamo (más bien en las universidades privadas, es verdad) hermosos campus e instalaciones deportivas. En vez de promover el espíritu crítico y la lectura, se les repiten los mismos apuntes año tras año, sin mayor queja por parte de los propios alumnos, sobre todo si el profesor es simpático y con tendencia a aprobar mucho. El alumno es a menudo un dios autocomplaciente, inmaduro y mimado por quienes obtienen su dinero y, más aún, su silencio ante su incompetencia o vagancia como profesores o sus votos para el carguete correspondiente. Y la “boloñesa” evaluación continua supone con frecuencia que al estudiante no se le deja parar a pensar a base de trabajitos cortos, lecturillas mínimas y demás, llevándolo de la manita y fomentando así la extensión de la etapa escolar y la falta de autonomía y responsabilidad para estudiar en profundidad y con visión de conjunto una materia... y examinarse de ella.

El panorama debería cambiar radicalmente: los estudiantes deben tener derechos y garantías en las cuestiones que realmente importan, deben recibir (es un derecho básico) y exigir una enseñanza de calidad, una docencia ac-

tualizada y no basada en apuntes descoloridos, conectada con la investigación, que potencie sus hábitos de crítica y profundización en la materia de estudio, que se base en la lectura de textos serios y material propio de la disciplina, que aúne teoría y práctica, que los forme como buenos profesionales. Todo ello tiene como requisito una exigencia estricta al estudiante y un esfuerzo continuado por su parte, de modo que también brillen aquí los principios de capacidad y mérito, que todos puedan llegar al máximo sin discriminaciones (sobre todo por su origen socio-económico), pero de modo que sólo lleguen los que se lo merecen. Hay que despedir el “alumnismo” barato y suplantarlo por la verdadera calidad y exigencia a todos los implicados en la educación.

2. DIEZ PROPUESTAS PARA UN TRATAMIENTO URGENTE

¿Tiene arreglo la Universidad española? Lo más probable es que a la interrogación del título haya que responder con un no y pasar a preguntarse qué equivalentes funcionales pueden surgir para que se mantenga una formación de excelencia en ciertas materias y una investigación solvente capaz de impulsar el desarrollo del país. Si es que hay país y que se quiere en verdad su desarrollo, claro. Por otra parte, en la situación política actual y con las actitudes y las luces de los partidos que nos gobiernan, la esperanza tiene poca cabida. Si algo se pudiera solucionar del desgastado universitario del presente, sería con medidas fuertemente impopulares y que requerirían un gran pacto de Estado por la Universidad y unión para afrontar todo tipo de protestas, demagogias y desgastes. Pero un acuerdo así requiere partidos con sentido de Estado y atentos al interés general antes que a cualquier otro, y eso puede que sea mucho pedir. Sin contar con que la desorganización territorial de nuestro Estado, Estado sin territorio, dificulta toda política universitaria que no consista en acuerdos entre reinos de taifas o señoríos feudales. Tanto mito de autodeterminaciones y autogobiernos

sólo sirve, en política universitaria, para que las universidades sigan siendo lo que son: endogámicas, localistas, aldeanas, paletas.

Pero hagamos abstracción de los inconvenientes prácticos y de los malos hábitos firmemente asentados y supongamos que quedaran márgenes para la reforma racional de las universidades. ¿Qué habría que hacer? Cambios radicales, como los que pasamos a enumerar en diez puntos.

(i) Recorte del número universidades.

No es preciso aportar datos y ejemplos que están en la mente de todos. Tampoco merece la pena detenerse en el análisis del populismo y electoralismo con que durante las últimas décadas se ha sembrado el territorio del país de universidades y campus. Todo ello no sería inconveniente y disfuncional si los recursos económicos disponibles fueran ilimitados, si hubiera demanda real para colmarlas todas de estudiantes bien seleccionados y de profesorado del máximo nivel. Pero ninguna de esas tres condiciones se cumple. Financieramente el número de universidades se convierte en una carga insostenible y el reparto de los medios económicos entre tantas sólo puede traducirse en infradotación de todas ellas, condenadas por igual a la mediocridad.

(ii) Reorganización de los centros y títulos. En nuestro país, dado a la invención irresponsable de derechos fundamentalísimos que acaban por dejar en papel mojado los derechos que más deberían contar, se ha dado por sentado que cada estudiante ha de poder estudiar una carrera universitaria al lado de su casa y que cada familia debe poder mantener a su vera a sus retoños mientras consiguen un título universitario, aunque sea devaluado en su prestigio y en la formación que al estudiante le aporta. ¿Consecuencia? En cada capital de provincia, o poco menos, ha de haber una universidad repleta de facultades e hinchada de títulos. Trabajemos con el ejemplo de Derecho, que es el que nos resulta más cercano. En Galicia hay cuatro facultades de Derecho; en Castilla y León, cuatro. En Andalucía, nueve. En la Comunidad Valenciana, cuatro. En Cataluña, cinco. En Castilla-La Mancha, cuatro. Y así

sucesivamente y sin contar las universidades privadas, sobre las que alguna cosa habrá que decir también en otra ocasión. Con los medios económicos que consumen podrían mantenerse unas pocas de primer orden y sería posible una muy generosa política de becas para los estudiantes que no contaran con medios bastantes para pagarse los estudios viviendo fuera de su casa. La política de café para todos sólo brinda café aguado o sucedáneo de café.

En cuanto a los títulos ofertados, se suman dos problemas graves. Uno, la baja demanda de muchos de ellos. Otro, el carácter poco menos que ridículo de algunos. Es urgente reconducir la política de títulos a patrones de racionalidad económica y científica. Algunos estudios profesionales carecen de entidad para erigirse en carreras universitarias. Otros estudios, con entidad indiscutible e importancia indudable, pero con muy escasa demanda por diversas razones, deberían ofrecerse únicamente en dos o tres universidades del país, con todas las garantías y el más exquisito nivel.

(iii) Racionalización de los planes de estudios. En este punto se acaba de perder una nueva oportunidad y se ha repetido lo de siempre, haciendo escarnio absoluto de los presuntos fundamentos del sistema de Bolonia. Cada universidad, abandonada al uso más espurio y penoso de su autonomía, compone los contenidos de sus carreras como le viene en gana, lo que bien sabemos que equivale a admitir que sean las correlaciones de fuerzas entre el profesorado y las áreas las que determinan que en un lado se estudie más de una materia o menos de otra, que pase por esencial lo perfectamente accesorio y que se pergeñe un plan a base de parches o inventos más o menos chuscos.

(iv) Reorganización de la división en especialidades, áreas de conocimiento y departamentos. El viejo criterio burocrático debería sustituirse por patrones de coherencia sustantiva. En lo que tiene que ver con las áreas de conocimiento, hemos pasado de la rígida compartimentación a la pura indefinición. A efectos de docencia tendrían que constituirse macroáreas que agrupen especialidades fuertemente interrelacionadas. Dentro de cada una

de ellas, cualquier profesor ha de considerarse capacitado para impartir cualquier asignatura con sentido. Lo que no quita para que cualquier investigador pueda especializarse preferentemente en una concreta problemática, pero de manera que la organización institucional de la docencia y la investigación vele por que cada uno posea la adecuada visión del conjunto. No debe temblar el pulso de nadie a la hora de suprimir áreas o disciplinas que hayan perdido su razón de ser, y menos aún al tiempo de constituir otras nuevas, requeridas por el avance de los tiempos.

En cuanto a los departamentos, en la actualidad no son más que artefactos burocráticos en los que se agrupan disciplinas que en muchos casos carecen de toda afinidad, y docentes e investigadores que no tienen más relación que la personal, en el mejor de los casos. Si los departamentos han de contar con competencias relevantes en materia de docencia e investigación, su composición no puede dejarse al albur de las circunstancias de cada lugar, sino que deben constituirse en función de criterios que permitan una política departamental coherente y fundada en patrones serios. A falta de todo ello, los actuales departamentos universitarios no son, por lo común, sino engendros burocráticos en cuyo seno siguen las viejas áreas campando por sus respetos.

(v) **Desburocratización.** El profesorado universitario se ahoga entre papeles, su trajín burocrático es asfixiante: memorias, informes, cuentas, solicitudes, cartas para esto y lo otro, presupuestos, etc., etc. La queja no es porque ese aspecto del trabajo sea excesivo, que lo es, sino porque tantísimo tiempo dedicado a menesteres de oficinista se resta inevitablemente de lo que tendría que ser el eje de la labor profesoral: la docencia de calidad y la investigación con rendimiento. Es un círculo infernal el que mueve la burocracia universitaria, pues el exceso de papeleos lleva a la creación de nuevas oficinas, secciones y negociados que, al tiempo, justifican su existencia demandando nuevos papeleos. Crece (o crecía) el personal de administración y servicios, pero ese aumento no se traduce en descarga burocrática del profesorado, sino en

carga plena para los unos y los otros. Súmese a lo anterior el tiempo que se va en reuniones de comités, comisiones, juntas y consejos, resultado de una hiperinflación organizativa que finge servir a un aumento de los controles, pero que, a la postre, no representa más que una ociosa multiplicación de los entes y un gasto inusitado de tiempo y esfuerzo ocioso, pues por lo general nada útil se debate y nada cambia en el viejo modo de gobernarse.

El combate eficaz de esa burocratización absurda pasa por medidas como las siguientes.

a) Racionalización y simplificación de los procedimientos administrativos en las universidades.

b) Reorganización de las tareas de gestión, que, sin perjuicio de ciertos controles, deben estar encomendadas a personal administrativo especializado.

c) Redefinición de los cometidos propios y necesarios del personal de administración y servicios, en el entendimiento de que se trata de servir antes que nada a las labores docentes e investigadoras que son la razón de ser de la institución, y de descargar de trabajos administrativos y burocráticos al personal que debe volcarse en la investigación y la docencia de calidad. Clama al cielo, por ejemplo, que en muchas universidades sean los propios investigadores los que tengan que llevar personalmente la gestión burocrática y las cuentas de sus proyectos de investigación. Es un ejemplo de tantísimos.

(vi) **Políticas de personal académico.** Aquí está una de las madres del cordero. Sin medidas en este capítulo todo lo demás será ocioso, todo. El profesorado de las universidades ha crecido a impulso de la alegre bonanza económica de los pasados años y de aquellas políticas de creación desaforada de nuevas universidades, centros y títulos. La cantidad no ha ido de la mano de la calidad, la extensión ha primado sobre la excelencia. Políticos y rectores buscaron la paz de en los recintos académicos al precio de contentar a todos. La pesca de votos y adhesiones llevó a aplicar el principio de que todo el mundo es bueno y todo el

que está dentro merece seguir y ascender. En cada reforma, y fueron muchas, se aprovechó para promocionar a cualquiera que se dejara. Las escuelas y grupúsculos hicieron su agosto aumentando sus huestes en concursos legalmente amañados y con descarado desprecio del mérito, la capacidad y la objetividad en el juicio de tribunales y comisiones. Los resultados, previsibles, resultan incuestionables a estas alturas: descompensación de las plantillas por falta de planificación, bajo rendimiento de buena parte del profesorado, desmotivación de los mejores y ventajoso acomodo de los menos laboriosos y los más pícaros.

Cierto que en cada Universidad unos cuantos siguen en la brega contra viento y marea y contra la incompreensión de los poderes establecidos. Pero hay también mucha sinvergonzonería. Profesorado que comparece muy de tarde en tarde en su centro de trabajo, que descuida radicalmente no sólo la investigación, sino también la simple puesta al día en su materia, que se toma la docencia a beneficio de inventario, que gasta su tiempo académico en labores perfectamente fútiles. Se saben y se sienten inamovibles, inatacables, inmunes. Con la adicional ventaja de que van constituyendo alianzas y conformando mayorías que les permiten alterar los valores académicos y hacer pasar la inutilidad por mérito. No en vano puntúan al alza esas actividades con las que matan el tiempo que a otras cosas debería dedicarse: desempeño de cargos, pertenencia a órganos de gobierno, comisiones y comités, asistencia a cursitos sin sustancia, organización de eventos biensonantes, consecución de medios para el cultivo nada más que de la moda intelectual vacua y la “political correctness”, explotación del eufemismo para presentar como colaboración Universidad-empresa o transferencia de conocimiento lo que no pasan de ser amaños, contubernios, tertulias y poses para la galería.

Se necesita un corte brusco, un tajo radical. Sobran malos profesores, sobran perezosos y listillos, sobran aprovechados y pescadores de río revuelto, sobran arribistas y especialistas en relaciones públicas, sobran gestores de la inanidad

y virtuosos de la propaganda y el autobombo. Es imprescindible elevar el promedio de calidad y dedicación efectiva —no puramente nominal o aparente— del profesorado. A tal propósito, sería recomendable que se aplicara combinadamente una doble estrategia: favorecer a los que cumplen en lo que en verdad ha de importar y buscar salida para los reacios y los incapaces. Es inadmisibles el actual reparto de dineros y posiciones. El gran investigador y el absentista redomado no pueden seguir contando de idéntica manera para la autoridad académica. Ahora, por ejemplo, se pretende aligerar las plantillas y rejuvenecerlas a base de jubilaciones voluntarias para los mayores de sesenta años, sin que a nadie le importe lo más mínimo si el que se marcha es una autoridad internacional en su especialidad y los que se quedan, de cualquier edad, son unos pillos que no dan palo al agua. La carga docente de los mejores y los peores es la misma, el sueldo muy similar, la consideración de puertas adentro, en rectorados y decanatos, exactamente igual. Es intolerable, es injusto, es absurdo. Es la radical negación de la tan cacareada excelencia.

(vii) Reorientación de la política con los estudiantes. Se ha colado en las universidades el mito dañino del fracaso escolar. Se considera que una Universidad fracasa cuando no alcanzan el correspondiente título casi todos los estudiantes que comienzan en ella una carrera. Estudiantes que, en muchos casos, son admitidos sin necesidad de acreditación de una formación mínima o una elemental capacidad. Ya no hay exigencia para el aprobado, sino exigencia de aprobados. Que los títulos se deprecien, que a la sociedad se le dé gato por liebre, que el mérito individual y el esfuerzo del estudiante dejen de importar es la consecuencia de las frívolas y cursis modas pedagógicas que han destruido previamente la enseñanza secundaria, y de la lucha de las universidades por mantener una matrícula imposible, entre otras cosas porque no puede razonablemente haber estudiantes para tantos centros y carreras.

Lo único que justifica las universidades, en lo que a docencia se refiere, es la competencia de quienes en ellas obtienen título, no su nú-

mero, y la única base para medir su calidad es el destino de sus titulados, su éxito profesional futuro. Cualquier otro indicio es engaño, maniobra de despiste, estafa a la sociedad que paga. Si los títulos no han de tener más pretensión que la de ser rito de paso y habilitación formal para que las empresas e instituciones elijan a los que les sean más gratos por razones de clase, de influencia social o de partido, la Universidad está de más, sobra, es un lujo tan caro como vano.

(viii) Competencia real entre las universidades. Ya lo hemos repetido, sobran universidades, facultades y títulos. Deben sobrevivir solamente los mejores, compitiendo en buena lid, bajo condiciones justas. A la hora de medir rendimientos y méritos de cada Universidad, sólo dos criterios son fiables y razonables: la producción científica de sus investigadores y el éxito laboral de sus titulados. Lo demás, medir hectáreas de zonas verdes, metros de estanterías, número de ordenadores o tipo de ventilación de las aulas es confundir medios con fines, por no utilizar una expresión más contundente y popular.

Puestas a competir bajo tales pautas, las universidades han de poder disputarse los mejores estudiantes y los más competentes docentes e investigadores. Ahí debe darse campo libre a la oferta y la demanda. Que cada Universidad pueda autónomamente optar entre el vegetar anodino y el convertirse en centro de referencia nacional e internacional. Pero, para ello, cada Universidad ha de disponer de los instrumentos legales para desprenderse del profesorado que la lastre y para llevar a su claustro al que le dé prestigio y buen rendimiento.

Cuando cada Universidad, cada facultad y cada departamento sepan a ciencia cierta que se juegan la subsistencia con la producción y la categoría de sus profesores y sus estudiantes, desaparecerán como por ensalmo la endogamia, el localismo, el corporativismo y la práctica de políticas de amigo y enemigo. Cuando cada profesor sepa que se juega su propia estabilidad y su futuro laboral al votar a este o aquel candidato para una plaza o un contrato, se acabarán las concesiones a la relación personal y discipular, la compasión mal

entendida o la indiferencia hacia el destino de la institución. Desaparecerán, en suma, todas esas lamentables razones para preferir siempre a los de aquí, a los nuestros, a los que ya están o a los que nos bailan el agua.

(ix) Reconducción de los sistemas electorales y los procedimientos democráticos.

La democracia tiene su lugar ineludible en los procesos políticos, pero las universidades no son ni deben ser centros guiados por la lógica política. El principio un hombre un voto se justifica en las elecciones políticas, dado el valor por definición igual de todo ciudadano en cuanto elector. En la Universidad no valemos todos igual. El compromiso con la institución no es el mismo en el caso del investigador productivo y del simple funcionario infecundo. Tampoco es igual en el estudiante de alto rendimiento que en aquel que vegeta sin mayor interés por el estudio. Si la pauta universitaria ha de darla la excelencia, sólo los que la acrediten han de estar llamados a responsabilizarse de las decisiones cruciales o, al menos, unos y otros, laboriosos y abandonados, competentes e incompetentes, tienen que disponer de una capacidad de influencia proporcional a su rendimiento. Si a eso se le quiere llamar elitismo, no importa, estará justificado. Si se piensa que supone la reintroducción del voto censitario, bendita sea la justicia de tratar desigualmente a los que se comportan como desiguales. Suponemos que a nadie se le ocurriría que el director de un hospital o el jefe del servicio de cardiología deban elegirse mediante votación de todo el personal hospitalario y de los pacientes que en ese momento ocupen sus camas. ¿Acaso las universidades importan tan poco como para que pueda permitirse que las rijan el electoralismo de los más dispuestos a repartir favores o la ambición de los que sólo quieren utilizarla para dar el salto a otros ámbitos, huyendo de bibliotecas y laboratorios?

(x) Replanteamiento de la autonomía universitaria.

Las universidades deben ser autónomas nada más que para no convertirse en simples correas de transmisión de partidos políticos o grupos de interés y para que en sus recintos la investigación y la docencia se cultiven bajo una

libertad bien entendida. Nada más. En lo que directamente tiene que ver con la función que la justifica y con el interés general, las universidades han de someterse a patrones legales claramente establecidos. Lo que no es presentable y constituye la negación misma de las razones de esa autonomía es que decisiones como las atinentes a qué carreras se imparten o con qué contenidos de los planes de estudios se tomen libérrimamente en cada Universidad, en votación a mano alzada y en función de los más pedestres intereses de sus coyunturales miembros. Autonomía universitaria no puede ser sinónimo de descontrol, irresponsabilidad e improvisación. Tampoco de impunidad. Mejor será Universidad con menos autonomía que autonomía sin Universidad, al menos sin una Universidad que merezca su nombre. Que se nos gobierne, que se nos exija, que se nos controle, que se nos haga justicia y que cada palo aguantе su vela.

