

n.º 39

Vulnerabilidad y justicia procesal sostenible

Sumario

DEBATE

Presentación: Vulnerabilidad y justicia procesal sostenible

Silvia Barona Vilar

Pensar la vulnerabilidad y su incidencia en la justicia

Silvia Barona Vilar

Tutela procesal de las personas vulnerables: el proceso judicial a medida

Fernando Martín Diz

Personas vulnerables y medios adecuados de solución de controversias

Juan F. Herrero Perezagua

Vulnerabilidad, prueba preconstituida y derecho (efectivo) a la defensa

José Francisco Etxeberria Guridi

La palabra de los vulnerables. Sobre la valoración del testimonio de las personas con discapacidad intelectual

Marina Gascón Abellán

Colectivo LGTBI, derecho a la igualdad y prohibición de discriminación: especialidades procesales

Luis-Andrés Cucarella Galiana

La especial vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado en conflicto con la Ley penal

Esther Pillado González

Paula Martínez Molaes

Los intereses vulnerables de las futuras generaciones. Dos sentencias claves para su comprensión: STC 142/2024, de 20 de noviembre en relación al Mar Menor y la STEDH Klimaseniorinnen, de 9 de abril 2024

Elena Martínez García

ESTUDIOS

La dogmática tributaria latinoamericana y la teoría de los sistemas

Andrés Blanco

Hillary Marks

Vulnerabilidad, sujeto y arquitectura institucional. Análisis y crítica al modelo normativo de Martha A. Fineman

Carlos H. González Bellene

El factor indomesticable. Elementos para la reflexión iusfilosófica de la disrupción digital

Clara Navarro Ruiz

La independencia judicial y el principio de legalidad. Análisis del caso *Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras*

John Fernando Restrepo

Juliana Sinisterra

Santiago Agudelo

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 39/2025
teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

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

Cristina García Pascual

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

María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)

Fernando Flores Giménez

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

Ángel M. López y López

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

Formó parte de este Consejo Editorial:

Tomás S. Vives Antón

SECRETARIO:

Jose Antonio García Sáez

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universitat de València (España)

COMITÉ CIENTÍFICO:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán

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

José Ramón Cossío Díaz

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

Carmen Domínguez Hidalgo

Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

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

Owen Fiss

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

José Antonio García-Cruces González

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

José Luis González Cussac

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma 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

Francisco Muñoz Conde

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

Angelika Nussberger

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

Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso

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

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco

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

Ignacio Sancho Gargallo

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

Elisa Speckmann Guerra

Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

Ruth Zimmerling

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

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

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

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

Redacción, Administración y Suscripción

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

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

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

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Mail: tlb@tirant.com

ISSN (impreso): 1888-3443

Depósito legal: V-2840-2007

Maqueta: Tink Factoría de Color

Fax: 96/369 41 51

<http://www.tirant.com>

ISSN (online): 2695-6594

SUMARIO

DEBATE

Presentación: Vulnerabilidad y justicia procesal sostenible	10
<i>Silvia Barona Vilar</i>	
Pensar la vulnerabilidad y su incidencia en la justicia	16
<i>Silvia Barona Vilar</i>	
Tutela procesal de las personas vulnerables: el proceso judicial a medida.....	44
<i>Fernando Martín Diz</i>	
Personas vulnerables y medios adecuados de solución de controversias.....	70
<i>Juan F. Herrero Perezagua</i>	
Vulnerabilidad, prueba preconstituida y derecho (efectivo) a la defensa	96
<i>José Francisco Etxeberria Guridi</i>	
La palabra de los vulnerables. Sobre la valoración del testimonio de las personas con discapacidad intelectual	124
<i>Marina Gascón Abellán</i>	
Colectivo LGTBI, derecho a la igualdad y prohibición de discriminación: especialidades procesales	144
<i>Luis-Andrés Cucarella Galiana</i>	
La especial vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado en conflicto con la Ley penal	170
<i>Esther Pillado González</i> <i>Paula Martínez Molares</i>	
Los intereses vulnerables de las futuras generaciones, dos sentencias claves para su comprensión: STC 142/2024, de 20 de noviembre en relación al Mar Menor y la STEDH Klimaseniorinnen, de 9 de abril 2024.....	198
<i>Elena Martínez García</i>	