3. SOBRE LOS ESTUDIOS DE DERECHO Y SOBRE NUESTRAS FACULTADES

A) POR QUÉ YA NO NOS QUIEREN NI NOS HACEN CASO

La situación de las facultades de Derecho merece una consideración especial aquí, puesto que entre juristas hablamos. La primera hipótesis que cabe aventurar, y que ameritaría un estudio detenido, datos en mano, es la gran pérdida de influencia que durante las últimas décadas han padecido nuestras facultades y los juristas en ella formados. En la actual “contienda de las facultades”, las de Derecho han mermado en peso político y capacidad de influencia sobre los gobernantes y sus ánimos reformistas. En tiempos no muy lejanos el papel de consejero áulico lo desempeñaban fundamentalmente los expertos en leyes; de ellos estaban llenos los gabinetes de asesores, por sus manos pasaban principalmente las reformas sociales de todo tipo y con su peculiar lenguaje y sus particulares conceptos impregnaban las gacetas oficiales.

Hoy esa situación se ha alterado grandemente y las gentes del Derecho ya no se sientan a la diestra de los políticos con mando en plaza o, si lo hacen, conceden mucho terreno a los nuevos expertos, forjadores de una verdadera neolengua y productores novedosos referentes simbólicos. El dominio de los objetivos, los símbolos y los conceptos vinculados a las reformas sociales corresponde ahora a una alianza de economistas, por un lado, y, por otro, expertos en comunicación y marketing, educadores y psicólogos sociales, con ocasional aportación de sociólogos no muy empíricos.

Tal desplazamiento de poderes e influencias tiene su explicación y deja sentir con claridad sus efectos. La explicación posiblemente se relaciona con una profunda trasmutación de la política. El enfrentamiento político a la antigua usanza, ligado a contrastes ideológicos y programáticos y que se traducía en la contraposición entre una derecha conservadora de las tradiciones y las estructuras sociales heredadas y una izquierda disconforme que hacía de las reformas sociales un instrumento de transformación de las sociedades con propósitos de justicia social y amparándose en la fe en el progreso, va desapareciendo velozmente y con escaso rastro. La propaganda sustituye a los programas con contenido tangible y ánimo sincero, el eslogan toma todo el espacio de la idea, la imagen impera sobre cualesquiera contenidos.

Semejante desideologización de los partidos y la correspondiente trivialización de la política, convertida en espectáculo puramente mediático, articulada como carnaza para *hooligans* irreflexivos y practicada con cinismo descarnadamente posibilista y electoralista, coloca la política y su práctica en un denso vacío, si se nos permite la paradójica expresión. Huérfana la política de deliberación, divorciada de ideas de largo alcance, ajena a resultados de fondo, cultivada como discurso puramente autorreferente y banal, surge la necesidad de equivalentes funcionales que colmen el vacío dejado por el antiguo contraste de ideas, programas y proyectos de conservación o reforma. Tal va a ser la aportación de los mencionados “científi-

cos sociales”; a ellos les corresponde encubrir la desnudez ideológica de los gobernantes con nuevas categorías, con construcciones verbales de tapadera y con una apariencia de cientificidad que no tiene más trasfondo que la vaguedad y el disimulo; ideología, sí, pero ahora y definitivamente como falsa conciencia, como nuevo opio del pueblo, pura técnica manipulativa, vacuidad con pretensiones, latiguillos sin sustancia, evanescentes y pueriles quimeras que mezclan barata moralina, “political correctness” y demagogia en exquisitos envases.

Los esquemas y las secuencias de la política se han alterado por completo. Conforme al modelo pretérito, el político dibujaba los objetivos y el jurista les daba forma jurídica para traspasarlos a la gaceta oficial y articularlos como derechos y obligaciones. La política, así, se apoyaba en el Derecho y en su corte de expertos en leyes. Mas, ahora, la política es propaganda, la legislación se mueve a medias entre lo coyuntural y lo simbólico y las reformas ya no obedecen a criterio sustantivo, sino que pretenden nada más que juridificar las consignas y las apariencias. La ley cada vez regula menos, ahora educa y alecciona, pontifica y se modifica al ritmo de las encuestas de opinión. El Derecho se politiza en un sentido nuevo y, puesto que la política se queda en electoralismo y cultivo de los lugares comunes de una mentalidad posmoderna y algo infantiloides, los textos normativos se rellenan de valores evanescentes, de principios biensonantes y de proclamaciones finalísticas sin virtualidad práctica inmediata. Al tiempo, se crean sin parar nuevas instituciones sin operatividad real, pero con alto valor simbólico. Baste echar un vistazo a los boletines oficiales e ir contando los cientos o miles de variopintos y hasta ridículos “observatorios” que se han ido inventando durante los últimos diez años. El Derecho, en suma, pierde capacidad regulativa y se convierte un instrumento de “observación”, de adoctrinamiento y de propaganda. En nuestros días la hiperinflación legislativa va de la mano con la pérdida de eficacia de lo jurídico, se regula para desregular, se legisla en abundancia para ratificar la fuerza normativa de lo fáctico, para que sean otros los

medios de control social y distintos los poderes que determinen la distribución de los bienes y las oportunidades: grandes grupos económicos y empresariales, lobbies de todo tipo, importantes grupos de comunicación, tramas con implantación territorial, grupos corporativos, asociaciones profesionales, etc.

Donde el legislador actual echa el resto es en las exposiciones de motivos de las normas. Muchas no tienen más contenido cierto ni más sustancia que la muy escasa de tan extensas motivaciones. Pero una vez que la retórica más vacua ha desplazado a los contenidos reguladores y cuando la ley no cuenta por lo que es, sino por lo que aparenta o dice querer, el nuevo legislador ya no tiene que ser el jurista de antes, sino el especialista en ese otro tipo de discursos. Por eso al nuevo poder político le son mucho más útiles los profesores de ética, los pedagogos, los artesanos de las pseudoeconomías sostenibles, los que viven del género, los metodólogos del cómputo y la “observación”, los “comunicólogos”, los no gubernamentales gubernamentalizados, los libertarios a sueldo, los vates de la lírica multicultural, ecológica, pedagógica... Hacer una ley ya es cosa similar a producir un anuncio publicitario o a inventar un titular periodístico. Nada más se persigue, ninguna otra cosa importa. El ceño represor de los leguleyos es felizmente sustituido por la sonrisa amable de los maestros de la autoayuda y de los autores de literatura de aeropuerto.

B) PERDÓNANOS NUESTRAS CULPAS

Unas cosas no quitan las otras. La reseñada mengua de la relevancia de los juristas y sus facultades no tiene por qué verse como fruto de perversas conspiraciones, pues méritos bastantes hemos hecho, colectivamente, para venir a menos. Pocas serán las facultades universitarias que hayan mostrado menor capacidad para adaptar sus prácticas, sus métodos y sus mentalidades a los nuevos tiempos y a los cambios en el medio. Pocas habrán sido tan autocomplacientes, tan ajenas al mundanal ruido, tan ensimismadas, tan devotas de los métodos pretéritos y de los conceptos heredados. Se

echa en falta un nuevo Jhering que reescriba la *“Jurisprudencia en broma y en serio”* y que haga la caricatura del profesor de leyes alienado, al tiempo que confiado y soberbio. Muchos de los que desde fuera nos ven interpretan como conservadurismo lo que más bien resulta inconsciencia. El mundo se hunde, o al menos se transforma por completo, pero nosotros seguimos en nuestro cielo dogmático, prisioneros de los más rancios moldes doctrinales, alejados de la práctica jurídica en cualquiera de sus variantes y trayendo en nuestros escasos ejemplos a Ticio y a Cayo, como si no hubiera llovido. Hay excepciones, naturalmente que sí, pero el tono general o el promedio es el que es.

Aun cuando sea una dolencia generalizada en las universidades españolas y en cualesquiera de sus centros, las facultades de Derecho son extraordinariamente endogámicas y dadas a la conservación del “antiguo régimen” universitario. Puesto que no los estudian hoy seriamente ni la sociología general ni la sociología jurídica, tendrán que ser los historiadores los que el día de mañana analicen dos curiosos fenómenos muy nuestros: la presencia creciente en nuestros claustros de auténticas sagas familiares y los efectos de la política de escuelas. No hablamos de corrupciones o corruptelas —aunque en algún que otro caso también cabría—, ni siquiera del obstáculo para la sana y libre competencia científica; nos referimos al freno que para el desarrollo de la mejor teoría jurídica representa el viejo y perdurable espíritu tribal o de clan. La política de lealtades obtura el debate riguroso, la colaboración interdepartamental, la adecuada ponderación de logros y méritos. El mercado de las ideas y las teorías está fuertemente intervenido por las políticas grupales, la dialéctica amigo-enemigo embota el diálogo científico. Y todo ello con un efecto paradójico: el territorio por el que se compite se hace cada vez más pequeño, mezquino incluso, en la medida en que el esfuerzo no se orienta a la producción de calidad, sino a la obtención de influencia interna. Las facultades de Derecho, las áreas o disciplinas, los departamentos se cierran sobre sí mismos y funcionan en clave de poder interno y no de competencia hacia el exterior. Ganar vale

más que convencer, colocar a los propios cuenta mejor que hacerse valer de puertas afuera y por la investigación bien consumada. Las jerarquías internas se constituyen por lealtades personales y académicas y no con base en el saber, el esfuerzo investigador o el prestigio académico. La consiguiente pérdida de relevancia social se sobrelleva con lampedusiana melancolía. Y después de mí, el diluvio. Al decir todo esto no pretendemos, ni con mucho, atacar las escuelas bien entendidas ni poner en solfa a los maestros que enseñan o a los discípulos que aprenden. Lo triste es que en nuestras universidades y áreas ya casi no se pueda decir “escuela” sin que pensemos en Sicilia y sus aldeaños.

En esas peculiaridades idiosincrásicas puede haber explicación no meramente para el acortamiento de la influencia hacia el exterior, sino también y de manera muy principal para lo que a primera vista parece todo un misterio: por qué, pese a las sucesivas reformas y las consiguientes oportunidades, las facultades de Derecho no renuevan ni sus modos de enseñar ni la división de sus disciplinas o áreas ni, por supuesto, los planes de estudios. Que todo cambie para que todo siga igual.

¿En cuántas facultades de Derecho (o de cualquier cosa) se ha reflexionado con rigor y ecuanimidad a la hora de elaborar y reelaborar los planes de estudios? Unas veces las áreas mejor dotadas de personal se hacen fuertes, toman cabezas de playa o pactan en pequeños grupos y se imponen bajo la forma de planes a su medida y para su exclusivo interés. Y hasta titulaciones nuevas y facultades enteras de nuevo cuño se han inventado sin más justificación ni más criterio que ese de la lucha por el *Lebensraum*. Que cada uno busque ejemplos, no hará falta que mencionemos aquí ninguno. Con un esperable efecto adicional, pues la disciplina que hoy crece más y se hace con más espacio estará mañana en mejor disposición de controlar los contenidos de la enésima reforma y de sentar sus reales en los planes nuevos. Planes de estudio de Derecho que acaban siendo un monográfico de Derecho X y unos cuantos aditamentos menores, para que no se diga, para salvar las apariencias. Mejor cabeza de ra-

tón que cola de león; ese podría ser el lema colectivo de tantos de nosotros. Preguntémoslo: ¿por qué ciertas materias jurídicas ganan espacio en las facultades y los estudios de Derecho a la par que se vuelven menos relevantes en la práctica jurídica? O, desde otro punto de vista, ¿por qué en la mayor parte de nuestras facultades el Derecho Comunitario sigue ocupando un lugar marginal al tiempo que otras materias crecen tanto como se acorta su presencia en la legislación o las sentencias?

Otras veces las guerras intestinas se sortean a base de salomónicos repartos: que en el plan nuevo cada cual se mantenga en proporción a lo que en el anterior tenía. Sea de esta manera o de la anteriormente descrita, una consideración brilla por su ausencia: la de cuál es la auténtica realidad del Derecho en nuestros días, la de qué alteraciones ha experimentado el sistema de fuentes, la de cuáles son las nuevas salidas profesionales de los estudiantes o cuánto ha variado de las antiguas. Ventajas de la autonomía universitaria mal entendida y peor aplicada: cada uno hace de su capa un sayo y el que más chifle, capador.

Insistimos, no es defecto exclusivo de las facultades de Derecho, en modo alguno. Pero mal de muchos...

C) PERDIDOS EN EL ESPACIO (EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR)

No sabemos en qué proporción, pero perdura sin duda aquel profesor de Derecho que, en el aula y día tras día, perdía la mirada en el techo mientras disertaba muy largamente sobre “concepto, método y fuentes”, sobre los antecedentes históricos de la asignatura, sobre su presencia en el movimiento codificador, sobre la historia y sus antecedentes en el Derecho comparado... Así medio curso, por lo menos. Y medio programa sustantivo y referido, al fin, al Derecho y la jurisprudencia del presente, por el manual y sin explicar. Cómo no acordarse también de que en cada tema se comenzaba por muy esotéricas disquisiciones sobre la naturaleza jurídica de la institución de turno

y que siempre había, y sobre cualquier cosa, una teoría objetiva, una subjetiva y una mixta que recogía lo mejor de las otras dos aportaciones y que venía a ser la que más convencía a nuestro enseñante. Y qué decir de la escasez de ejemplos prácticos en las explicaciones o de su aroma a naftalina, recién sacados los casos de alguna mención en Puchta o Winscheid recibida de quinta mano y con graciosas modificaciones. ¿Y el desprecio a las horas de práctica, el nulo uso de la jurisprudencia, salvo para que se memorizasen las fechas de ciertas sentencias que reflejaban o bien la teoría subjetiva o bien la teoría objetiva o la muy equilibrada teoría mixta? ¿Y los exámenes brutalmente memorísticos y exentos para el estudiante ya no solo de la necesidad de razonar, sino hasta de la posibilidad de hacerlo? ¿Y el manual de la cátedra o del maestro del catedrático? A veces había suerte y se trataba de una obra muy meritoria y formativa, pero en otras ocasiones recibía el nombre de manual, y como tal se estudiaba, un amasijo de páginas viejas malamente encuadernadas, repleto de información desfasada o de doctrina inane, que se vendía en la tienda de la esquina y cuya adquisición obligatoria era incluso controlada a la hora del examen.

Esa era una cara de la moneda, concretamente la cruz. Porque también hay que hablar de la otra, que a todos nos marcó muy para bien alguna que otra vez. Nos referimos a la clase magistral excelente de algún maestro de verdad, esas disertaciones vivas y apasionadas que en el alumnado hacían nacer vocaciones y renacer la esperanza de no haberse equivocado de carrera. Profesores llenos de pasión, de entusiasmo, de ganas de debatir sobre asuntos de fondo de su materia con estudiantes, colegas o quienquiera que se pusiera a tiro, enseñantes sedientos de un buen razonamiento del alumnado y que en el examen buscaban algo más que un ejercicio de memoria sin seso. Cuántos le tocaran a cada uno de los unos o de los otros dependía de la suerte, del puro azar, de que cayera la moneda de cara o por el lado de la cruz. Y eso por no hablar de la cuota de loquitos que en cada facultad solían tener su sitio en la tarima, atrabiliarios personajes ele-

vados a la categoría funcional por una muy mal entendida caridad o por tantos años de incontestable fidelidad al maestro parroquial, por oscuras intimidades, por cercanos o lejanos parentescos.

En las facultades de Derecho estaba haciendo falta una renovación de los métodos docentes: eso no parece fácilmente discutible. Y en esto llegaron las nuevas modas didácticas y pedagógicas y muchos se fueron a extremos opuestos, pero igual de viciosos o más. El que antes recitaba el manual o descaradamente lo leía, ahora repite adormecido lo que se proyecta en Power Point y pasa pantalla como antes pasaba página. Se estimula y se puntúa para bien el uso de las nuevas tecnologías y los medios electrónicos, cualquier uso, hasta el más estúpido o estéril. El descrédito de la clase magistral y la mitología de la participación por la participación lleva a los más avispados e igual de perezosos a encargar la exposición de los temas a los estudiantes mismos o a sustituir la disertación profesoral por el debate gratuito sobre temas dízque de actualidad y cuya relación con la asignatura en cuestión o no se sabe centrar o está tomada por los pelos. La evaluación rigurosa deja paso a aprobados cuasigenerales camuflados de evaluación continua y que dan por bueno y competente al que haya asistido a las clases y haya entregado tres trabajitos de tres folios sobre “la protección del consumidor en el marco de la globalización”, “el derecho a la paz en un mundo en conflicto”, “el acto administrativo bajo una perspectiva de género”, “los derechos de los niños en la sociedad tardomedieval”, “el uso de la letra de cambio en el pequeño comercio regional”, “los delitos sexuales en el cine japonés”, “la conciliación de la vida laboral y familiar en el vigente convenio colectivo de farmacia” o “el Defensor del Pueblo en nuestro Estatuto de Autonomía: entre la identidad y la diferencia”.

Urge una renovación docente en nuestras facultades que nos libre de ese oscilar entre las tradiciones más agotadas y las posmodernidades más frívolas, entre el doctrinarismo plomizo y la superficialidad con pretensiones. Sobre el papel no debería ser difícil, si fuéramos ca-

paces de ponernos de acuerdo en unos muy elementales puntos de partida:

- Que la dogmática jurídica y sus doctrinas no son un arte por el arte ni encaje de bolillos para espíritus puros, sino que sirven para la resolución de problemas prácticos y, ante todo, para dar sentido y coherencia a la legislación y para dotar de apropiadas herramientas al razonamiento del juez y demás operadores del Derecho.
- Que no se comprende un problema jurídico mientras no se muestran los casos prácticos en que se hace patentes y tienen consecuencias las diversas alternativas normativas, teóricas y doctrinales. El profesor al que no se le ocurre un ejemplo práctico o no conoce uno real para el tema que está explicando no domina el tema que está explicando.
- Que dominar el Derecho es saber argumentar sobre y con las normas, los conceptos y las decisiones.
- Que en Derecho la teoría sin práctica tiene tan poco sentido como la práctica sin teoría y que es poco menos que inútil toda enseñanza que no combine de continuo los dos aspectos.
- Que una comprensión de lo jurídico que no sea capaz de integrar en sus explicaciones la interrelación práctica con cuestiones económicas, políticas, morales y sociológicas incapacita al jurista para la comprensión última de su objeto y pone sus técnicas a merced de designios ajenos, sean designios “sistémicos”, sean designios personales.
- Que el bagaje teórico y dogmático que viene de nuestra tradición disciplinar es un capital imprescindible, aun cuando deba estar en permanente renovación y puesta a prueba. No hay Estado de Derecho eficaz sin una muy depurada dogmática jurídica. Ese capital no se transmite al estudiantado a base nada más que de organizar debates sobre cuestiones picantes o de encargar trabajillos caseros

sobre noticias de la prensa. Pero tampoco se hace o se enseña dogmática jurídica cuando de ella se muestra únicamente un artificio conceptual desvinculado de los conflictos sociales reales y los problemas de la praxis jurídica cotidiana.

D) CON PLANES Y A LO LOCO

Se han sucedido las reformas, pero ¿cuánto ha cambiado en los contenidos, planteamientos y enfoques de los planes de estudios de Derecho? Muy poquita cosa, más allá de algunas modificaciones en los nombres de las materias, del desdoblamiento de algunas asignaturas anteriores o de la introducción de alguna que otra un tanto innovadora, pero por lo general como optativa. Y, por supuesto, la verborrea como adorno impuesto, el hablar a tontas y a locas de competencias, habilidades y destrezas para hacer felices y tener tranquilos a los controladores de las agencias oficiales y a sus gabinetes de burocratas y pedagogos con cabeza hueca.

¿Habría sido conveniente un replanteamiento a fondo de los planes? Seguramente. ¿Por qué no se habrá hecho en casi ningún lado? Concurren varios factores como hipótesis explicativas del inmovilismo: la inercia de lo heredado, la división en áreas de conocimiento y el consiguiente modo de articularse los poderes informales dentro de las facultades.

En Derecho, la especialización se entiende generalmente como rígida compartimentación y, como tal, es dañina. Que la investigación pueda alcanzar muy altos niveles de especialidad y que para la elaboración de un buen artículo o una monografía sobre temas con muy elaborada dogmática y alta complejidad técnica haya que dominar muy a fondo algún sector particular del ordenamiento o de una disciplina es cuestión evidente. Pero no se justifica por eso que se acabe sabiendo nada más que de unos pocos temas o, incluso, que únicamente se manejen los rudimentos de una cierta materia. Los propios resultados de la investigación se resentirán de una especialización miope y sin saberes o análisis complementarios, pero, sobre todo, en la docencia ordinaria,

la de las licenciaturas de antes o los grados de ahora, supone un perjuicio para la formación del estudiante. No es que tenga el profesor que conocer en profundidad todos los vericuetos de lo jurídico ni que pueda o deba hablar en sus clases de cualquier cosa que con el Derecho tenga que ver. Pero quien sabe poco Derecho no está en condiciones de exponer adecuadamente ni siquiera una parte del sistema jurídico. El que no conoce algo de lo de los otros no podrá enseñar bien lo suyo.

Cuanto se acaba de opinar no significa que estemos a favor del profesor puramente generalista o de una enseñanza del Derecho que mezcle acríticamente churras con merinas. No es que cualquier profesor pueda o deba explicar cualquier cosa, sino que cada uno debe enseñar lo suyo desde un conocimiento básico de la materia de los otros y con una visión del conjunto del sistema jurídico y sus claves principales.

Las áreas o disciplinas vienen funcionando como compartimentos estancos y las fronteras se vigilan con empeño y hasta con agresividad o desprecio. Mentalidad de pequeños propietarios, de hortelanos minifundistas. Abundan los ejemplos que podrían traerse a colación. Será coja la explicación del penalista o el civilista que carezca de una suficiente preparación en Derecho procesal y no digamos la del procesalista que no esté familiarizado con las claves y el estado del respectivo. ¿Derecho sustantivo. Qué decir de un profesor de Derecho internacional privado escasamente competente tanto en Derecho internacional público como en Derecho civil o mercantil. De qué valdrá un enseñante de Derecho fiscal y financiero que carezca de buenos rudimentos de Derecho administrativo? ¿No tendría el administrativista que explica el sistema de sanciones administrativas que estar al corriente de las bases del Derecho penal, y no debería el penalista ser capaz de trazar el cuadro general de las sanciones, tanto las administrativas como las penales? Y qué hay de cualquiera que no esté al cabo de la calle sobre el Derecho constitucional y su jurisprudencia. ¿Y el Derecho de la Unión Europea? ¿Acaso se puede exponer hoy en día cualquier materia de las llamadas

de Derecho positivo sin parar mientes en el sistema de fuentes del Derecho de la Unión y la normativa que de ellas emana? Por no hablar, en el colmo, de la utilidad de los filósofos del Derecho que del Derecho vigente y de sus problemas aplicativos y jurisprudenciales no tienen mayor noticia y que se pasan las horas atascados en una angélica teoría de la justicia y demás valores, o recitando obviedades sobre los derechos humanos y su muy humano carácter; y eso en el mejor de los casos, o casi.

Confiamos en que acontezca un extraño prodigio: que, al final de la carrera, en la cabeza del estudiante se produzca la síntesis de lo dispar y que el sistema jurídico acabe ahí, al fin y por arte de birlibirloque, apareciendo como sistema propiamente dicho; como el sistema que hasta el momento no le ha sido presentado. ¿Se puede transmitir lo que no se tiene? ¿Cuántos profesores de Derecho explican desde la conciencia del sistema y no desde la mirada estrecha sobre una parcela puntual, con anteojeras?

Que en los planes de Derecho hay que poner un orden y una secuencia, una mínima organización de las asignaturas, va de suyo. Pero que las asignaturas se sucedan o se superpongan sin orden ni concierto, sin hilo conductor y sin posibilidad de que el estudiante llegue a conseguir una visión de conjunto no se justifica. Hay temas que se repiten una y mil veces, sin coherencia y sin articulación. El ejemplo más patético suele verse en el asunto de las fuentes del Derecho. Es poco menos que casual y arbitraria cualquier coincidencia entre lo que en ese apartado explica el profesor de Teoría del Derecho, el de Derecho civil, el de Derecho constitucional, el de Derecho administrativo, el de Derecho internacional, el de Derecho comunitario, el de Derecho mercantil... El alumno va descubriendo, perplejo, que además de las leyes existen los reglamentos, con su enorme variedad, que lo que era la costumbre como norma aparece un día complementado con los usos del comercio o la *lex mercatoria*, y vaya usted a saber cómo encajará esto último, que existe la costumbre internacional, que además de la constitución, las leyes

y los reglamentos asoman, allá por mitad de la carrera, las peculiares normas del Derecho comunitario, como directivas y similares, que de pronto hay que hacerle sitio en la pirámide al convenio colectivo, que el contrato igual es norma o igual no, según los días, que se aplican en el Derecho interno normas de sistemas jurídicos extranjeros, que por encima de las normas constitucionales, presentadas al principio como las más supremas de las supremas, cuentan reglas de otros órdenes, como el internacional y el comunitario...

Saber Derecho es, lo primero de todo, conocer de dónde vienen las normas, dónde están o se pueden buscar y cómo se ordenan o relacionan entre sí. Por eso la primera y más fundamental asignatura, o puede que un semestre o un curso entero, habría de dedicarse al sistema de fuentes y al sistema de normas. Al sistema normativo real y concreto, no a sistemas conceptuales puramente abstractos, como los cultivados por los iusfilósofos cuando se dedican a diferenciar entre normas de reconocimiento, cambio y adjudicación, o entre normas primarias y secundarias, y cosas por el estilo. Eso a los postres, como máximo.

En segundo lugar, saber Derecho es saber cómo se aplica, en el sentido más amplio de la expresión. Y en ese punto el Derecho sustantivo y el procesal tienen que ir asociados y el eje de la enseñanza y el estudio ha de ponerse en la jurisprudencia y su análisis. Aquí cuando decimos jurisprudencia estamos hablando de las decisiones judiciales, no de disquisiciones de otro tipo.

En tercer lugar, los problemas jurídicos, que han de contemplarse prioritariamente como problemas prácticos, deben ser analizados en su integridad y no por trozos o a plazos, según el "huerto" o la casilla en el que caigan en cada momento. En un mismo caso, pongamos que de Derecho de familia o de Derecho de menores, habrá asuntos relevantes de Derecho constitucional y derechos fundamentales, de validez o invalidez de normas legales o reglamentarias, de legalidad de actos administrativos, de aplicabilidad del Derecho comunitario o el internacional, cuestiones penales, proble-

mas de responsabilidad civil por daño infligido por particulares o por la Administración, de Derecho laboral, etc. ¿No habrá alguna manera de ofrecer al estudiante un buen encuadre sistemático y un análisis mínimamente completo? El mundo y la vida no están fragmentados ni parcelados; es la academia la que traza las divisiones, y las dispone al servicio de su propio sistema gremial. No veamos como trágica e irremediable la alternativa entre extensión y profundidad, sino combinémoslas en lo posible: extensión suficiente y profundidad razonable. En otras palabras: interdisciplinariedad y cooperación entre los profesores, trabajo integrado e integral, interés por el Derecho y amplitud de miras sobre el mismo.

La desconexión de la práctica y el doctrianismo de vieja escuela producen a veces extraños desajustes. A menudo los programas se siguen organizando en función de los artículos del código y de su número. Por eso puede que se dedique tanto tiempo al comodato o la enfiteusis como a la responsabilidad civil por daño extracontractual. Un desatino, si nos fijamos en cuántos pleitos y con qué relevancia tienen lugar sobre lo uno y sobre lo otro. Y, ya que estamos con el ejemplo de la responsabilidad extracontractual, tiremos de él un rato más. Los civilistas explican la del 1902 y siguientes del Código Civil y los administrativistas la de los arts. 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cada uno ignorando en lo posible al otro y lo del otro. Una teoría general del instituto de la responsabilidad por daño, o por daño extracontractual, no la hace ni la enseña casi nadie, pues no es de la competencia de ninguno y los de al lado pueden sufrir un ataque de celos o pensar que se está asaltando su territorio. Los de Derecho penal aluden de pasada a los efectos civiles del delito y procuran no salir demasiado de sus muy elaborados esquemas conceptuales internos. A falta de teoría general, cada tanto

un civilista intrépido importa para su tema alguna categoría de los penalistas y ocurre el desconcierto general o se termina en aplicaciones forzadas y carentes de todo vestigio de sistema y coherencia. Tal vez es lo que, por ejemplo, ha pasado con la idea de imputación objetiva, centro del debate de los penalistas y repentina panacea para los civilistas dedicados a las cuestiones de responsabilidad. Ah, y mientras tanto, para los de Filosofía o Teoría del Derecho “responsabilidad” es nada más que uno de los conceptos que se tocan levemente en la lección sobre “conceptos jurídicos fundamentales”, al lado de los de derecho subjetivo, obligación jurídica, sanción y relación jurídica. Volviendo a los estudiantes: ¿con qué ideas se quedarán y cuánto de claridad y coherencia podrá haber en ellas?

No estamos proponiendo que se suprima toda división disciplinar, que se termine con la especialización en la investigación o que el profesor de Derecho se torne criado para todo, o chico de los recados y dispuesto a cubrir las bajas de los colegas que le señale el vicerrector de profesorado o de ordenación académica. No es eso. Pero los planes de estudios no deberían dejarse al albur de la lucha entre las áreas y al capricho coyuntural del profesorado de tales o cuales de ellas. Y la enseñanza convendría organizarla por grandes sectores temáticos y no como homenaje a la filigrana gremial. Se defrauda al estudiante que no adquiere los conocimientos básicos y las competencias más elementales, por mucho que haya recibido horas y horas de explicaciones sobre seguridad e higiene en las empresas de transporte, sobre los matrimonios mixtos entre católicos y musulmanes, sobre la norma fundamental kelseniana, sobre el sistema fiscal de la empresa familiar, sobre el legado de cosa mueble o sobre el urbanismo costero.

Esperanza no queda propiamente, para qué engañarse, y la fe la perdimos hace tiempo. Pero, al menos, hagamos algo por caridad.



SOME THOUGHTS ABOUT LIFE IMPRISONMENT AND OTHER SIMILAR SANCTIONS.

RESUMEN

El artículo tiene por objeto reflexionar sobre la justificación de la prisión perpetua y otras penas similares en el marco de las sanciones penales. El texto se centra en el examen crítico de su constitucionalidad y pone de relieve las objeciones que cabe plantear relacionadas sobre todo con su efecto preventivo especial negativo, su compatibilidad con los derechos fundamentales, su proporcionalidad como parámetro de justicia, su finalidad en el marco del ordenamiento jurídico español y sus efectos previsibles. Este debate conduce a una reflexión más amplia sobre las penas de prisión de larga duración que en la práctica equivalen a la propia prisión perpetua, así como a otro tipo de sanciones, teóricamente no punitivas, como son las medidas de seguridad privativas de libertad, que cuando son de duración perpetua o indeterminada tienen los mismos defectos que la prisión perpetua y se exponen a las mismas o a mayores objeciones de carácter constitucional.

PALABRAS CLAVE

Sanciones penales. Prisión perpetua. Penas de prisión de duración excesiva. Estado de Derecho. Derechos fundamentales. Proporcionalidad.

ABSTRACT

This work has as purpose to think about the justification of the life imprisonment and other similar penalties in the framework of the penal sanctions. The text is focused on a critical analysis of its constitutionality and underlines the objections which could be considered regarding, specially, with the negative special prevention's effect, its compatibility with the fundamental rights, its proportionality as guideline of justice, its purpose in the context of the Spanish legal order and its foreseeable effects. This discussion drives to a wider thought about the penalties of imprisonment of long length which, actually, are equivalent to life imprisonment; and also about other kinds of sanctions which theoretically are not penal ones, as the safety measures which deprive of freedom, when they are of life or undetermined length. In the last cases they have the same defects than the life imprisonment and therefore, the same objections about their constitutionality could be made.

KEY WORDS

Penal sanctions. Life imprisonment. Imprisonment's penalties of excessive length. State of Law. Fundamental rights. Proportionality.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PENA DE PRISIÓN PERPETUA Y OTRAS SANCIONES SIMILARES A ELLA

Francisco Muñoz Conde

Catedrático Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

1. En el ámbito de las sanciones penales, la prisión perpetua y las sanciones similares a ella, bien como penas de prisión de duración excesiva, bien por la vía indirecta de las medidas de seguridad de duración indeterminada, son, junto a la pena de muerte en los países en los que aún está vigente, la máxima representación del poder punitivo del Estado. Su justificación se encuentra tanto en la idea talional del “ojo por ojo diente por diente”, cuando se trata de la pena de muerte aplicada al asesino, como en el retribucionismo extremo, rayano en la venganza, de que el que la hace la paga y de que, si no con la privación de su vida, debe pagar al menos con la privación de su libertad el resto del tiempo que aún le quede por vivir. Despojadas ambas de la parafernalia con las que originariamente se las había dotado, siguen, sin embargo, existiendo todavía como el símbolo de una concepción del poder punitivo del Estado que desprecia la dignidad humana del delincuente, negándole el derecho más elemental de todos: el derecho a la vida en el caso de la pena de muerte, o el derecho también fundamental a poder modificar su com-

portamiento y su sistema de valores mientras viva, convirtiéndolo con la prisión perpetua en un muerto en vida, despojándolo de todos los demás derechos que le corresponden como ser humano, entre otros el de la esperanza de poder recuperar algún día, aunque sea lejano, la libertad y de vivir en condiciones de igualdad con sus semejantes.

A pesar de las similitudes entre ambos tipos de sanciones desde el punto de vista de la brutal violación de derechos humanos fundamentales que representan, la prisión perpetua, a diferencia de lo que sucede con la pena de muerte, que progresivamente va desapareciendo como pena en el ámbito del Derecho comparado, sigue aún teniendo gran predicamento e incluso se la considera como el sustituto ideal de la pena de muerte en los países en los que ésta ha sido abolida. Es más, en otros en los que no existe, son muchas las voces que se pronuncian a favor de su introducción en el catálogo de las penas aplicables a algunos delitos especialmente graves. Sin ir más lejos, ésta fue la propuesta que hizo en su día en Es-

paña el Partido Popular, cuando estaba en la oposición, y es, por tanto, probable que ahora, tras haber alcanzado la mayoría absoluta en las elecciones generales de noviembre de 2011, la introduzca en la primera reforma que plantee del Código penal. La posibilidad que propone de que la misma sea revisable, a partir de un cumplimiento mínimo de veinte años, no deja de ser un eufemismo para salvar la contradicción que supone con el principio de reinserción social del condenado que se asigna a la pena de prisión y a las medidas de seguridad privativas de libertad en el art. 25, 1 de la Constitución española.

Pero, aparte del problema de la dudosa constitucionalidad de la pena de prisión perpetua en el Derecho español, contra ella e incluso contra la misma pena de prisión se elevan objeciones que no pueden ser ignoradas. Es verdad que, a pesar de las numerosas críticas que ha recibido la pena de prisión, ésta sigue ocupando a comienzos del siglo XXI un lugar preeminente en el catálogo de penas de casi todos los Códigos penales del mundo. Históricamente se la consideró incluso como un progreso frente a otro tipo de penas más radicales, como las corporales y la de muerte, ya que, además de ser aparentemente más humana, tiene la ventaja de ser graduable en su duración y poder determinarse de acuerdo con la gravedad del delito y la culpabilidad de su autor. Los inconvenientes e incomodidades que su cumplimiento produce en el condenado, en su vida, en su entorno familiar o profesional, y los efectos desocializadores que la misma tiene, no se consideran por muchos como un defecto, sino como algo inevitable inherente a la propia naturaleza de la prisión que, además de asegurar la persona del delincuente, tiene un fuerte efecto intimidatorio frente a la generalidad. Teóricamente, también se le asigna una función preventiva especial positiva (resocializadora) que ésta está perdiendo cada vez mayor peso en favor de una función aseguradora e incluso inocuizadora de la persona del delincuente.

Este efecto preventivo especial negativo provoca un estado de desocialización y deterio-

ro en la personalidad del recluso incompatible con el fin resocializador que también se le asigna; de ahí que sean los propios penitenciaristas quienes consideren que, al menos por lo que respecta a las penas de prisión excesivamente largas, debe recortarse su duración, dándosele al recluso la posibilidad de que, por su buen comportamiento en prisión y por su voluntad de reinserción, pueda conseguir una liberación anticipada o algún tipo de atenuación del rigor penitenciario, obteniendo permisos de salida de fin de semana, la clasificación en tercer grado, el traslado a un centro de régimen abierto, etc. Naturalmente, también hay quienes consideran que tales reducciones o atenuaciones del cumplimiento de una pena de prisión de larga duración suponen un debilitamiento de la eficacia preventiva general intimidatoria que deben tener las penas, tanto más cuando se trata de penas graves porque graves son también los delitos que las han provocado. Pero incluso los más fervorosos partidarios de la pena de prisión admiten la liberación anticipada después de haberse cumplido, por lo menos, dos terceras partes de la pena que le fue impuesta.