ESTUDIOS

La dogmática tributaria latinoamericana y la teoría de los sistemas	234
<i>Andrés Blanco</i> <i>Hillary Marks</i>	
Vulnerabilidad, sujeto y arquitectura institucional. Análisis y crítica del modelo normativo de Martha A. Fineman.....	258
<i>Carlos H. González Bellene</i>	
El factor indomesticable. Elementos para la reflexión iusfilosófica de la disrupción digital.....	288
<i>Clara Navarro Ruiz</i>	
La independencia judicial y el principio de legalidad. Análisis del caso <i>Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras</i>	314
<i>John Fernando Restrepo</i> <i>Juliana Sinisterra</i> <i>Santiago Agudelo</i>	

SUMMARY

DEBATE

Presentation: Vulnerability and sustainable procedural justice.....	10
<i>Silvia Barona Vilar</i>	
Rethinking vulnerability and its implications for justice	16
<i>Silvia Barona Vilar</i>	
Procedural protection of vulnerable persons: fitting the judicial process.....	44
<i>Fernando Martín Diz</i>	
Vulnerable people and appropriate means of dispute resolution.....	70
<i>Juan F. Herrero Perezagua</i>	
Vulnerability, pre-constituted evidence and (effective) right to defense	96
<i>José Francisco Etxeberria Guridi</i>	
The voice of vulnerable people. On the assessment of testimony from persons with intellectual disabilities	124
<i>Marina Gascón Abellán</i>	
LGTBI collective, right to equality and prohibition of discrimination: procedural specialties	144
<i>Luis-Andrés Cucarella Galiana</i>	
The special vulnerability of unaccompanied foreign minors in conflict with criminal Law	170
<i>Esther Pillado González</i> <i>Paula Martínez Molares</i>	
The vulnerable interests of future generations, two key judgments for their understanding: STC 142/2024, of november 20 in relation to the Mar Menor and the ECHR Klimaseniorinnen, of april 9, 2024.....	198
<i>Elena Martínez García</i>	

ESTUDIES

The latin american tax legal scholarship and the systems' theory	234
<i>Andrés Blanco</i> <i>Hillary Marks</i>	
Vulnerability, subject and institutional architecture. Analysis and critique of Martha A. Fineman's normative model	258
<i>Carlos H. González Bellene</i>	
A reckless asset. Elements of a legal-philosophical approach to digital disruption.....	288
<i>Clara Navarro Ruiz</i>	
Judicial independence and the principle of legality. Analysis of the case of <i>Gutiérrez Navas et al. v. Honduras</i>	314
<i>John Fernando Restrepo</i> <i>Juliana Sinisterra</i> <i>Santiago Agudelo</i>	

DEBATE

Presentación: vulnerabilidad y justicia procesal sostenible

Silvia Barona Vilar

Pensar la vulnerabilidad y su incidencia en la justicia

Silvia Barona Vilar

Tutela procesal de las personas vulnerables: el proceso judicial a medida

Fernando Martín Diz

Personas vulnerables y medios adecuados de solución de controversias

Juan F. Herrero Perezagua

Vulnerabilidad, prueba preconstituída y derecho (efectivo) a la defensa

José Francisco Etxeberria Guridi

La palabra de los vulnerables. Sobre la valoración del testimonio de las personas con discapacidad intelectual

Marina Gascón Abellán

Colectivo LGTBI, derecho a la igualdad y prohibición de discriminación: especialidades procesales

Luis-Andrés Cucarella Galiana

La especial vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado en conflicto con la Ley penal

Esther Pillado González

Paula Martínez Molares

Los intereses vulnerables de las futuras generaciones, dos sentencias claves para su comprensión: STC 142/2024, de 20 de noviembre en relación con el Mar Menor y la STEDH Klimaseniorinnen de 9 de abril 2024