Ante este panorama desolador que presentan las penas de prisión en general y sobre todo las de larga duración en particular, parece que, antes de introducir la más grave de todas, la prisión perpetua, en nuestro Ordenamiento jurídico, debería mirarse si el efecto político criminal que se pretende alcanzar con ella, que no puede ser otro que la intimidación y una mayor eficacia en la lucha contra el delito, es compatible con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y si no se trata más bien de un nuevo intento propagandístico político para aquietar la sensación de impunidad y de ineficacia que a veces se extiende tras la comisión de algún grave delito que, por las razones que sean, no es castigado o no lo es suficientemente a los ojos de la opinión pública. La demagogia punitiva en la que nos encontramos, a veces azuzada por medios de comunicación irresponsables o con una clara orientación conservadora y reaccionaria, pretende, por esta y otras vías similares, dar la sensación de que el endurecimiento del sistema punitivo es la úni-

ca solución a los problemas de diversa índole que aquejan a cualquier país, sobre todo si éste se encuentra, como el nuestro, en una difícil coyuntura económica y social.

Es cierto que, a pesar de todos los inconvenientes señalados, la prisión perpetua, tras la abolición de la *pena de muerte*, en los países en los que ha sido abolida, constituye hoy en muchos Ordenamientos jurídicos la reacción social punitiva más grave que legalmente se puede imponer al autor de un delito. De hecho constituye una muerte en vida y puede producir el mismo o mayor grado de aflicción que la pena de muerte misma. En los países en los que existe, normalmente está reservada sólo para los delitos más graves (asesinato, genocidio) como pena única no graduable. De ahí que haya sido objeto de críticas por no poder adaptarse a las particularidades del caso concreto y a las circunstancias personales del delincuente. Pero su principal inconveniente sigue siendo que es incompatible con la resocialización, y, por tanto, si es verdaderamente perpetua, hace innecesaria cualquier intervención o tratamiento del condenado; pues, haga éste lo que haga, muestre o no señales de arrepentimiento por el delito por el que fue condenado, modifique o no su conducta y su sistema de valores, seguirá encerrado hasta que muera. Ello obviamente, además de inútil, es inhumano, pues niega de entrada que la persona, con el transcurso del tiempo y a través de sus propias reflexiones, de la interrelación con otros reclusos, con los funcionarios, con sus familiares y amigos que lo visiten, pueda cambiar; pero sobre todo niega la única cualidad verdaderamente humana que distingue al hombre de los animales, la *esperanza*, la creencia en que quizás alguna vez las cosas puedan cambiar, y vivir en libertad, aunque sea en un plazo muy lejano que nunca sabe si algún día llegará.

Por otra parte, como cualquier especialista o profesional del sistema penitenciario sabe, una privación de libertad que dure indefinidamente hasta que el condenado muera convierte al condenado a esta pena muchas veces en un recluso incómodo, conflictivo, con un

comportamiento agresivo contra sí (proclividad al suicidio más que en otros reclusos) y contra los demás, porque sabe que, haga lo que haga, no va a mejorar su situación, que es un mero objeto de referencia de la sanción, y no un sujeto de la misma, que lo degrada al nivel de una cosa, de un mero ser viviente que hay que guardar y vigilar, pero nada más.

De ahí que en algunos países donde formalmente existe la prisión perpetua, como es el caso de Alemania, se haya planteado su posible inconstitucionalidad. Es verdad que el Tribunal Constitucional Federal Alemán consideró que era constitucional, pero siempre que se pueda conceder al condenado a la misma la libertad condicional a partir de los quince años de cumplimiento, y que para preparar la libertad condicional se traslade al condenado a un establecimiento abierto, se le concedan permisos de salida, etc. Esta "revisibilidad" de la prisión perpetua demuestra la mala conciencia que tiene el Tribunal Constitucional alemán con esta pena, lo que probablemente ha hecho que en este país prácticamente no haya nadie en estos momentos en sus prisiones que lleve más de treinta años, ni siquiera los temidos miembros del Ejército Rojo que en los años 70 cometieron terribles atentados terroristas.

En otros países, en los que se mantiene también dicha pena, se regula expresamente que no puede durar más de treinta años (Francia); y, en general, mediante indultos y diversas medidas se la convierte de hecho en una prisión temporal, aunque obviamente muchas veces el recluso llegue a morir antes de ser liberado.

En realidad, se puede decir que en los países en los que existe, la prisión perpetua, a pesar de su nombre, no es efectivamente perpetua, permitiendo que el condenado pueda contribuir a su hipotética liberación dando pruebas de que puede volver a una vida en libertad sin delitos y mostrando voluntad de reinserirse. En la medida en que exista esa posibilidad, la prisión perpetua sólo lo es de nombre, pero no en la práctica, teniendo su mantenimiento en el catálogo del sistema de penas un valor más simbólico que real.

Por supuesto que cabe también que la prisión sea efectivamente perpetua y que sólo termine con la muerte del condenado, treinta, cuarenta, cincuenta o sesenta años después de su condena; pero, igual que sucede con la pena de muerte, ello es producto de una concepción de la pena como simple eliminación, exterminio, inocuización o incapacitación total del condenado, incompatible con el marco normativo de las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos, en las que el respeto a la dignidad del ser humano, también del delincuente, es el eje principal en torno al que debe girar la regulación legal del sistema de reacción punitiva frente al delito.

Otro de los inconvenientes de la prisión perpetua es que, asumida literalmente como su nombre indica, supone una privación de libertad hasta la muerte del condenado y ello implica privarle, salvo de su vida, de todos los demás derechos que le corresponden como ser humano; entre otros, el derecho a cambiar, a rehabilitarse, al menos como posibilidad; un derecho que todo ser humano tiene por el hecho de serlo. Pero sobre todo afecta desigualmente e incide con una mayor gravedad en el delincuente joven que en el que ya tiene una cierta edad. Nadie es igual a los veinte o a los treinta que a los cincuenta o los setenta años. Y, sin embargo, si la pena de prisión perpetua se impone a una persona cuando es joven y es efectivamente perpetua, se le está condenando a que, aunque cambie, se arrepienta o haga lo que haga por redimir el delito por el que fue condenado, no pueda evitar llegar a morir de viejo encerrado en una celda el resto de sus días. En cambio, el condenado a esta pena que ya tiene cuarenta, cincuenta o más años, no va a cumplir más allá de los veinte o treinta que aún le queden de vida, que es lo que normalmente dura una pena de prisión de larga duración. Por tanto, la prisión perpetua sería efectivamente perpetua sólo para los delincuentes jóvenes, en un tramo de edad comprendido entre los dieciocho y treinta años. ¿Satisface esta discriminación la idea de justicia y el principio de igualdad? ¿Se les puede negar a este tipo de delincuentes en este tramo de edad la

posibilidad de cambiar, la esperanza de modificar su conducta, de rehabilitarse, aún después de haber pasado treinta, cuarenta o más años en una prisión?

Es evidente que no sólo en la opinión pública, sino también en las actuales corrientes políticocriminales (tolerancia cero, Derecho penal del enemigo) existe hoy una tendencia a configurar la prisión como una institución que, por lo menos respecto a los condenados por los delitos más graves, tenga funciones puramente de custodia y pueda durar toda la vida que le quede al condenado, pero todavía no se ha conseguido aportar pruebas de que con ello se haya conseguido reducir las cuotas de criminalidad violenta y lo que sí se ha conseguido en los últimos años es un aumento del índice de población penitenciaria y una mayor conflictividad en los centros penitenciarios.

2. Pero el debate sobre la prisión perpetua no debe impedir que se abra otro debate más amplio sobre las penas de prisión de larga duración que en la práctica equivalen a la propia prisión perpetua, o sobre otro tipo de sanciones penales como las medidas de seguridad privativas de libertad, que sin ser teóricamente penas, pueden ser tan gravosas y tan de larga duración como la prisión perpetua. De hecho, las penas de prisión de larga duración (treinta, cuarenta años), como prevé para algunos supuestos el Código penal español, son auténticas penas de prisión perpetua. También produce el mismo efecto la acumulación de diversas penas aunque no sean de muy larga duración, en los casos de concurso de varios delitos (falsedades-estafas con múltiples perjudicados, robos, violaciones, etc.), o la llamada “doctrina Parot” elaborada por el Tribunal Supremo para evitar que los beneficios penitenciarios puedan computarse en el máximo de duración de la prevista legalmente, computándolos por separado a cada una de las penas a las que el delincuente haya sido castigado. Con ello se viene a acoger *in totum*, la bárbara praxis norteamericana, llamada *true in sentencing*; es decir, que la pena de prisión impuesta nominalmente por el Juez se cumpla íntegramente, sin ningún tipo de

reducción de su duración por buena conducta, buenas perspectivas resocializadoras, o por simples razones humanitarias. La finalidad que se persigue con ello es la misma que la que persigue con la prisión perpetua, y naturalmente excluye cualquier posibilidad de reinserción en la ejecución de estas penas.

El art. 78 del Código penal español se hace eco de este movimiento, al establecer que en los casos de concurso real de delitos, si «la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional *se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias*, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente». Se trata con ello de evitar que, en casos de varios asesinatos, delitos de terrorismo, etc., el límite temporal máximo de cumplimiento de la pena de prisión, que en el Código penal español no puede ser, en principio, de más de veinte, y en algunos delitos y en caso de concurso entre ellos, de veinticinco, treinta o incluso cuarenta años, se pueda ver reducido por beneficios penitenciarios o por la concesión de la libertad condicional, que en este caso se refieren a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias y no al límite máximo de cumplimiento legal determinado. Por la doctrina española se ha señalado ya repetidas veces que este precepto es difícilmente compatible con la finalidad de reinserción social establecida en el art. 25,2 de la Constitución; de ahí que, para evitar la tacha de inconstitucionalidad, tanto el inciso último de este primer párrafo del art. 78, como su párrafo segundo deje abierta la posibilidad de que «valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social», se pueda aplicar el régimen general de cumplimiento. Lo que demuestra que ni siquiera en este caso se renuncia completamente a la posibilidad de reinserción del condenado a una larga pena privativa de libertad.

3. También debe advertirse que existen otro tipo de sanciones, teóricamente no punitivas, como son las medidas de seguridad privativas de libertad, que cuando son de duración perpetua o indeterminada tiene los mismos defectos que la prisión perpetua o las penas de prisión de larga duración y se exponen a las mismas o a mayores objeciones de carácter constitucional. Me refiero concretamente a la medida de seguridad que se introdujo en Alemania en la época nacionalsocialista, en 1933, y que aún hoy continúa allí vigente, el llamado “internamiento en custodia de seguridad” (“*Sicherungsverwahrung*”). Esta medida se aplica a sujetos multirreincidentes, cuando tras el cumplimiento de una pena de prisión superior a dos años subsiste la peligrosidad criminal del sujeto. Este sistema que, en todo caso, según las últimas decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán, está sujeto a un estricto control judicial y a una revisión anual del pronóstico de la peligrosidad del condenado, no deja de ser de todos modos igualmente cuestionable; porque, además de ir muchas veces contra el principio de proporcionalidad, al permitir una larga o indefinida privación de libertad para sujetos que no han cometido delitos graves, se apoya en una base científicamente poco fundada como es el pronóstico de peligrosidad criminal de un sujeto.

Todavía más objetable es la aplicación retroactiva que en su día se hizo en Alemania del internamiento en custodia de seguridad, que hasta una reciente sentencia del Tribunal europeo de Derechos humanos, que anuló anteriores decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán, se aplicaba también cuando el sujeto, que no había sido condenado a esta medida en el momento de la sentencia, estaba a punto de salir en libertad tras el cumplimiento de la pena que le fue impuesta en su día, basándose para ello en la existencia de una peligrosidad que en este caso ya no era la posdelictual, sino una predelictual con la que se intentaba prevenir un delito que aún no se había cometido. En todo caso, conviene no olvidar, y como aviso a navegantes que preconizan, quizás con nostalgia, una vuelta a

este tipo de sanciones y a leyes de peligrosidad como la franquista de Peligrosidad social, que esta medida fue introducida en el Código penal alemán en 1933 por el régimen nacionalsocialista, que hizo de ella una fuente para el internamiento en campos de concentración y luego de exterminio (“*Ausmerzung*”) de los delincuentes habituales y reincidentes, a los que un famoso penalista de aquella época llamaba eufemísticamente “extraños a la comunidad”, para ocultar pudorosamente lo que, en el fondo, no era más que un Proyecto genocida de exterminio de todos los que molestaban o perturbaban el “excelente” orden social que preconizaba el régimen nacionalsocialista.

En mi opinión, el internamiento en custodia de seguridad, además de por su origen espurio, es también criticable porque en el fondo no es más que una prisión perpetua encubierta y, de hecho, no tiene otra finalidad que la meramente asegurativa, sin el menor interés en la reinserción social del sometido a ella.

El sistema alemán incurre además, a mi juicio, en el defecto, ya denunciado desde hace tiempo, que tiene el sistema dualista puro, admitiendo, por un lado, que la pena viene limitada en su gravedad y extensión por la culpabilidad del autor del delito, para imponer luego una medida de seguridad de duración indeterminada basada sólo en el (incierto) pronóstico de su peligrosidad. El “fraude etiquetas” que este dualismo extremo supone, sólo puede ser corregido con el llamado *sistema vicarial*, en el que la medida de seguridad, caso de que sea necesario imponerla para precaver una peligrosidad del autor del delito, tiene que ser ejecutada antes que la pena, y su duración, que no puede ser superior a la de la pena misma, debe ser computada en la duración de la pena.

Este sistema vicarial que fue acogido en el art. 6 del Código penal español de 1995, no ha causado en la práctica, a pesar de las críticas que se han formulado contra el mismo, ningún incremento de la criminalidad o de la inseguridad ciudadana, o en todo caso no mayor que la que provoca la salida de la prisión de quienes sólo fueron condenados a esta pena.

Otra cosa es que el sistema de cumplimiento, tanto de la pena, como de la medida de seguridad pueda ser deficiente o insuficiente para conseguir la rehabilitación del sujeto. Pero en este caso, y tratándose, por ejemplo, de una peligrosidad basada en una enfermedad mental sobrevenida, queda abierta la posibilidad del internamiento a través del correspondiente procedimiento judicial de incapacitación o, en los demás casos, de asumir el riesgo de reincidencia que siempre puede darse tanto en el que sale tras haber cumplido su pena de prisión, como en el que sale después de haber cumplido la medida de seguridad. Lo que no parece lícito es hacer recaer en el condenado los fallos del sistema de rehabilitación de los Centros en los que se cumplen las penas y/o medidas privativas de libertad, convirtiéndolo en un “chivo expiatorio” del sentimiento de miedo e inseguridad ciudadana, muchas veces fomentado por los medios de comunicación cuando, tras el cumplimiento de una larga pena de prisión, sale en libertad, tras haber cumplido la pena, un sujeto que fue condenado por un asesinato terrorista o por varios delitos de violación.

4. Tampoco la reciente reforma operada en el Código penal español por la ley de 2010 está exenta de objeciones; por más que, en lugar del dualismo extremo del sistema alemán, introduzca con la medida de *libertad vigilada* del art. 106, 2: una especie de dualismo moderado, al que seguidamente hago referencia. Ciertamente, esta medida no es una privación de libertad adicional tras el cumplimiento de la pena de prisión, como la custodia de seguridad del derecho alemán, sino de una restricción de la libertad, que implica que el condenado tras el cumplimiento de una pena (que puede ser por las razones ya dichas de hasta cuarenta años en caso de terrorismo y de veinte o más años en delitos sexuales graves), la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos, o de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez establezca, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, de residir en determinados lugares, la

obligación de participar en determinados programas de tratamiento, etc. Pero aunque estas medidas tienen que seguirse una vez cumplida la pena, para evitar que se pueda alegar que se aplican con efecto retroactivo, tienen que imponerse en el mismo momento de la sentencia condenatoria. Naturalmente, es probable que, tratándose de penas de prisión de larga duración, el pronóstico de peligrosidad que tiene que detectarse en el momento de la sentencia condenatoria puede que haya desaparecido, y en ese caso se faculta al Tribunal o Juez sentenciador (que sólo formalmente será el mismo) para que pueda suspender el cumplimiento de la medida; pero, si esta peligrosidad subsiste, entonces se mantiene la medida que en su día se acordó por un tiempo de hasta diez años. Este régimen es difícilmente compatible con el sistema penitenciario progresivo que supone que el sujeto pueda pasar al tercer grado y gozar en el último tramo del cumplimiento de la pena de la libertad condicional, durante la cual el sujeto sí puede y debe, tal como prescribe el art. 90, 2 del Código penal español, ser sometido a la observación de determinadas reglas de conducta que coinciden con las medidas de la libertad vigilada. Y, si el sujeto ha cumplido dichas reglas durante el período de libertad condicional, ¿qué sentido tiene que siga estando sometido todavía después del cumplimiento total de la pena a las medidas de la libertad vigilada previstas en el art. 106? Al final, la medida de la libertad vigilada introducida en la reforma de 2010 puede significar, sobre todo cuando se aplique tras el cumplimiento de una larga pena de prisión, una especie de control a perpetuidad del que en su día fue condenado y ya cumplió su pena. Y en el caso de los autores de delitos sexuales (que es el otro supuesto en el que se puede aplicar esta medida) el intento de evitar su recaída en el delito a través del sometimiento a programas de tratamiento, debería haberse acometido cuando el sujeto se encontraba cumpliendo una pena, como una parte del tratamiento penitenciario, y no de forma adicional tras el cumplimiento de la misma.

5. A mi juicio, la proporcionalidad de la reacción, sea pena o medida o medida de seguridad, con el delito cometido es un ingrediente fundamental de la idea de Justicia y, por tanto, del Estado de Derecho. En el ámbito de los delitos de menor gravedad esto supone que la pena o medida de seguridad no pueda prolongarse más allá del máximo que permita el marco penal asignado al delito, pero una vez cumplida la pena de prisión impuesta, ¿qué sentido tiene prolongar la privación de libertad? La peligrosidad criminal ciertamente puede subsistir, sobre todo si las condiciones que llevaron al sujeto a delinquir (miseria, desempleo, conflictos familiares) siguen existiendo; pero el riesgo de que el sujeto vuelva a delinquir puede ser aminorado con otro tipo de medidas no necesariamente privativas de libertad, similares a las existentes en el sistema de la “probation”, como el tratamiento ambulatorio, la presentación a las Autoridades durante algún tiempo, la prohibición de visitar determinados lugares, la ayuda a buscar un trabajo, etc. Pero en lugar de como una forma adicional de control tras el cumplimiento de la pena, como una parte del tratamiento y como un requisito para pasar al tercer grado penitenciario, como preparación a la libertad durante el período de libertad condicional

Y en el caso de los delitos graves el sistema de control adicional una vez cumplida la pena debe ser el mismo, aunque aquí las penas de prisión, sin ser perpetuas, pueden tener una duración tan larga (veinte, treinta o más años), por lo que no parece que sea necesaria una prolongación adicional de la privación de libertad.