Elena Martínez García

PRESENTACIÓN: VULNERABILIDAD Y JUSTICIA PROCESAL SOSTENIBLE
PRESENTATION: VULNERABILITY AND SUSTAINABLE PROCEDURAL JUSTICE

Silvia Barona Vilar

*Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València*

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.129>

PRESENTACIÓN: VULNERABILIDAD Y JUSTICIA PROCESAL SOSTENIBLE

Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València

La vulnerabilidad es una condición inherente a la existencia humana, es la cualidad de ser vulnerable, es decir, ser susceptible de ser lastimado o herido ya sea física o psíquicamente y puede aplicarse a una persona individualmente considerada o a un grupo social, según la capacidad que posean de prevenir, resistir y sobreponerse a un acontecimiento, situación o estado de riesgo, teniendo en cuenta que el nivel de riesgo en que se hallen va a ser importante en su consideración. Es precisamente esa condición de vulnerabilidad la que genera no solo percepciones, sino también “situaciones consolidadas” que favorecen y propulsan conflictos, violencia y otros problemas sociales que afectan a la estabilidad emocional de la persona y del grupo vulnerable, empero también trascienden a la sociedad en general.

Allende esa noción de vulnerabilidad antropológica y consustancial a la existencia humana, hemos ido asistiendo a la irrupción de la noción de vulnerabilidad en discursos, debates bioéticos, políticos, filosóficos, jurídicos, sociológicos, etc., en gran medida como consecuencia de la incidencia de esta condición en los derechos humanos. De ahí la trascendencia por diseñar una noción de vulnerabilidad y su tránsito a la tutela de los vulnerables, integrándola en una regulación adecuada en la legislación, y en su práctica plasmación en la tutela efectiva de la ciudadanía. El camino para su traslación y aplicación es complejo.

Si se atiende a la consideración de que el modelo procesal se concibe como el cauce a través del cual las partes se enfrentan en condiciones de igualdad ante un juez imparcial, la realidad muestra situaciones en las que las dificultades para considerar este modelo son cada vez más palmarias, dado que ciertos grupos o personas se encuentran en situaciones de desventaja estructural o circunstancial, que les impiden el ejercicio pleno de sus derechos procesales. Es precisamente en ese espacio en el que la noción de vulnerabilidad se muestra

como un buen instrumento jurídico y ético que busca visibilizar esas desigualdades amén de promover medidas de protección adecuadas y diferenciadas.

La finalidad es garantizar que toda persona, sin importar su condición, pueda acceder de manera efectiva a la justicia y ejercer sus derechos en condiciones de equidad. La irrupción, primero, y posterior consolidación de la noción de vulnerabilidad en sede procesal se debe a la ya palmaria trayectoria de la vulnerabilidad en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que ha consolidado la misma como una suerte de categoría interpretativa que exige a los Estados adoptar medidas especiales para proteger a ciertos grupos —como mujeres, niños, personas mayores, personas con discapacidad, migrantes, pueblos indígenas o personas privadas de libertad—. Ahora bien, cuando la noción de vulnerabilidad la trasladamos al modelo o sistema procesal, el concepto adquiere una clara dimensión práctica, esto es, no basta con ofrecer un proceso formalmente igualitario si existen factores que colocan a una parte en desventaja; el sistema puede tratar de equilibrar esas desigualdades, si bien juega un papel trascendental el juez, a quien se le va a pedir un papel más proactivo, dirigido a compensar desigualdades mediante ajustes razonables o medidas específicas de protección procesal. Esto, además de complejo, puede ser peligroso igualmente.

En todo caso, la presencia de personas en situaciones de vulnerabilidad en el proceso judicial exige repensar conceptos, principios e instituciones procesales y sobre todo configurar un sistema de medidas de protección procesal para aquellos que se pueden encontrar en este tipo de situaciones, incluso plantear la posibilidad de cauces no procesales ni jurisdiccionales para paliarlo. Y se produce igualmente con la emergencia de los espacios de vulnerabilidad un aumento de las facultades del juez a quienes se exige, más allá del binomio legalidad-discrecionalidad en la aplicación de las normas procesales, una actividad tendente a la creación del derecho, en ocasiones por ausencia de norma o por falta de concreción de la misma. Sea por cauces procesales o sea por medios no procesales ni jurisdiccionales, la respuesta de tutela que se otorgue a la vulnerabilidad, sea estructural o sea circunstancial, debe ser diferenciada y proporcional, reconociendo que la verdadera igualdad procesal implica tratar de modo desigual a quienes se encuentran en situaciones desiguales, lo que no deja de ser una paradoja y generar también algunas dificultades.

Uno de los ejes sobre los que se mueve el impulso que en los últimos lustros está teniendo la tutela de las personas vulnerables o de los espacios de vulnerabilidad es el de la adopción de medidas especiales de protección o ajustes razonables, que atienden a ese reconocimiento previo del espacio o espacios de vulnerabilidad. Hemos asistido al reforzamiento de la asistencia jurídica gratuita, para personas vulnerables por la escasez de medios económicos, a las adaptaciones procedimentales (como el uso del lenguaje sencillo, intérpretes o formatos accesibles para personas con discapacidad, por ejemplo), la protección de la intimidad y la integridad personal, en especial en casos de violencia sexual o violencia doméstica, la facilidad para llevar a cabo declaraciones anticipadas o mediante videoconferencia, con el fin de evitar situaciones de revictimización, o incluso la cada vez más frecuente incorporación de equipos de trabajo interdisciplinarios, que integran psicólogos, asistentes sociales, defensores públicos especializados..., todas ellas dirigidas no a consa-

gar privilegios, empero sí a tratar de alcanzar el equilibrio procesal de los desigualdades, garantizando con ello la justicia material. El equilibrio no es siempre un camino de rosas.

Los pasos en este sentido son ya palmarios, dado que la aparición en los debates, foros e investigaciones de la noción de vulnerabilidad y de los espacios de vulnerabilidad, ha propulsado un interesante avance en línea de reconocer en la doctrina procesal contemporánea y en la jurisprudencia constitucional y supranacional la obligación que el Estado debe asumir para reforzar la protección frente a los riesgos que corren las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, siendo importante la garantía del debido proceso accesible y adecuado a sus condiciones y la búsqueda de cauces que permitan protegerles. Es por ello que numerosos ordenamientos jurídicos procesales nacionales han incorporado disposiciones específicas para atender a las personas vulnerables, reforzando la figura judicial que adquiere una importancia central en la protección de las personas vulnerables dentro del proceso. El modelo de juez pasivo, limitado a resolver lo que las partes presentan, se ve desplazado por un juez garante o juez protector de derechos fundamentales. Este debe identificar, desde el inicio del proceso, posibles situaciones de vulnerabilidad y disponer las medidas necesarias para corregirlas. Y para ello debe contar con numerosos operadores jurídicos —fiscales, defensores públicos, abogados y peritos— que van a tener la responsabilidad de actuar con perspectiva de vulnerabilidad, asegurando que sus intervenciones no reproduzcan patrones de discriminación o desigualdad, a los que cada vez más se exige capacitación para otorgar el enfoque específico y diferenciado que les permita actuar de la forma más adecuada en el ejercicio ético y eficaz del derecho a la tutela de la ciudadanía en la sociedad moderna. En otros ordenamientos y para determinados colectivos vulnerables se han creado figuras específicas de tutela, que acompañan y facilitan el camino para alcanzar esa tutela procesal o no procesal requerida; basta pensar, a título de ejemplo, en la figura del “facilitador” que se convierte en el bastión de esas tutelas.