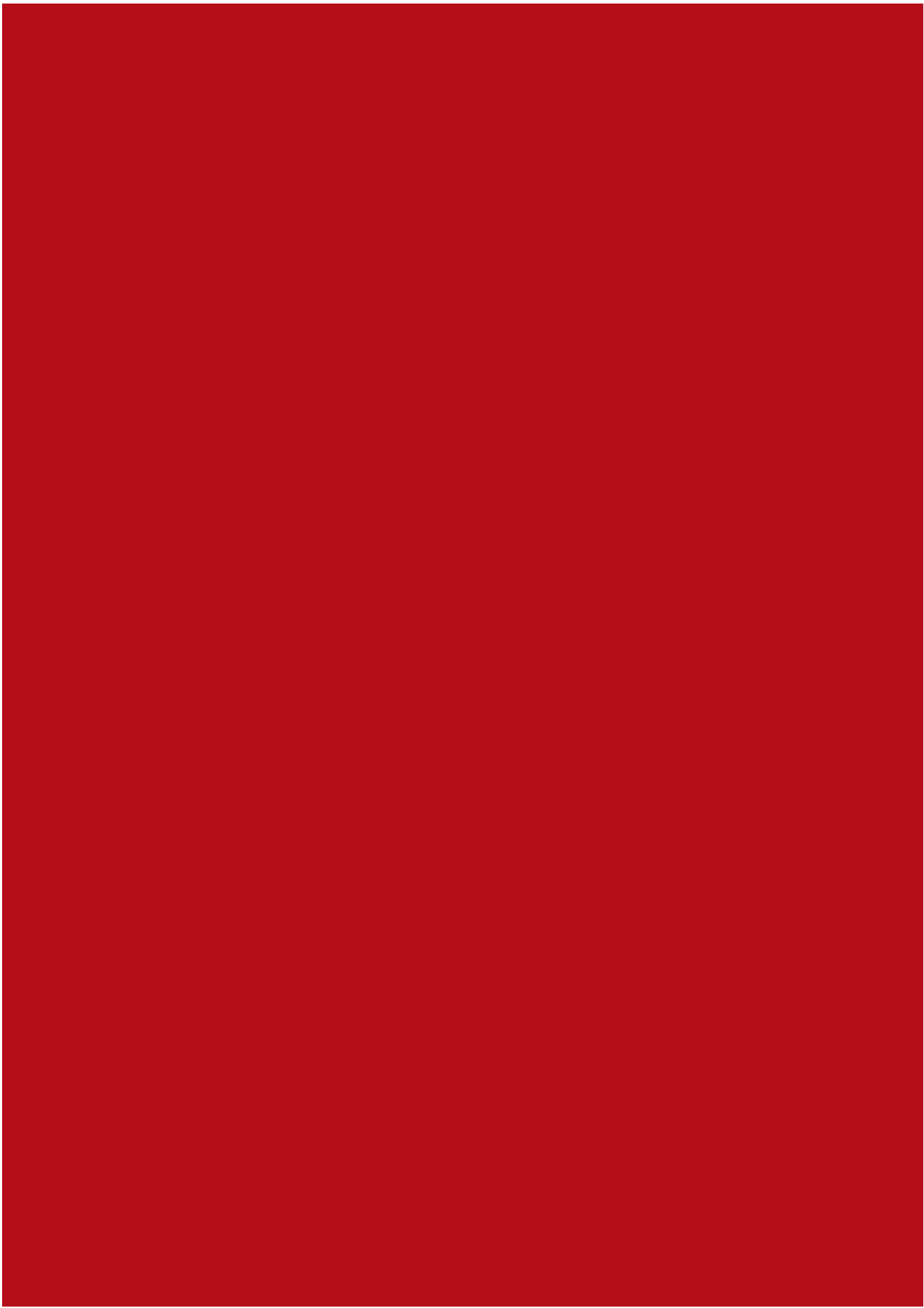
Por supuesto, que no me olvido de las víctimas, que deben ser siempre adecuadamente compensadas y ayudadas con medios de carácter reparador bien a costa del delincuente, bien, cuando esto no sea posible, del propio Estado; pero a las que realmente no se les ayuda, como se les quiere hacer creer, simplemente con el incremento de la gravedad de las sanciones. Como tampoco me olvido de que en casos de delitos graves o incluso muy graves (asesinatos, secuestros, robos y violaciones con resul-

tado de muerte, asesinatos en serie, genocidios y crímenes contra la humanidad), la idea de Justicia, la retribución, la prevención general y probablemente la especial también, exigen una respuesta punitiva contundente que no debe dejar ninguna duda sobre la gravedad de estos hechos, y mucho menos ningún resquicio para la impunidad, tan frecuente, por lo demás, no tanto respecto a los delincuentes comunes, como respecto a los tiranos y dictadores de todo el mundo (algunos de ellos celebrados como héroes por buena parte de sus conciudadanos, o reconvertidos a la democracia cuando el cambio político así lo requiere).

Pero también aquí debe haber unos límites que además de la proporcionalidad tengan en cuenta derechos humanos elementales como la dignidad humana que los delincuentes no respetaron, pero que el Estado sí está obligado a respetar. La retribución y la prevención general deben tener unos límites que, en última instancia, no son otros que los de la propia dignidad humana, de la que no debe privarse nunca ni al más peligroso de los delincuentes. Y, en todo caso, después de treinta años o más años de cumplimiento efectivo de una pena de

prisión ¿qué necesidad hay de seguir privando de libertad al ya anciano, probablemente debilitado en su salud física y mental? Y al que milagrosamente haya conseguido durante ese tiempo rehabilitarse y haya modificado su actitud frente a sus semejantes, ¿por qué hay que seguir privándole de libertad tras el cumplimiento de una larga pena de prisión?

Obviamente, todas estas consideraciones no parece que vayan a ser tenidas en cuenta por el legislador español en las reformas penales que ya se anuncian como inminentes para el año 2012, entre las que, como ya se avisa, no faltarán la introducción de la prisión perpetua y el agravamiento de la pena para los casos de multirreincidencia; pero el efecto placebo que estas reformas causarán en la opinión pública e incluso la rentabilidad electoral que puedan darle al partido político que las proponga, nunca podrán ocultar las graves objeciones que contra las mismas se pueden hacer tanto desde el punto de vista jurídico penal y jurídico constitucional, como desde el punto de vista de una presunta eficacia políticocriminal, preventiva general y preventiva especial, que a la vista de los resultados obtenidos en otros países, es más que dudoso que se consiga.





VARIA

Geografía y justicia: una alianza potencial. A propósito de *Seeking Spatial Justice*, de Edwar Soja

Josep Vicent Boira

Nationales strafrecht in rechtsvergleichender darstellung. Allgemeiner Teil. (Dirección: Sieber/Cornils)

Jacobo López Barja de Quiroga



GEOGRAFÍA Y JUSTICIA: UNA ALIANZA POTENCIAL

A propósito de *Seeking Spatial Justice*, de Edwar Soja

Josep Vicent Boira

Departament de Geografia
Universitat de València

Para todos aquellos que crean que generalmente es más práctica una buena conversación con colegas de otras especialidades que dos o tres seminarios de la disciplina de uno mismo, estamos ante una buena noticia. La próxima traducción al castellano por la editorial "Tirant Lo Blanch" de la obra del geógrafo norteamericano Edward Soja, *Seeking Spatial Justice* (editada originalmente por la University of Minnesota Press en el año 2010) supondrá la circulación entre el público hispanohablante de uno de los libros más estimulantes que he leído en los últimos tiempos. Este tratado de 256 páginas en su versión original, no sólo está escrito de una manera accesible y cálida, apta para un amplio abanico de lectores, sino que tiene, como veremos, la virtud de servir de pieza de engarce de futuros y necesarios debates entrelazados entre el mundo del derecho (a través del concepto de justicia) y el de la geografía (mediante el de espacio).

Si bien se mira, es sorprendente que haya tan poca relación entre el mundo del derecho y el de la geografía. La implantación de recientes estudios, al menos en Valencia, como los de Ciencias Políticas, tal vez pueda desarrollar más esta relación, acercando grados, profesores y sobre todo estudiantes en una convergencia

de intereses necesaria. Con todo, hasta hoy, han sido escasos los contactos. Y sorprende porque, especialmente en los últimos años, nunca se ha oído hablar tanto de ideas básicas de ambas disciplinas de manera entrelazada: derecho y ciudad, injusticia y espacio urbano, propiedad privada y espacio público, ley y democracia participativa, fronteras y formas de estado, soberanía y región, normas legales y agua, urbanismo y "gentrificación" de barrios, gestión pública justa, etc. Incluso las antiguas teorías del "derecho a la ciudad" de Henri Lefebvre han rejuvenecido por las concentraciones del 15-M y por los vivos debates sobre los desahucios (que al fin y al cabo son una consecuencia espacial de un problema económico). Por otra parte, las discusiones sobre la ocupación de la Puerta del Sol o de la Plaza del Ayuntamiento de Valencia (o, en otra escala, de Wall Street en Nueva York) han girado, entre otras cosas, sobre el debate de los principios legales que pueden sustentar tal acción y discutiendo, por ello, de quién es auténticamente la calle. Pero no es sólo a escala urbana donde se han manifestado problemas sociales y espaciales de primera magnitud. El debate territorial está también vivo en otras escalas. Nunca como hoy se ha discutido en nuestra sociedad sobre las consecuencias legales de la delimitación

tación de fronteras entre estados y naciones, sobre el derecho universal (torpedo en la línea de flotación del concepto clásico de “soberanía” de base territorial nacida del estado liberal del siglo XIX), sobre los derechos humanos sin fronteras (y las fronteras sin derechos humanos), sobre la injerencia humanitaria... Hoy en día, el campo superpuesto del mundo de la ley y del espacio, del derecho y de la geografía humana es vibrante y prometedor.

El libro que comentamos (y cuya pronta traducción celebramos) trata de un concepto fundamental: el de la justicia espacial. Escrito por Edward Soja (Bronx, Nueva York, 1940), su título, “Buscando la justicia espacial”, permite intuir su contenido: una motivadora reflexión, teórica y práctica, sobre la intersección de dos conceptos que, hoy, seamos sinceros, gobiernan buena parte de las dinámicas mundiales: el del derecho (esencialmente mediante la discusión entre justicia y ley y su derivado, la ordenación de la sociedad humana y de sus prácticas) y el de la geografía humana (el espacio y sus formas, cambiantes, alterados sustancialmente por el concepto de globalización). ¿Qué es sino la gestión más o menos afortunada, más o menos criticable, más o menos consciente, de ambos conceptos, una parte importante del debate sobre la globalización? El espacio humano y el derecho y la justicia sometidos a los potentes (e incluso violentos) cambios producidos por la globalización económica y social. Por ello, nada más apropiado que reflexionar sobre este libro en una revista que se titula “Teoría y Derecho”, aunque quien lo haga, cosa que agradezco enormemente, sea un geógrafo.

La materia central de la reflexión de Soja es una, aunque adopte dos caras: la espacialidad de la (in)justicia y la (in)justicia de la espacialidad. Es decir, Soja nos propone reflexionar tanto sobre las consecuencias espaciales de la (in)justicia (estas páginas podrían ir dedicadas especialmente a los geógrafos y a otros colegas que trabajan sobre el espacio, como urbanistas, arquitectos o sociólogos), como sobre las repercusiones legales de las decisiones espaciales (en cambio, éstas podrían interesar a los profe-

sionales y teóricos del derecho). En realidad, la virtud del libro es que tanto geógrafos, como urbanistas, abogados, jueces, fiscales, legisladores y profesores de derecho sean conscientes de la relación dialéctica entre ambos conceptos y tengan en cuenta que la justicia tiene una geografía consecencial y que la geografía (o la espacialidad, pues Soja utiliza ambos conceptos de manera intercambiable) es un componente integral y formativo de la misma justicia, “una parte vital de cómo la justicia y la injusticia son construidas socialmente y evolucionan en el tiempo”, en traducción aproximada. Al comenzar la reseña decíamos que este libro puede interesar, por tanto, a las personas que nos movemos en torno a la geografía (o al espacio, de forma más general) y al derecho, pero también a otros: a todos aquellos que ven en las ciudades y en los movimientos sociales y ciudadanos una vía de mejora de la sociedad.

La dualidad intrínseca del libro (reflexión y acción, teoría y práctica, espacio y justicia) se refleja en la forma en la que Soja ha organizado su aportación. Una primera parte (los tres primeros capítulos) introducen al lector en refrescantes reflexiones sobre la interacción espacio-justicia, poniendo las bases de esta nueva perspectiva y recordando, o explicando en su caso, las aportaciones de teóricos de la “ciudad justa”¹ y del derecho a la misma, como David Harvey (de quien Soja se distancia: antológica su percepción de que si algunos geógrafos pretenden “marxificar” la geografía, él lo que busca es, en todo caso, “espacializar” el marxismo) o Henri Lefebvre (a quien Soja recupera para el mundo anglosajón y de quien se siente próximo). Al tiempo, resume las principales aportaciones del mismo Soja en sus libros anteriores (básicamente su idea de que las sociedades modernas están asistiendo a un “giro espacial” de sus perspectiva de las cosas y de que, el futuro, será de los análisis que sepan conjugar la relación dialéctica entre espacio, tiempo y sociedad, abandonando el historicismo social que impregnó la interpretación de la realidad desde el siglo XIX). No andamos tan sobrados en castellano de buenos resúmenes de las aportaciones de Harvey o de

Lefebvre (y de sí mismo) como los que hace Soja para quitar importancia a estas páginas de revisión. La segunda parte del libro (capítulos 4 y 5) repasa el “laboratorio” de ideas y de prácticas urbanas que ha sido y es la ciudad de Los Ángeles, ciudad en la que la presión ciudadana obligó, tras una sentencia favorable de un tribunal angelino en octubre de 1996, a la poderosa “Los Angeles Metropolitan Transit Authority” a modificar su política de transporte público para no perjudicar a los sectores más débiles (y periféricos) de la ciudad. Por último, El sexto capítulo es una necesaria revisión final de conclusiones.

A expensas de una lectura más detallada del libro en su próxima versión en castellano, el lector puede hacerse una idea de lo interesante que representaría la nueva perspectiva de la justicia repasando tres ideas principales del mismo (p. 20): la justicia y la injusticia están incorporados a las geografías multiescalares en las que vivimos, desde la intimidad de los hogares al desarrollo desigual de la economía global, aunque no nos demos cuenta. Además, las geografías socializadas de (in)justicia afectan de manera significativa a nuestras vidas, creando estructuras perdurables de ventajas y desventajas distributivas de carácter desigual y, en tercer lugar, estas geografías y sus efectos pueden ser alteradas mediante formas de acción política y social. En resumen, Soja apuesta por dejar al descubierto las dimensiones espaciales del concepto de justicia e injusticia (yendo más allá de la idea de la justicia “social”, interesante debate que lo enfrentó a Peter Marcuse y a otros pensadores en las páginas de la revista “Spatial Justice”²), mostrar la importancia que la (in)justicia espacial tiene en nuestras vidas (yendo más allá de las teorías de John Rawls sobre la justicia) y alertando sobre las posibilidades de modificar estas estructuras de injusticia mediante la actuación humana. Así, Soja muestra fuentes de creación de geografías “injustas” en el establecimiento de fronteras y en la organización política del espacio, en las desigualdades distributivas creadas mediante la toma de decisiones discriminatorias por parte de individuos, empresas o

instituciones, en las injusticias asociadas a un desarrollo geográficamente desigual y al concepto de la globalización de la injusticia... Por cierto, ¿no serían todos estos campos excelentes temas de discusión para una imprescindible jornada sobre derecho y espacio que proponer en nuestras aulas?

Además, la simple enumeración de algunos ejemplos concretos de temas que pueden materializar estos intereses permitirá al lector hacerse una más clara impresión de la actualidad y profundidad de la propuesta de Soja: la constitución de periferias urbanas en grandes ciudades (los *banlieus*, los barrios olvidados de nuestras urbes, pobres y sin servicios), las geografías coloniales y postcoloniales de Oriente Medio o de otras zonas del mundo, la manipulación de la delimitación de distritos electorales para conseguir unos determinados fines (lo que se conoce como *gerrymandering*), la antigua política de “apartheid” sudafricana, las operaciones de control territorial de Palestina por parte del ejército israelí (con un conocimiento espacial que envidiaría, por su precisión, aunque no por su objetivo, cualquier departamento de geografía de nuestras universidades), la privatización del espacio urbano y la obsesión por la seguridad que conduce a comunidades urbanas cerradas (“islas” dentro del tejido urbano, valladas y con accesos vigilados), el debate sobre espacio público y propiedad privada (¿se puede ocupar la Puerta del Sol?, ¿de quién es?, ¿de los comerciantes o de los ciudadanos?), la desigualdad distributiva y las geografías discriminatorias y su relación con la ley, la relación entre raza, espacio y medio ambiente, la segregación urbana, el desarrollo desigual entre estados y continentes o la desigualdad dentro de las naciones y estados... Este repaso apresurado de temas puede aproximar al lector al objeto de las reflexiones de Edward Soja en este libro que se escapa a una literal visión marxista y materialista de la realidad al proponer, en una de sus más conseguidas perspectivas, no reducir el derecho a la ciudad (la búsqueda, pues, de una justicia espacial urbana) a una lucha anticapitalista: “No hay duda”, dice Soja, “que muchas geografías injustas son creadas, en un

grado significativo, por los efectos explotadores de la acumulación capitalista (...) Pero hay muchas otras fuerzas que dan forma a esas geografías injustas como el racismo, el fundamentalismo religioso y la discriminación por razones de sexo, así como por prácticas espaciales que no han sido necesariamente diseñadas sólo o siempre para reforzar las diferencias de clase, como la delimitación de los distritos electorales y el uso de otras fronteras y límites, la ubicación de depósitos de residuos tóxicos, la construcción de sistemas de transporte público, la localización de escuelas y hospitales, la formación de asociaciones de vecinos, jardines comunitarios y de producción de alimentos, las leyes de zonificación, la agrupación residencial de determinadas ocupaciones como artistas o ingenieros...” (p. 199).

La virtud de Soja es proponer la construcción “de una teoría espacial de la justicia”, al tiempo que “construir una nueva ontología del espacio”. A mi entender, esta es la razón por la que las personas interesadas en la filosofía del derecho y en su repercusión sobre el concepto de justicia, así como las interesadas en el debate sobre la evolución del concepto de espacio

en el seno de la geografía humana, deberían leer (y hacer leer a sus alumnos) esta valiente obra. De la conjunción de los dos propósitos de Soja (teoría espacial de la justicia y nueva forma de concebir el espacio) surge una teorización global del concepto de justicia (y de espacio!) más apta para explicar la realidad y, en su caso, transformarla.