Este reconocimiento de la vulnerabilidad en la Justicia supone, en consecuencia, una verdadera transformación profunda de la mirada de la Justicia. No se trata de garantizar un proceso formalmente igualitario, sino de asegurar que las condiciones materiales permitan a todas las personas participar y defenderse en igualdad real, y que lo hagan no solo a través del proceso, sino también a través de otros cauces que, permitiendo la participación de otros profesionales, otorguen respuestas adaptadas a realidades poliédricas y asimétricas, sustentadas en todo caso en las soluciones que los ordenamientos jurídicos deben otorgar desde la dignidad humana, la igualdad sustantiva y acceso efectivo a la justicia.

En esa nueva mirada de la justicia son múltiples las aristas que se encuentran, las dificultades para integrar espacios de vulnerabilidad en la legislación, aplicación práctica que lleve a ubicar en primer lugar la exigencia de protección de los derechos humanos frente a otros criterios que no acojan la necesaria sensibilidad que debe predicarse frente a la vulnerabilidad.

En este número de debate de la Revista *Teoría&Derecho* el grupo de investigación CIPROM 2023-64, JUSOST, representado por Silvia Barona (Universitat de València), Fernando Martín-Diz (Universidad de Salamanca), Juan F. Herrero Perezagua (Universidad de Zaragoza), José Francisco Etxeberría Guridi (Universidad del País Vasco), Marina

Gascón (Universidad de Castilla-La Mancha), Elena Martínez (Universitat de València) y Esther Pillado (Universidad de Vigo), junto con la colaboración de Luis A. Cucarella Galiana (Universitat de València) y de Paula Martínez Molar (Universidad de Vigo), ha querido afrontar el reto de plantear y reflexionar acerca de algunas de esas exigencias que la vulnerabilidad y los vulnerables plantean en este nuevo paradigma de Justicia, que necesariamente requiere de respuestas adecuadas, adaptadas y moduladas, sin caer ni en el paternalismo -que genera violencia- ni en la discriminación.

Desde la misma noción polisémica, dinámica y actual de la vulnerabilidad, y de su integración en el sistema de justicia como criterio interpretador, categoría jurídica o principio, los artículos que conforman el presente número de la Revista *Teoría&Derecho* van a centrarse en el estudio de algunas de las cuestiones, inquietudes y reflexiones que se producen en el marco de la tutela frente a la “vulnerabilidad”, tanto en sede judicial como en el seno de medios adecuados de solución de conflictos (MASC), y presentando numerosas inquietudes cuando se trata de la prueba en el proceso, ya en relación con la prueba preconstituida o en relación de la prueba testifical en procesos en los que intervienen personas con discapacidad, planteando la necesidad real o ficticia de adaptación o modulación del proceso judicial a medida, en función a las personas vulnerables de que se traten (menores, personas con discapacidad, colectivo LGTBI u otros colectivos discriminados), incluso con planteamiento de una vulnerabilidad futura que se avizora, consecuencia de un presente irresponsable que puede propulsar una quiebra de los derechos humanos de las futuras generaciones. En suma, apuntes para una reflexión acerca de este concepto dinámico, polisémico y que pareciera estar en construcción, de la “vulnerabilidad”.

PENSAR LA VULNERABILIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA JUSTICIA* RETHINKING VULNERABILITY AND ITS IMPLICATIONS FOR JUSTICE

Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València

RESUMEN

La vulnerabilidad es una noción polisémica, dinámica y actual, si bien encuentra en la historia jurídica un por qué de su emergencia y en el pensamiento jurídico, las diversas posiciones que permiten transitar hacia una necesidad insoslayable de incursión en el mundo jurídico y especialmente en la Justicia. En este trabajo se atiende al pasado, para comprender el presente, con atención al pensamiento ético y filosófico, diferenciando entre vulnerabilidad, que es la condición, y los grupos vulnerables, que son la situación. Aun cuando es importante su diferenciación, se integran ambas para reconocer, desde los derechos humanos, la necesidad de paliar o minimizar la situación o situaciones vulnerables y, con ello, desde la noción de "vulnerabilidad" ofrecer un criterio interpretador —categoría jurídica— que permita hacer frente a los estados vulnerables, desde el respeto a los derechos, evitando paternalismos -que no es sino el ejercicio de una forma de violencia que impide la independencia- y manejo de la justicia desde el poder de la respuesta vengativa o la desproporcionada intervención ante posibles riesgos. El papel del Estado como legislador, como Poder Judicial y desde las acciones públicas institucionales es imprescindible para afrontar un tratamiento de la dinámica y polisémica noción de vulnerabilidad.