Este libro no dejará indiferente a nadie (recuerdo ahora las duras críticas de *sir* Peter Hall, urbanista e historiador de la ciudad) y profundiza en el conocimiento de la obra del geógrafo Edward Soja en España y América Latina (siguiendo los pasos del libro de Abel Abet y de Núria Benach sobre el mismo³), al tiempo que permite abrir nuevos horizontes interdisciplinarios en dos campos que tendrían que estar más cerca de lo que se hallan hoy en día. Ojala el libro sirva de acicate para promover más interpretaciones conjuntas de la realidad, aunando lo mejor del mundo del derecho y de la justicia y lo más valiente del mundo (nunca mejor dicho) de la geografía humana, con el fin de “espacializar” nuestro pensamiento, el gran reto futuro después de haberlo “especializado” tal vez en exceso.

NOTAS

1. Título que usó Susan Fainstein para su electrizante obra *The Just City*. Cornell University Press, 2010.
2. Véase el monográfico de la revista “Justice Spatiale/Spatial Justice” sobre el tema en <http://www.jssj.org/archives/01/05.php> y especialmente los artículos de Soja y de Marcuse.
3. Benach, N. y Albet, A.; *Edward W. Soja. La perspectiva postmoderna de un geógrafo radical*, Barcelona, Icaria Editorial, 2010, p. 220. Véase una reseña de este libro por el profesor Oriol Nel.lo en la revista “Geocrítica”, <http://www.ub.edu/geocrit/b3w-911.htm> (2011)





SOBRE NATIONALES STRAFRECHT IN RECHTSVERGLEICHENDER DARSTELLUNG

Jacobo López Barja de Quiroga

Magistrado Jefe del Gabinete del Tribunal Supremo

Sumario: 1. Introducción. 2. Primer volumen. 3. El segundo volumen. 4. El tercer volumen. 5. El cuarto volumen. 6. Quinto volumen. 7. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

Los libros que a continuación comentamos constituyen una colección compuesta por cinco volúmenes (al menos por ahora, pues está anunciada una segunda fase ampliatoria) que forman parte del Proyecto piloto emprendido por el Instituto Max Planck para el estudio comparado de Derecho Penal a nivel internacional, que se desarrolló en un grupo de trabajo bajo la dirección de Ulrich Sieber y Karin Cornils entre 2004 y 2008, pero que continúa ahora en la dirección que más adelante comentaremos. Nos referimos a *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung.- Allgemeiner Teil*. (Dirección: Sieber/Cornils) (5 volúmenes: 1º, 790 pp. 2º y 3º, 960 pp. 4º, 527 pp. 5º, 718 pp.), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationale Strafrecht. Freiburg, 2008/2009/2010.

El Proyecto aborda un ambicioso objetivo, en concreto, el de intentar sentar las bases para analizar los modelos de solución que a la problemática que causa el derecho penal, —como respuesta al fenómeno común y objetivo del delito— dan las diferentes legislaciones y fijar pautas para el desarrollo de modelos legislativos apropiados a nivel internacional, partiendo de la realidad tangible e innegable de que,

al menos, una parte de los delitos actuales más importantes desborda los límites de las fronteras nacionales y que las respuestas aisladas de los Estados resultan obviamente insuficientes.

El Proyecto está manifiestamente vinculado al imparable proceso de globalización y de generalización de las comunicaciones que caracteriza y que caracterizará los años venideros. Los autores reflejan la preocupación que nace de la globalización y que en aras a una evidente necesidad de perseguir la criminalidad transnacional y la exigencia de una protección adecuada de los derechos humanos («mediante el derecho penal y frente al derecho penal», como sugestivamente afirman los autores) llevan a otorgar al derecho comparado una importancia preeminente. Es una realidad palpable que la globalización, sobre todo el desmoronamiento absoluto de fronteras en la comunicación, está incidiendo en una forma especialmente sensible en prácticamente todas las esferas de la vida y, desde luego, en el delito, como fenómeno jurídico y sociológico, al que, obviamente, el Derecho Penal no puede permanecer ni ajeno ni indiferente. Ahora, el delito trasciende fronteras y la sociedad se internacionaliza. Un delito en el extranjero y las respuestas subsiguientes del Estado, en sus diferentes modalidades, pueden conseguir eco

en el público de la otra punta del globo. Ahora es una información en tiempo real. Metafóricamente se podría decir que la información va más rápida que el propio hecho. Antes, la información podía deformarse por su escasez y lentitud. Hoy se puede deformar por su dimensiones colosales y sus medios universales. En este marco, el derecho comparado no sólo es una herramienta útil para el jurista, sino absolutamente necesaria, relegando aquel carácter anecdótico con el que en España se le caracterizaba antiguamente.

En este orden de cosas, el Proyecto pretende, en primer lugar, hacer acopio de un conjunto de informes territoriales que den una visión de conjunto de los diferentes puntos esenciales que más adelante se detallarán, para luego darles un tratamiento en busca de la definición de una megaestructura de Derecho Penal, como base fundamental para el desarrollo de una disciplina comparada auténtica y, lo que, desde luego, es mucho más complejo: elaborar una dogmática penal universal. Esta elaboración de megaestructuras forma parte del segundo escalón del Proyecto, que, en consecuencia, no se limita a la recogida de material, y a su simple exposición con carácter ilustrativo, sino que pretende someterlo a un tratamiento científico adecuado. Esto se traduce, en definitiva, en primer lugar, en proceder a su análisis y, en segundo lugar, a su sistematización. Este objetivo forzó al grupo de trabajo a tener que contestar a la pregunta primordial de si los diferentes sistemas penales mundiales permiten establecer una estructura conjunta de derecho penal que pueda llevar a una comparación de derecho penal funcional y sistemático.

La parte referida a España está realizada por Teresa Manso Porto, doctora en derecho por la Universidad de Bonn, antigua colaboradora de la Universidad de Friburgo y en la actualidad involucrada casi de pleno en el Instituto Max Planck, que consigue refundir acertadamente en manera condensada las principales líneas de la sistemática penal española. La autora cuenta a su favor con una extensa formación en instituciones universitarias y académicas europeas, fundamentalmente, primero en Ma-

drid, y después en Alemania, sin descuidar su labor docente. Teresa Manso ha trabajado durante un trimestre en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona como profesora visitante y ha colaborado con otros centros universitarios como Málaga y La Coruña, así como docente en línea en la UOC (Universidad Abierta de Catalunya). Pero, fundamentalmente, su labor, en la actualidad, viene constituida por su participación en el Instituto Max Planck, como referente para España, particularmente; en relación con el proyecto que constituyen estos libros, se ocupa de la coordinación de las actualizaciones y las traducciones al inglés. Su experiencia la sitúa en una posición privilegiada para desempeñar una función que exige que no se pierda nada de lo esencial y, al tiempo, llegue al lector extranjero y no habituado con las categorías y el lenguaje jurídico continental.

Una de las especialidades de la colección es que se adelanta la publicación de los volúmenes II y III —esto es, la parte general— a la del volumen I. Esta originalidad asistemática responde a la intención de abrir a la discusión y al estudio lo que constituye el núcleo principal de la cuestión, que es, evidentemente, la referente a la parte central de la teoría del delito.

La colección exige la comprensión del lector, que debe tener siempre en mente que la colección trata en cinco volúmenes lo que cada Estado precisaría para su parte general. La concisión es forzosa. Las ediciones subsiguientes, que serán sólo en lengua inglesa (los cinco volúmenes actuales lo son únicamente en lengua alemana), intentarán abordar bloques de temas en formatos menores por grupos pequeños de países de manera que se garantice la actualidad de lo que se publica y no haya que esperar siempre a todos. La meta auténtica del Proyecto es la elaboración de una base de datos de libre acceso que se renovará periódicamente.

2. PRIMER VOLUMEN

El primer tomo de esta colección aborda los principios fundamentales del derecho pe-

nal, los principios que inspiran como armazón ideológico la potestad represiva del Estado. Como nota original y plausible del estudio, se ha de destacar su proyección a Estados de todos los continentes y de ámbito cultural muy distinto, porque es propósito de la obra superar los límites de la sistemática corriente nacional. Este es, evidentemente, el reto más complejo al que se ha de enfrentar un autor cuando se pretende hacer un estudio de derecho comparado que intente abarcar países y Estados que no pertenecen a la cultura jurídica propia. La traslación de instituciones conduce muchas veces a callejones sin salida o a comparaciones aproximadas con sacrificio del matiz. Por otro lado, las especialidades nacionales resultan chocantes e, incluso, en algún caso, abiertamente contrarias al «sentido común» jurídico del lector.

Este primer problema obligó al grupo de trabajo a intentar encontrar una base de actuación que comprendiese todas las diferentes reglas, teorías y soluciones adoptadas por los diferentes ordenamientos jurídicos comprendidos; y, en ese plano, en vez de seguir la diferenciación del derecho alemán —común, por lo demás, al español— de distinguir entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se prefirió tomar en consideración la distinción entre perspectivas y aspectos objetivos y subjetivos del delito como «común denominador» de los ordenamientos jurídicos considerados.

Para la elaboración del trabajo, se procedió, en primer término, a proyectar el trabajo fuera del ámbito exclusivo occidental. Así, en primer lugar, el trabajo cuenta con un país tradicionalmente obviado en los estudios de derecho internacional: en concreto, China. Hoy en día, es imposible dejar de lado al gigante asiático, al perfilarse en un futuro no muy lejano como gran potencia mundial. Esta realidad hace que la inclusión de Estados como China resulte particularmente interesante no solo por su tamaño colosal y su entrada arrolladora en la discusión mundial, sino, sobre todo, porque frente a la dicotomía usual de países de tradición o influencia continental (derecho europeo con influencias comunes del Derecho

romano y, posteriormente, francesa y alemana en cuanto a su dogmática) y países de tradición anglosajona (que incluyen no solamente, evidentemente los Estados Unidos, Gran Bretaña y Australia, sino también los países surgidos del proceso de descolonización en África y Asia), China ofrece las peculiaridades de una cultura propia (con su reflejo interno en Derecho Penal) no sometida a colonialismo y con evolución propia. Las influencias han mermaado en menor medida la originalidad china que en otras culturas y, además, no nos estamos refiriendo a un país de reciente definición, nacido al calor de los deseos y caprichos de las potencias coloniales, con nulo pasado como Estado y con nulo desarrollo de sus propias instituciones, incluidas las penales. China es un país milenario en todo su conjunto, terriblemente moderno, y terriblemente antiguo, formalmente comunista y al tiempo dirigido sin freno a un capitalismo voraz.

También, no es menos cierto que un análisis total de las legislaciones a nivel universal es tarea imposible y que ello exige una adecuada selección. No obstante, hubiese sido de desear que el estudio hubiese comprendido también otras culturas, particularmente aquellas que más dificultosas resultan para la elaboración de esa megaestructura que se pretende. Particularmente, algún país islámico o de fuerte enraizamiento de la tradición musulmana que son los que, hoy por hoy, parecen más en conflicto con los principios que inspiran, al menos, el mundo occidental y que pudiesen llevar, precisamente, a la conclusión de que esa megaestructura no puede, hoy por hoy, llegar a todos los Estados del mundo o, por el contrario, desbarbolase el prejuicio de su imposibilidad. No debe obviarse que, en muchos casos, los mayores conflictos no se derivan de los principios de derecho penal existentes sino de una corrupción en su aplicación.

Asimismo, es inevitable y sorprendente que el estudio haya obviado el derecho alemán. Fundamentalmente, por la posición preeminente que la dogmática alemana tiene en el derecho continental europeo y por la posición no menos preeminente que Alemania está co-

brando a nivel europeo. Alemania es, en la actualidad, el motor y el corazón de Europa. Evidentemente, se echa en falta el estudio del otro gigante mundial, los Estados Unidos de Norteamérica, lo cual al menos a nivel federal hubiera sido fácilmente asequible; y, desde luego, muy interesante. Sin embargo, esta deficiencia va a ser corregida en la siguiente edición de otros dos libros —en inglés, en este caso— correspondientes a los Libros II y III, en los que se incluyen otros doce Estados, entre los que se encuentran Estados Unidos, Japón, Grecia, India y Australia.

El trabajo presente abarca, en total, diecisiete países, de los que tres no pertenecen a la esfera europea, en concreto, China, Costa de Marfil y Corea. De los restantes, reviste una particular importancia el caso de Turquía. Con sus significativas proporciones humanas y territoriales, con pretensiones de integración en la Unión Europea y miembro actual del Consejo de Europa, Turquía es, internacionalmente, llave de otro mundo y Estado de raíces mixtas, donde se mezclan las características de un Estado moderno y de un Estado de mayoría musulmana. Se da, además, la circunstancia de que en una eventual incorporación de Turquía a la Unión Europea, sería el único Estado mayoritariamente musulmán en un posible futuro contexto europeo, lo que parece preocupar hondamente a algunos. Esto le convierte en un caso particularmente interesante. Los restantes Estados son Inglaterra y Gales, Francia, Italia, Austria, Polonia, Escocia, España y Suecia. Prácticamente el Reino Unido —con sus peculiares características, a veces, de difícil comprensión para el jurista continental— queda prácticamente integrado en su totalidad en el estudio.

Los autores explican, de cualquier modo, las razones para esta selección. Se busca, evidentemente, recoger un muestreo de las diferentes legislaciones a nivel mundial, que permita extraer ciertas conclusiones válidas. Un trabajo que abarcara la totalidad sería ultraenciclopédico y entrañaría un esfuerzo de colosales. Por ello, optaron por elegir China y Corea como representantes del mundo asiático, del que se caracterizaba, el primero, por una influencia

socialista y el segundo, paradójicamente, por la recepción del derecho penal alemán. Costa de Marfil representaba a aquellos países que habían recibido su legado penal de las metrópolis que les habían colonizado hasta mediados del siglo XX y que habían recibido un derecho (en general, toda una formación) ajeno a su propia tradición. Inglaterra y Gales y Escocia representaban a la familia de la *Common Law*; España, Italia y Francia constituían el círculo de países influidos por el derecho romano; Austria pertenecía al ámbito de influencia del derecho alemán y Turquía presentaba características propias, al haber abordado recientemente una reforma en materia penal disruptiva con sus conceptos previos. Como nota curiosa, ocho de los 12 ordenamientos jurídicos estudiados habían sido elaborados por ponentes que procedían de esos territorios.

En su sistemática, el primer volumen abarca los siguientes puntos de estudio, siempre dentro de los principios fundamentales de la parte general del Derecho penal. En primer lugar, el marco de presupuestos nacionales, que, como es lógico, determina normalmente el tipo y orientación del Derecho Penal nacional (es ingenuo pretender que la respuesta penal se desliga de la sociedad que lo elabora) y que acoge ámbitos como la geografía, la población (grupos y población), lengua y religión; economía, organización estatal, criminalidad y persecución penal. Se distinguen y especifican también quiénes son las autoridades encargadas de la investigación de los delitos, quiénes son las autoridades encargadas de su persecución, la composición y formación de los Tribunales penales, así como las reglas relativas a las penas y la ejecución penal.

En un segundo apartado, el estudio aborda el encaje del derecho propio de cada Estado dentro de las categorías clasificatorias adecuadas que se distinguen a efectos didácticos en derecho internacional, y, en especial, su inclusión dentro del derecho comparado y la influencia de los condicionamientos internacionales, derivados de la pertenencia a organizaciones internacionales y regionales y a la participación en Tratados de Derechos Humanos.

En un tercer apartado, el tema de análisis lo constituyen los presupuestos de Derecho Constitucional, abordando en primer lugar, las reglas supralegales en cuanto soporte de los principios de Derecho Penal, y, en segundo término, el reconocimiento y vigencia de los derechos y libertades fundamentales y la incidencia de las restantes normas supranacionales de relevancia en Derecho Penal.

En un cuarto apartado, se tratan los principios fundamentales teóricos de Derecho Penal, incluyendo como puntos específicos de tratamiento, la finalidad del Derecho Penal, sus límites en cuanto se encuadra dentro de un Estado de Derecho, cuál es el fin de la pena que cada Estado reconoce y los principios fundamentales que rigen en derecho procesal penal.

En su quinto apartado, se aborda la delimitación y clasificación del Derecho Penal, su deslindamiento conceptual y por materias, su conjugación con otros sistemas u ordenamientos represivos y un tratamiento metodológico de los diferentes grupos de medidas especiales que se adoptan o se pueden adoptar en relación a determinados grupos concretos de delincuentes.

El sexto apartado se dedica al estudio de las fuentes del Derecho Penal. En primer lugar, se presenta una exposición general por cada Estado o nacionalidad (el estudio abarca los Reinos que integran el Reino Unido), tratando a continuación del valor dentro de las fuentes de las normas jurídicas escritas, del derecho consuetudinario, de la jurisprudencia y de la literatura científica.

En el último apartado, se estudia la evolución y desarrollo experimentado en cada Estado por el Derecho penal, entendido éste tanto en lo relativo al denominado Derecho penal material como al Derecho procesal penal y al Derecho penal de ejecución, comenzando por una visión general de la materia.

El trabajo se desvela, en tales términos, de especial interés por su amplia visión y por superar el tradicional desconocimiento y la cautela con que se miraban las legislaciones penales extranjeras, como si en esta materia,

sólo importase lo que cada uno hiciese en su casa. El derecho penal comparado, el conocimiento de las culturas jurídicas foráneas es una necesidad evidente en un mundo en el que las barreras de la distancia han sido aplastadas por el peso de unas comunicaciones cada vez más desarrolladas.

3. EL SEGUNDO VOLUMEN

El volumen segundo entra ya en materia más específica, al igual que los siguientes, siempre partiendo de la idea de que los autores fueron conscientes de que el desarrollo de esa megaestructura universalmente válida exigía una estandarización de conceptos, que hoy por hoy no se daba y que por eso dio pie a que los participantes trabajasen, preferentemente sobre las categorías propias alemanas que les eran más conocidas. El proyecto intenta completarse con la elaboración de un *Tesaurus* específico con intención de universalidad que en su momento se traduzca a la lengua inglesa (esta empresa ya se ha iniciado, como se ha indicado más arriba). No puede ignorarse la dificultad de esta tarea. El derecho de un Estado es también reflejo de su propia cultura y de su escala de valores; y, aunque no pocas veces esa escala no se corresponda con la aceptación general de la sociedad, incluso esa hipocresía jurídica es específica de un pueblo, de una nación o de un Estado. Consecuentemente, la traslación de tradiciones e instituciones jurídica de una lengua a otra es particularmente complejo.

Todos los volúmenes vienen acompañados de una bibliografía, evidentemente, no exhaustiva, ceñidas a los principales puntos de tratamiento del libro. Además, cada capítulo viene acompañado por la jurisprudencia más característica, evidentemente también sucinta. De otra manera sería imposible a efectos de su edición y conduciría al lector extranjero al desquiciamiento si se le facilitase una avalancha de jurisprudencia muchas veces de sentido contradictorio o dudoso. El ámbito de alguno de los temas, particularmente el de la competencia internacional en materia penal español-

la, obliga a su autora a referirse a numerosas sentencias de la Audiencia Nacional, que podrían dar pie a una imagen distorsionada, en cuanto, evidentemente, según el derecho interno español, no constituye jurisprudencia. Se puede entender que se haga así en cuanto que la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción son, por razón de la materia, los competentes para tratar temas de territorialidad. Finalmente, todo artículo va acompañado de una relación de abreviaturas, que facilita, en mucha más medida de lo que parece, la lectura de los libros.

Los aspectos concretos que se abordan en este segundo volumen son los siguientes: en primer lugar, el principio de legalidad, dividido en tres partes y éstas, a su vez, en varios apartados. En primer lugar, se reflejan los caracteres generales del principio de legalidad; en segundo lugar, su regulación y alcance, y en especial, en qué punto concreto legal se regula y cuál es su tenor literal; en tercer lugar, se estudian los cuatro requisitos del principio de legalidad: —las exigencias sobre la forma (aplicación práctica del aforismo latino *nullum crimen sine lege scripta*); —en segundo lugar, las exigencias sobre la certeza de la ley (igualmente, proyección del aforismo *nullum crimen sine lege certa*); los límites de la interpretación (definidos igualmente por el aforismo *nullum crimen sine lege stricta*); y, por último, la retroactividad de las disposiciones penales (nomenclatura técnica en definitiva para el *nullum crimen sine lege praevia*).

En un segundo apartado, la materia de estudio es el ámbito de jurisdicción del Derecho Penal a nivel internacional. Está claro que este es un punto particularmente primordial en el estudio que aborda la colección. Evidentemente, el alcance, la competencia de los órganos de un Estado sobre la criminalidad internacional es un resultado directo de la globalización, un fenómeno en expansión y relativamente moderno. No se puede olvidar que, hasta hace apenas unas décadas —y sin que realmente haya habido una derogación expresa de este principio internacional—, las relaciones internacionales se regulaban por el principio de

no injerencia en los asuntos internos de otro país. A nivel internacional regía —como principio— que cada Estado podía hacer dentro sus fronteras lo que le resultase más a su gusto. El respeto o no a los Derechos Humanos era una cuestión interna. No es necesario insistir mucho en que la criminalidad internacional no política (tráfico de drogas, pornografía infantil, etc.) suscitan menos problemas en su tratamiento internacional que otros tipos de delito cometidos por y desde el Estado, pues, evidentemente, aquí confluyen los devaneos de la política internacional. La pauta que rigió hasta hace unos años era la tabla rasa. No es su lugar éste para extenderse más en esta advertencia pero está claro que éste será el gran caballo de batalla con el que se enfrentará en un futuro próximo la legalidad internacional donde, esta vez, el Derecho Penal, prototipo de Derecho nacional donde lo hubiese, terminará implicado. A mi juicio, precisamente, éste es uno de los méritos de la colección: en definitiva, ser jurídicamente conscientes de tener que armonizar en un futuro inminente, por un lado, el rechazo a la impunidad y el respeto a los Derechos Humanos, y, por otro, la independencia nacional, sobre todo de los países más débiles frente a nuevas formas de colonialismo encubierto.

Dentro de este segundo apartado, se aborda un tratamiento general del ámbito de competencia internacional del Derecho Penal; la asignación sistemática de las reglas de atribución del campo de competencia y el bien jurídico protegido mediante la regulación de las infracciones penales nacionales; una visión panorámica general de los principios generales de las reglas de atribución de competencia; la toma en consideración de las normas jurídicas extranjeras y la toma en consideración de las sentencias penales extranjeras; temas todos estos realmente bastante novedosos en el campo del derecho y, particularmente, en el Derecho Penal. Hasta hace poco, eran simplemente los Tratados de Extradición los que daban cuerpo a las relaciones en el campo del Derecho Penal entre Estados. La disolución de fronteras rea-

les, el libre tráfico de personas, etc., plantean una nueva serie de interrogantes a los juristas.

En su segundo subapartado, se trata del que ha sido hasta ahora el principio básico de aplicación; particularmente, del Derecho Penal, esto es, el principio de territorialidad, abordándolo con carácter general y tratando, en particular, el concepto de lugar donde se comete el hecho, el propio concepto de territorio nacional y su complementación mediante el principio del pabellón; en un tercer apartado, se trata el principio de protección y sus notas generales, así como los principios de protección del Estado, de protección real y el de personalidad pasiva. En cuarto lugar, el principio de la personalidad activa, sus caracteres generales y legislación al particular; el principio del derecho universal o de universalidad; y el principio de la protección jurídico-penal subsidiaria.

El apartado tercero recoge una materia más dogmática y, por consiguiente, más abierta a que las diferencias entre los sistemas legales existentes se hagan más patentes. El apartado general se denomina concepto y sistemática del delito. Un primer subapartado lo constituye el propio concepto de delito, con las definiciones del concepto de delito formal y material, y la división sistemática del delito por categorías; en el segundo subapartado, dedicado a la sistemática del delito, se realiza un estudio introductorio, seguido del tratamiento del desarrollo y estado de la doctrina y sistemática de los requisitos generales de la punibilidad y, en concreto, las estructuras del delito y consecuencias de la estructura del delito.

4. EL TERCER VOLUMEN

En el tercer volumen, se aborda, en primer lugar, la teoría general del delito con tratamiento específico de sus elementos y requisitos. En segundo lugar, se tratan las especialidades de los hechos previos a la comisión del hecho delictivo; en definitiva, lo que, en el lenguaje penal continental, se denominan las formas imperfectas de ejecución y los actos preparatorios.

La primera parte se inicia distinguiendo entre los elementos objetivos y subjetivos del delito y, dentro de los primeros, la definición estricta de qué se ha de entender por elementos objetivos del tipo y cuáles son éstos, —su enumeración—, tratándose a continuación, cada uno de ellos de manera individualizada.

La lectura del volumen permite comprobar que el análisis racional del fenómeno de la conducta criminal, —esto es, del hecho delictivo— según la más simple lógica, conduce en general a ciertas notas comunes. Hay una especie de «fondo común de entendimiento del fenómeno delictivo». Así, cualquiera que sea la cultura de referencia, que no esté sumida en el primitivismo, restringe el concepto de delito a la acción humana. En segundo término, se restringen las acciones a aquellas en las que interviene un mínimo de consciencia y un mínimo de voluntad. En tercer término, la conducta criminal se ciñe a las acciones de la persona individual, con diferentes grados en la admisión de la responsabilidad de la persona jurídica, desde el primer momento en que la sociedad asume un mínimo de complejidad y sofisticación y surge la acción colectiva como entidad, sin embargo, jurídicamente individual.

El primer elemento objetivo que se analiza es el concepto de sujeto del delito y, a continuación, el de la acción y, en tercer término, la comisión por omisión, que se subdivide, a su vez, en tres apartados: en primer lugar, se perfilan cuáles son los límites que diferencian una acción y una omisión; en segundo, cuáles son los deberes especiales de actuación que dan origen a la comisión por omisión y, más en particular, la responsabilidad como garante del no resultado. Debe recordarse que numerosos sistemas legales contemplan la omisión no como un estricto “no hacer”, sino como la omisión de un deber jurídicamente establecido; lo que conlleva el análisis de determinar qué requisitos o condiciones ha de recoger el deber jurídico para originar una omisión delictiva.

En su cuarto apartado, se aborda el estudio del dolo, la imprudencia, la tentativa y la participación en los delitos de omisión; y, por úl-

timo, las especialidades de la individualización de la pena en los delitos de omisión.

En sus quinto y sexto apartado, dentro de los elementos objetivos, se hace análisis del objeto y del resultado de la acción y, por último, se aborda el siempre discutido problema de la causalidad y, dentro de ésta, la existencia o no, así como también se estudia el sistema de la imputación objetiva. Aquí es evidente que deben exponerse las diferentes teorías sobre la causalidad y la imputación. Es palmario que la variedad de la causalidad en el mundo natural obliga al jurista a formular diferentes soluciones que en su plasmación teórica parecen intachables pero que en su aplicación práctica pueden abocar a auténticas monstruosidades desde el punto de vista jurídico penal. La existencia de diferentes tipos de acción (no se puede olvidar que todavía hay autores que ven acción incluso en la más pura de las omisiones) conlleva que la aplicación de una determinada teoría de excelentes resultados en un campo, haga aguas en otros supuestos. El debate sobre la causalidad, o por mejor decir, sobre la imputación del suceso es, indudablemente, uno de los más lacerantes de la doctrina penal.

Pese a ello, la lectura de los diferentes sistemas conduce en cierta manera a la idea que hemos señalado más arriba. Las respuestas humanas a la realidad criminal, como fenómeno natural y humano, en realidad, cuando se asientan no en la magia sino en la racionalidad, presentan un fondo coincidente. Por ejemplo, comparando las teorías de la causalidad de China, Costa de Marfil y de Gran Bretaña, se aprecia que, en China, la doctrina ha utilizado, preferentemente, tres teorías para establecer la atribución de un resultado a un hecho, con evidentes paralelismos en la doctrina continental. Así, en primer lugar, la teoría de la condición (*tiaojian shuo*), según la cual, es condición causal de un resultado toda aquella que conduzca a ese resultado. Las teorías subsidiarias de la causalidad y de la conexión causal adecuada pretenden dar respuesta complementaria a las consecuencias insostenibles de la primera.

En Costa de Marfil, curiosamente, las teorías de la causalidad coinciden, en principio,

con las corrientes doctrinales más comunes en Alemania, que llegan al país africano a través de la metrópolis.

En los países anglosajones, se utilizan dos variantes de la teoría de la *conditio sine qua non*. En concreto, por un lado, la teoría de la *but for*, en la que, para que una acción sea imputable a una persona, *it must be proved that, but for the defendant's act or omission, the event would have not occurred* (debe probarse que, si no fuera por la acción o la omisión del acusado, el hecho no hubiera tenido lugar) y la teoría estricta de la *conditio sine qua non*, que se enuncia como que la acción debe ser *conditio sine qua non* para la consecuencia prohibida (*the act must be conditio sine qua non for the prohibited consequence*).

En realidad, el abanico de respuestas está lógica y racionalmente limitado. Las diferencias en cuanto al aspecto teórico no son tan acusadas como al principio podría pensarse.

Por último, dentro de esta misma parte, se estudian las especialidades referentes a la causalidad en los delitos imprudentes.

La segunda parte, —como ya se ha señalado— se compone de cinco puntos; el primero de ellos referido, como es lógico desde un punto expositivo, a la definición, delimitación y enumeración de los elementos subjetivos del delito.

La tarea no es, evidentemente, fácil. No se puede olvidar que, incluso dentro de los límites doctrinales continentales, hay corrientes que integran en elementos objetivos del tipo, aspectos o elementos que las otras corrientes consideran subjetivos. Es decir, objetivizan lo que otros subjetivizan. Por ello, la exigencia del estudio —en particular, su amplia visión— exige sacrificar en cierta manera la profundidad del examen.

Dentro de este apartado, se estudia, en primer lugar, el dolo, incluyendo el conocimiento del injusto (en terminología alemana, *Unrechtsbewusstsein*). Dentro de esta categoría, se incluyen los términos anglosajones *intention* y *recklessness* definidores de la *mens rea*, junto con la *negligence*. Dar un encaje preciso de qué

es la *recklessness* es sumamente expositivo de las dificultades que tiene que abordar el estudio. La *mens rea* como estado mental del sujeto que le hace susceptible de ser responsable criminal de un hecho, exige la acreditación por la acusación de la concurrencia de uno de esos tres elementos, y la *recklessness* equivale a la adopción de un grave riesgo, para cuya apreciación la doctrina anglosajona (eminentemente jurisprudencial) utiliza dos criterios: uno subjetivo, si el autor conocía el riesgo, y otro objetivo, si el riesgo era de tal naturaleza que no podía desconocerlo. En resumen, el concepto de *recklessness* está a caballo entre la imprudencia que antes se llamaba temeraria y el dolo eventual (según la teoría que se mantenga; aunque en ciertas teorías el dolo abarcaría los supuestos indicados).

Dentro de este mismo apartado, se incluyen el concepto de dolo y punto de referencia para conceptualizar el dolo y las formas que éste puede adoptar.

En su tercer apartado, en lógica correspondencia con el anterior, se estudian el concepto y punto de referencia de la imprudencia, y las formas y grados bajo las que puede presentarse.

En cuarto lugar, se aborda la exigencia de un concepto restringido de dolo e imprudencia, que, en ocasiones, se afirma que no son, en sí, más que la vertiente del principio de mínima intervención. Si la actuación represiva del Estado ha de ceñirse a sólo aquellas conductas que constituyan el mínimo para asegurar una convivencia social pacífica, el concepto de dolo o imprudencia (penales, obviamente) —sin cuya presencia no hay delito— deben ser también restringidos.

En el quinto punto, se estudian las ideas imperfectas o equívocas del sujeto, o en términos más claros, la teoría del error. Se distinguen el error sobre el hecho y el error sobre cuestión o aspectos legales (lo que anteriormente en España era el error de hecho y el error de derecho, sin perjuicio de que hoy día siguiendo la dogmática alemana se utilice la más precisa terminología de error de tipo y error de prohibición).

En la parte tercera del tercer volumen, como se ha señalado anteriormente, se analizan las cuestiones referentes a lo que se titula como las «conductas punibles en el campo previo a la consumación del delito». En definitiva, la tentativa y las formas preparatorias. Este también es punto delicado, particularmente, en lo que atañe a los actos preparatorios: deslindar dónde empieza la conducta que ha de ser punible exige una delicada labor de ingeniería jurídica.

Esta última parte se divide en seis apartados. El primero brinda una visión general de la cuestión y cuáles son los fundamentos de su punición. A continuación, se trata el tema de la tentativa —su definición, así como los requisitos objetivos y subjetivos de la punibilidad de la tentativa—, y los casos particulares, de forma imperfecta de ejecución, a saber, la tentativa inidónea, el delito imaginario y, finalmente, la participación en la tentativa.

En los apartados 4 y 5, los temas abordados son la individualización de la pena, la dosimetría, y el problema particular del desistimiento de la acción ya iniciada. Este tema se subdivide en sus requisitos, el efecto del desistimiento y las especialidades de la coparticipación.

Por último, el último capítulo de este apartado sexto, aborda las especialidades de las otras formas de conductas punibles previas a la ejecución penal.

Los apartados descritos reflejan —como se señaló anteriormente—, ante todo, una técnica preferentemente continental europea. El lector español encontrará que estas categorías no le resultan extrañas.

5. EL CUARTO VOLUMEN

El volumen cuarto se encuentra dedicado, fundamentalmente, a los temas de la participación y de la responsabilidad en empresas, asociaciones y entes colectivos.

La parte referente a la participación comienza con una introducción y la exposición de la estructura básica del modelo de participa-

ción en el delito que se divide a su vez en tres apartados esenciales. En primer lugar, se trata el tema de su inclusión sistemática en derecho penal; en segundo lugar, la visión general de las categorías de la participación; y en tercer lugar, la función e incidencia de la participación.

El tercer apartado se refiere a la definición de las formas de participación, tratándose en concreto las formas de autoría y de las restantes modalidades. La cuestión de la autoría en sentido amplio es una de las más fértiles en la discusión doctrinal; en particular, en los Estados con un sistema penal continental europeo, siguiendo las directrices propias de la doctrina alemana. En particular, la distinción entre las diferentes categorías. La enunciación en sí del propio concepto de autor y de las categorías conceptualmente distintas aunque igualadas en su tratamiento punitivo —como ocurre en España—, resulta extraordinariamente fructífera y polémica.

Otro tanto ocurre con las restantes formas de participación reconocidas en el plano doctrinal europeo, cuya diferenciación —con la excepción de la de encubrimiento, hoy un tipo penal distinto y autónomo, aunque esté condicionado en su existencia a otra conducta penal— sigue siendo extraordinariamente sutil e inconsistente. La distinción entre autoría en sentido general y complicidad se delimita, según un criterio cuantitativo (es una aportación menor a la acción). La complicidad es evidentemente una forma de participación secundaria pero la aportación de un criterio funcional de diferenciación es difícil de definir.

Además, las formas secundarias de participación en el sistema anglosajón conocen una diferenciación mayor que en los países continentales de influencia doctrinal germánica. Así, dentro de la complicidad, como forma accesoria, los anglosajones (Inglaterra y Gales) distinguen entre *aiding*, *abetting*, *conselling* y *procuring*. Conceptos que, por lo demás, los propios anglosajones no han sabido deslindar con rigor; tanto es así, que no es raro que el Magistrado Presidente instruya al Jurado en el sentido de que tampoco es preciso que se esfuerzen mucho en diferenciarlas porque los

propios Tribunales no saben hacerlo. Como quiera que su apreciación depende, fundamentalmente, de la existencia de un nexo de comunicación entre el autor del hecho y el participante accesorio y de si la aportación del auxiliar debería haber sido causal respecto del hecho principal, la distinción conceptual anglosajona se construye distinguiendo dos grupos: por un lado, el *aiding* y el *abetting*, y por otro el *conselling* y el *procuring*. Su correspondencia con las categorías continentales no es fácil. Así, el *aiding* se define como *assisting the principal to commit the offence*, exigiendo el concierto entre ambos y que la actuación del participante sea causal respecto del hecho. El *abetting* se definiría por el apoyo y promoción al autor para que cometa el delito, cuya diferenciación con el *counselling* sería complicado y descansaría fundamentalmente en el aspecto temporal (ayuda durante la comisión del delito e influjo en la determinación criminal del sujeto con anterioridad a su comisión). El *procuring* que no exigiría concierto con el autor y ni siquiera conocer la eficacia de su actuación (equivaldría, al menos, en una primera aproximación, a la provocación al delito). En el otro extremo, el concepto de autor, en el Código Penal chino se enuncia así: es autor quien dirige u organiza la ejecución de actividades criminales de asociaciones delictivas o quien juega un papel principal en un delito común (artículo 26, I del Código Penal chino). Junto a este concepto, existe el jefe de organización (*shouyao fenzhi*) en el artículo 26, 3º del Código Penal, al que, en esa calidad, se le hace responsable por todo acto criminal o delictivo cometido por la organización. Evidentemente, como ocurre comúnmente, el concepto chino de autor se liga, al igual que en otras legislaciones, al concepto de causalidad (¿cuándo es la aportación del acusado principal?). Un punto de partida común a la discusión sobre la autoría en derecho continental, si bien hoy día ya bastante superado.

La estructura de las formas de participación es objeto de numerosas diatribas dentro de los diferentes Estados. Particularmente, la razón de su punición varía esencialmente de uno a otro.

El cuarto tema que se aborda es la influencia de las formas de participación en las reglas de individualización de la pena. En otras palabras, la dosimetría de la pena en función de la calificación de la forma de participación del sujeto que también es un problema correlativo con la propia delimitación que se haga de los conceptos de autoría.