PALABRAS CLAVE

Vulnerabilidad. Feminist Jurisprudence. Derechos humanos. Teoría de los cuidados. Justicia de los cuidados. Categoría jurídica.

ABSTRACT

Vulnerability is a polysemic, dynamic, and contemporary concept, albeit one whose emergence can be traced back to the history of law, and whose theoretical underpinnings are informed by diverse strands of legal thought. This study looks to the past in order to illuminate the present, drawing upon ethical and philosophical reasoning to distinguish between *vulnerability* as a condition inherent to the human experience, and *vulnerable groups* as context-specific manifestations of that condition. While this distinction is analytically significant, both elements must be considered jointly in order to articulate, from a human rights perspective, the imperative to alleviate or mitigate situations of vulnerability. In this regard, *vulnerability* is proposed not merely as a descriptive term, but as an interpretive criterion —a juridical category— that enables a substantive response to states of vulnerability. This must be done with due regard for the respect of fundamental rights, while avoiding paternalistic interventions, which are themselves a form of structural violence that undermines autonomy. Equally, it calls for restraint in the exercise of justice, rejecting approaches rooted in retributive or disproportionate responses to perceived risks. The role of the State —as legislator, as Judge, and through the institutional exercise of public powers— is indispensable in addressing the complex and multifaceted nature of vulnerability. A comprehensive legal framework is required, one that is sensitive to the evolving dimensions of vulnerability and committed to its principled engagement through law and justice.

KEYWORDS

Vulnerability. Feminist Jurisprudence. Human Rights. Ethics of Care. Justice from a Care Perspective. Legal Construct.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.130>

* Este artículo está realizado en el marco del Proyecto "Justicia sostenible en estado de mudanza global" (CIPROM 2023-64 GVA).

PENSAR LA VULNERABILIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA JUSTICIA

Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València

Sumario: 1. De la fragilidad humana a la vulnerabilidad. Algunas aclaraciones conceptuales para una noción polisémica y dinámica. 2. De la invisibilidad de la noción de “vulnerabilidad” en el modelo jurídico liberal a su integración progresiva en el marco de los derechos humanos. 2.1. Libertad, autonomía, independencia y responsabilidad, fundamentos de la invulnerabilidad. 2.2. La igualdad y no discriminación y los primeros pasos hacia la visibilidad de la vulnerabilidad. 2.3. Dignidad de la persona y tutela frente a la vulnerabilidad, un paso trascendental. 3. Feminismo, movimientos sociales, filosofía de la vulnerabilidad e impulso académico para visibilizar la vulnerabilidad y el respeto hacia lo distinto. 3.1. Feminismo y movimientos sociales reivindicadores. Especial referencia a la *Critical Legal Studies* y a la emergencia de la *Feminist Jurisprudence*. 3.2. La vulnerabilidad y la teoría de la ética del cuidado, en busca de una “Justicia de los cuidados”. 4. La vulnerabilidad en la Justicia. Tránsito hacia la tutela. El papel del Estado (de lo público) y de la sociedad. 4.1. La vulnerabilidad y los grupos vulnerables en las normas, en busca de protección e inclusión. 4.2. La vulnerabilidad ¿categoría, principio, criterio interpretador? Influencia en las decisiones judiciales. 4.3. Acciones públicas y privadas. Bibliografía.