En la quinta parte de este volumen, se abordan problemas especiales de participación, en los que la realidad exige un acondicionamiento de las normas de la autoría; por ejemplo, en los casos de los delitos especiales (la figura que en derecho español se denominaría la aparición del *extraneus*) o en aquellos casos de organizaciones delictivas jerarquizadas, en las que no existe una participación como inductor ni como autor directo ni mediato, y el agente tiene pleno conocimiento en la acción delictiva. En definitiva, la participación típica dentro de las organizaciones terroristas, por vía de ejemplo.

Así, más en concreto, se distinguen los siguientes temas particulares: —en primer lugar, la participación en los delitos especiales, en los delitos que exigen especiales características intencionales, o sea, en los que se requiere un particular elemento subjetivo del tipo, y, por último, en los delitos llamados de propia mano; —en segundo lugar, la participación en la omisión, y la participación mediante la omisión; —en tercer lugar, la participación en la tentativa y la participación intentada; —en cuarto lugar, la participación en el hecho imprudente y la participación imprudente; —en quinto lugar, la participación mediante inducción, la complicidad y otras formas de participación; —y en sexto lugar, la cooperación necesaria.

El apartado sexto del volumen trata del aspecto temporal de la participación. Este tema abarca tres puntos de tratamiento: en primer lugar, la participación en el campo previo a la conducta criminal, la participación sucesiva durante la realización de la conducta criminal y, por último, la participación tras la ejecución y consumación del hecho criminal. Finalmente, se tratan las formas especiales de cooperación punible.

La última subdivisión del cuarto volumen se refiere a la responsabilidad de empresas, asociaciones y entes colectivos. Esto es, el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas; novedoso en la legislación española, en cuanto se ha introducido en el texto penal —no sin pocas reticencias para una parte de la doctrina— recientemente.

El análisis de este tema exige el contraste entre las dos formas de personalidad reconocidas en derecho; esto es, entre las personas naturales y las personas jurídicas. Se abordan así, en primer lugar, la responsabilidad individual general, la responsabilidad de directivos, con sus especialidades, en particular, la responsabilidad de directivos por los hechos criminales cometidos por sus subordinados, y los elementos fácticos especiales.

Como último tema, se estudia la responsabilidad de las personas no naturales, poniendo de relieve el trasfondo histórico y de política criminal y, por último, su regulación legal y las teorías especiales fundamentadoras de la responsabilidad de las personas jurídicas, su adscripción sistemática y la naturaleza jurídica de la responsabilidad de las personas no jurídicas y de las asociaciones de personas asimiladas y, como tres apartados especiales, los requisitos de la responsabilidad de las personas no naturales, las penas principales y accesorias susceptibles de imponerse y, por último, las especialidades procedimentales.

6. QUINTO VOLUMEN

El quinto volumen aborda, en primer término, las causas de exclusión de la pena. Integran el primer capítulo de esta sección una introducción general, el encaje de las causas de exclusión de la pena en la teoría del delito, una visión general y su sistemática, sus efectos en la punibilidad del autor y su incidencia en el campo de la participación y las cuestiones probatorias que implica. Los propios autores reconocen la dificultad de abordar el tema de las causas de exclusión según una división uni-

forme por las diferencias profundas existentes entre legislaciones y por los problemas que plantea su elaboración conceptual. Particularmente, porque —como ya hemos señalado— es un handicap con el que la obra tiene que enfrentarse. Las categorías usuales y comunes para los juristas europeos continentales (causas de justificación y excusas absolutorias, por ejemplo) son inoperantes en otros sistemas jurídicos.

En consecuencia, el estudio obliga a examinar, de forma general, la sistemática vigente en cada una de las naciones y distinguir las causas de exclusión de la pena que, de una forma u otra, explícita o implícitamente se reconocen en ella, explicando incluso formas de exclusión de la pena propios de legislaciones concretas que no están universal o comúnmente difundidas.

Dentro de este primer apartado, se relacionan una serie de cuestiones que integran el panorama más o menos amplio de las causas que, de una u otra forma, pueden conducir a la exclusión de la pena y aspectos de peculiar interés dogmático como lo son lo relacionado con el desconocimiento o la ignorancia en relación con la suposición errónea de la concurrencia de una causa de impunidad; la extralimitación en el marco de una actuación autorizada; los casos que en aquí se calificarían, en ocasiones, como supuestos de eximente incompleta, esto es, el tratamiento de los casos de concurrencia parcial de los elementos que conforman las causas de exclusión de la pena; o la discusión sobre la comunicabilidad de las causas de exclusión de la responsabilidad criminal en casos de coparticipación. Por último, se trata, aunque brevemente, un punto en concreto, de naturaleza más bien procesal, pero de seria incidencia y resolución oscilante. Nos referimos a la cuestión relativa a quien le corresponde la carga de la prueba de las causas de exclusión de la pena. Este es un punto en el que ni siquiera hay un acuerdo absoluto a nivel nacional, ni doctrinal ni jurisprudencialmente. A falta de un precepto concreto en la legislación que consagre que el *onus probandi* de las causas que excluyen la responsabilidad criminal le corres-

ponde al que lo invoca, suele tratarse de una construcción jurisprudencial que se encuentra, además, escasamente desarrollado. El reparto de la carga de la prueba de los hechos que pueden excluir la pena es una cuestión difusa en legislaciones como la española. En España, equivocadamente, habitualmente la doctrina y la jurisprudencia hacen una traslación al proceso penal del sistema del proceso civil conforme al cual incumbe la prueba al que afirma y no al que niega. Sin embargo, tal fundamentación, admisible en el ámbito civil no es trasladable, sin más, al ámbito penal.

El estudio de las causas de exclusión de la responsabilidad criminal engloba, en primer lugar, el tratamiento de cuál es el principio filosófico —la esencia de la cuestión específica y sus requisitos objetivos y subjetivos— partiendo de que, en muchos casos, los requisitos de la causa en sí tiene un origen legal y otra jurisprudencial o incluso mixto. Así, en España, la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se entendió por Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo que debería dar pie al reconocimiento de una atenuante (analógica, en principio, aunque con los mismos efectos). Hoy en día, desde la reforma introducida por Ley Orgánica 5/2010, las dilaciones indebidas constituyen una atenuante específica. Como último punto, se estudian las consecuencias de la apreciación de las diferentes causas de exclusión de la responsabilidad criminal, incluyendo los supuestos de exceso en su ejercicio y los supuestos de actuación putativa.

En el segundo se trata, de forma más concreta, cada una de las causas de exclusión de la responsabilidad criminal, empezando por aquellas que se consideran comunes a todas las legislaciones tratadas: en concreto, la legítima defensa y el estado de necesidad, la actuación bajo coacción o fuerza, y la actuación bajo provocación, con las que presenta analogías.

Otro grupo diferente lo constituyen aquellas causas en las que el sujeto actúa en ejercicio de una habilitación o autorización legal especial o actúa en el ejercicio de un deber concreto (lo que viene a ser en Derecho español, actuar en

ejercicio de un deber o de un derecho). Abarca todos aquellos casos en los que, en uno de los polos de la relación reside el uso de un acto derivado del poder, en el que el sujeto obra como agente activo o pasivo del mismo.

En tercer lugar, se abordan las causas especiales de exclusión. Aquí se examinan temas delicados como la actuación en cumplimiento de un deber de la autoridad; la actuación bajo órdenes (lo que en castellano se interpretaría como la conocida y altamente discutida obediencia debida); el derecho de corrección y la defensa de derechos privados

En un cuarto punto, se aborda la teoría del consentimiento y en el quinto punto el estudio de lo que se determina, dentro de la moderna teoría de la acción, como el riesgo socialmente permitido y socialmente adecuado y, a continuación, la edad del autor y las perturbaciones psíquicas y morales, distinguiendo entre aquéllas permanentes y aquéllas pasajeras, con un estudio en particular de la *actio libera in causa* (categoría propia de la dogmática continental), incluyendo, entre ellas, la embriaguez que, ciertamente, acoge las dos opciones: la embriaguez ocasional puede equivaler a una honda perturbación de las facultades psíquicas de carácter transitorio, y el alcoholismo que, a todos los efectos, es una enfermedad mental permanente.

Por último, se aborda la teoría del error en la prohibición.

La simple mención de los puntos indicados pone de relieve la delicadeza e importancia del tema. Sobre todo, si el lector occidental no olvida que el Proyecto intenta lanzar luz a las respuestas que se dan a nivel mundial y que cuestiones, que en Europa están prácticamente rechazada o marginadas, no lo están en todos los países. Los propios autores ponen de relieve que, en este punto, las diferencias entre los sistemas jurídicos son mucho más acusadas. Tampoco puede olvidar el lector continental europeo que temas arrinconados o con un ámbito muy reducido en Occidente —como el derecho a la corrección (física se entiende)— fueron prácticas socialmente justificadas y le-

gal y jurídicamente amparadas hasta no hace tanto (el lector no tendría que retrotraerse en muchas generaciones. Es fácil que tuviese que utilizar solo el singular o que ni siquiera tuviera que imaginar, sino recordar). Las sociedades pueden permanecer inalteradas en sus costumbres y valores en siglos y reestructurarse en muy poco del tiempo. Incluso el tema del derecho a la corrección física —que algún precepto petrificado del Código Civil escondía hasta hacía poco tiempo entre sus disposiciones en favor de tutores, maridos (j), padres y maestros— renace con ímpetu en países sobre todo del ámbito cultural anglosajón.

Otro tanto ocurre con el sensible tema de la obediencia debida. Usada como cláusula de exclusión de responsabilidad, ha servido en la Historia de Occidente (también de Oriente, desdichadamente) como pantalla para las más horribles barbaridades y ha servido en muchos lugares para sustituir la libertad de elección humana y la responsabilidad personal por los propios actos por una obediencia mecánica y deshumanizada de la orden. Si se tiene en cuenta que numerosas instituciones funcionan de manera jerárquica (están, esencialmente, jerarquizadas la Administración, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Seguridad, pero, también, hasta cierto punto, empresas, sindicatos y partidos en cierta medida), la obediencia a la orden del superior jerárquico más allá de toda capacidad crítica era un cheque en blanco para el abuso y la prepotencia. El derecho daba carta de naturaleza a la manera más eficaz de cometer monstruosidades. El que piensa y ordena, no ve. El que ve, ni ordena ni piensa.

Pero sobre todo, lo que en el mundo occidental ha supuesto una reacción tendente a matizar profundamente el alcance de la obediencia debida es, antes que nada, sus probados efectos para hacer funcionar el horror. La obediencia debida en Europa no ha sido un planteamiento teórico de laboratorio jurídico. Está firmemente vinculado a los episodios más horribles. También es verdad que otros países de Oriente (así, Camboya) y de otros ámbitos (no digamos el africano y el sudamericano) han conocido el horror a que se desemboca

cuando, el que manda, manda atrocidades y cuando, el que obedece, se escuda en que sólo obedece. Pero lo cierto es que cada cultura responde de una manera particular a sus propias circunstancias y, si el tema de la obediencia debida levanta ampollas en Alemania, no es lo mismo en otros países más modernos o que han evolucionado de otra forma.

En el orden de otras cuestiones, el Proyecto aborda temas que se han perfilado en el derecho continental como grandes caballos de batalla de la teoría moderna del delito. El concepto del riesgo socialmente permitido, que enlaza de plano con la teoría de la imputación objetiva, incluso no del todo aceptada y digerida en Estados occidentales y, por supuesto, el tema del error de prohibición en el que incluso juristas inveterados se perderían como en un bosque impenetrable. No puede dejarse de lado que el tema de los confines del error, y su incidencia dentro de la responsabilidad y, consecuentemente, la reprochabilidad de la conducta y la pena todavía sigue muy abierto a la dialéctica (lo que es bueno), pero muy diluido en cuanto a su percepción. Por último, en el libro se aborda el tema del error de prohibición que los autores reconocen que en amplios espacios legales, se denomina como error de derecho y, en él, la investigación trata de diferenciar con el error de hecho y las formas más comunes de aparición. Así, se citan: la representación errónea del contenido de una disposición penal; en torno a una norma que fundamente o subyazca a una disposición penal; sobre un problema previo a la aplicación de una disposición penal o sobre el contenido y límites de una causa de exclusión de la pena.

Los autores otorgan a los temas del consentimiento y de la adecuación social —construcciones casi puramente germánicas asociadas en buena manera a la más moderna teoría de la acción— un carácter particular y lo consideran en un apartado individual especial. La dimensión de este tema —que guarda una relación muy perceptible y directa con los ámbitos de la práctica deportiva y las intervenciones médicas— también conoce diferencias parciales y fluctuantes entre las legislaciones.

Curiosamente, y para perplejidad del lector, la minoría de edad no se reconoce ni por igual ni en absoluto en todas las legislaciones. Por ello, el primer paso a dar es una labor sistemática y, en concreto, la determinación de un punto de especial relevancia: la incidencia que la toma en consideración de ciertos hitos en la edad del autor puede tener en la elección de la sanción a imponer y la individualización de la pena y la discriminación del momento de consideración de la edad del sujeto: la edad en el momento de la comisión del delito y la edad en el momento del enjuiciamiento.

En su siguiente apartado, el Proyecto aborda cuestiones igualmente espinosas y sometidas a profunda revisión. No puede perderse de vista que quizá, por su contenido, nos encontremos en el volumen en el que el tema jurídico técnico y científico pueda someterse más profundamente a utilitarismos políticos o que abra zanjadas profundas de crítica social por su utilización interesada. Los autores lo consideran temas íntimamente unidos y los considera causas *ex facto* de la exclusión de la pena. Como primera característica, se delimitan frente a las causas de la exclusión de la pena. Así, se intenta la definición del concepto de indulto y se separa de la amnistía que se reserva normalmente por ley a un círculo determinado de hechos y de delitos.

El tema de los indultos, amnistías y formas generales de extinción de la penalidad desvela particular importancia porque se han utilizado frecuentemente como cláusulas para cerrar causas por delitos graves, generalmente colectivos, y de gran dureza. En muchos casos, el indulto no se ha utilizado como herramienta para corregir aquellos casos en los que la pena, por diferentes causas, generalmente humanitarias, ha perdido su razón de ser, total o parcialmente. Ha sido un útil o instrumento partidista (eso explica la prohibición de indultos generales en España). Además, tampoco se puede olvidar que el indulto y la amnistía implican, por su propio peso, una interferencia del poder ejecutivo en la tarea judicial. El tema se acerca a la cuestión debatida del derecho a la justicia universal, el derecho de la víctima a

la justicia, el derecho del enemigo y a opciones surgidas al calor de los fenómenos más apocalípticos.

Finalmente, el tema se cierra con el tratamiento de las restantes causas de exclusión de la responsabilidad.

Por último, el tema de la prescripción proyecta igualmente una nueva dimensión. En parte, porque el fenómeno mediático y la mayor presión de la opinión pública, en cierta manera, ponen el tema de la prescripción en la picota. Cada vez se tiende a incluir mayor número de delitos como imprescriptibles, o a calificar de forma distinta los hechos para sortear la prescripción, etc. (por ejemplo, en los crímenes acontecidos en Noruega el verano de 2011, se llegó a insinuar que la Fiscalía noruega intentaría calificar los asesinatos de crimen contra la Humanidad para de esa forma eludir la limitación temporal en la pena y por extensión en la posible prescripción que en este caso no juega por estar el inculpaado detenido). A ello se unen disposiciones especiales, como la existente en algunas legislaciones para los delitos sexuales contra menores, en los que el plazo no empieza a contar hasta la mayoría de edad de la víctima.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, se aborda la discusión de orden dogmá-

tico sobre si la prescripción entra en juego en cada sistema legal como cuestión de derecho material o como óbice procesal. Sin embargo, los autores indican que la diferenciación entre prescripción de la posibilidad de persecución del delito y la prescripción de la posibilidad de ejecución de la pena (o sea, prescripción del delito y prescripción de la pena) en derecho anglosajón presenta serias dificultades. Finalmente, se abordan los casos de los supuestos especiales de prescripción.

7. CONCLUSIÓN

En definitiva, el trabajo cumple sobradamente su pretensión de dar una visión global de las legislaciones penales mediante un muestreo muy representativo y siguiendo esquemas que al lector jurista español le resultan comprensibles y accesibles. Estudios de esta índole a nivel penal no son frecuentes. El derecho comparado —especialmente, de legislaciones culturalmente alejadas, o del mundo anglosajón— ha tenido siempre un valor residual en los estudios de los juristas. Una visión que, a mi juicio, es absolutamente equivocada ante el propio presente y mucho más frente a un futuro donde, cada vez más, las fronteras estatales se diluyen.



NORMAS DE LA REVISTA



I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA TEORÍA & DERECHO

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 y 56.000 caracteres como extensión máxima, interlineado de 1.5 y letra punto 12. Soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente)
4. Se ha de indicar el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, el cargo o la profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la revista se pueda poner en contacto (dirección postal, teléfono y dirección electrónica)
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos seguirán el siguiente criterio. Números árabes (1, 2, 3); letras mayúsculas (A, B, C) y letras minúsculas con paréntesis a), b), c).
8. En el caso de los artículos publicados en la Sección “Temas de Hoy”, se podrá obviar parte de los requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista Teoría & Derecho lo haría constar.
9. Para las traducciones y texto de la sección titulada “Varia” no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a los editores de los números monográficos o los debates y a evaluadores externos. La revista garantiza que la evaluación será anónima. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores. En este caso, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo Editorial de la revista.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *(i)* la idoneidad temática *(ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan *(iii)* estructura adecuada *(iv)* oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación *(v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo editor considera que la forma óptima de presentar las referencias bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de posición del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990:95).

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. Si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, Nombre, Título del libro, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Apellidos, Nombre, "Título del artículo o capítulo". *Título de la revista o del libro*, volumen, número, ciudad de edición, año de publicación, páginas.

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. MIEMBROS DEL CONSEJO Y DEL COMITÉ:

Para ser miembro del Consejo Editorial y/o del Comité Científico se requiere:

- Ser Catedrático de Universidad en activo en la propia Universidad y/o en centros de investigación.
- Ser mayor de 50 años.
- Tener un prestigio reconocido en el mundo académico.

Todas las condiciones han de cumplirse en el momento de ingresar en la Revista.

VII. BASES DE DATOS EN LAS QUE SE ENCUENTRA LA REVISTA:

LATINDEX: cumple 33 de los 33 criterios de calidad: <http://www.latindex.unam.mx/buscador/paraCum.html?tipoR=2&tipo=1&folio=16791>

DICE: <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

ANEP: categoría B

CIRC: Clasificación integrada de revistas científicas: <http://epuc.cchs.csic.es/circ/>

RESH: <http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

ISOC: Unidad de bases de datos ISOC. Evaluación Publicación Científicas

www.tirantonline.com

Información jurídica en internet



Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28

un número de fax: 96 369 41 51

una dirección de correo electrónico:

atencionalcliente@tirantonline.com

o directamente en www.tirantonline.com