1. DE LA FRAGILIDAD HUMANA A LA VULNERABILIDAD. ALGUNAS ACLARACIONES CONCEPTUALES PARA UNA NOCIÓN POLISÉMICA Y DINÁMICA

La inmensa riqueza del ser se acompaña de la debilidad congénita de su naturaleza y es por ello que desde una perspectiva antropológica se considera la fragilidad como aquella condición de finitud propia de la persona, que la lleva a concebirse a sí misma como indefensa y susceptible de sufrir daño, lo que la convierte en dependiente. Desde el nacimiento hasta la vejez, las personas atraviesan momentos en los que requieren del apoyo y cuidado

de otros para garantizar su bienestar; es condición consustancial del ser humano. Esa vulnerabilidad antropológica se refiere a la fragilidad intrínseca del ser humano debido a su naturaleza biológica y emocional, una suerte de situación primaria o inherente a la humanidad *per se*. Ese sentido de la vulnerabilidad es estático, por consustancial al ser humano.

Ese sentido de la vulnerabilidad estático, característica universal de la condición humana (Nussbaum, 2007), ha venido anudándose a la idea de necesidad de los otros, de soledad, de fragilidad, de desprotección, de ausencia, de exclusión, de rechazo y, con ellas, la interdependencia, la responsabilidad y el reconocimiento de la fragilidad como una condición compartida que exige respuestas éticas y políticas adecuadas, desde posiciones ideológicas y filosóficas plurales y diversas.

Esto debe llevarnos a considerar que, aun cuando antropológicamente la vulnerabilidad se vincule a la debilidad o fragilidad, ello no empecé que todas las personas, incluidas las vulnerables, tienen destrezas y posibilidades de reaccionar ante ellas. Refuta por ende la consolidada percepción histórica de que vulnerable era igual a débil y frágil, carente de capacidad de decisión, de acción, etc., lo que llevaba a la actuación del Estado protector y patriarcal.

Existen ocasiones en que ese “ser limitado” o condicionado, contingente y vulnerable (frágil e indefenso) lo es —o se agrava— por situaciones imprevisibles, desconcertantes, y no por la intrínseca evolución humana. Las condiciones medioambientales (DANA), socioeconómicas, ideológicas, o sanitarias (pandemia Covid-19), entre otras, afectan al bienestar físico, psicológico, espiritual, social, reforzando la percepción de nuestra fragilidad como seres humanos. Ante estas situaciones son diversas las respuestas que ofrece la ética, la medicina, la filosofía, la política y el derecho, de manera cambiante, modulando el significado de vulnerabilidad y su percepción. Así, poco a poco, se va diferenciando entre la vulnerabilidad antropológica y la vulnerabilidad social, vulnerabilidad endógena y la vulnerabilidad exógena, o, en su caso, coyuntural y/o estructural.

La historia de la humanidad ha constatado, sin embargo, que durante siglos ni la vulnerabilidad ni los vulnerables interesaban demasiado ni a los gobernantes ni a la sociedad en sí. Existir existían tanto la vulnerabilidad como los vulnerables, pero con una palmaria desatención. La atención del pensamiento ético y filosófico clásico en torno a los vulnerables fue desigual, centrándose en la fragilidad y en su tránsito hacia la vulnerabilidad de la vida del ser humano, con referencias a la autosuficiencia y a la pertenencia a una comunidad política, especialmente en el pensamiento aristotélico (Nussbaum, 2015: 432-442).

Ese desinterés o interés asimétrico ha tenido igualmente consecuencias en el pensamiento jurídico, intrínsecamente vinculado al pensamiento ideológico político que lo abriga. A medida que se ha sabido reconocer y asimilar la vulnerabilidad como condición humana, de percibir y ser consciente de la fragilidad, las respuestas en numerosos sectores fueron emergiendo, y han influido enormemente en la concepción de la justicia y de los derechos. Así, poco a poco, la incursión de la vulnerabilidad en los discursos, en los debates bioéticos, políticos, jurídicos, filosóficos, religiosos, etc., y, sobre todo, el carácter multidimensional y polisémico que le acompaña, permite abordarla desde una mirada transversal

enriquecedora, y hasta integrarla en la pluralidad situacional que la arrastra, de manera que en la actualidad, siquiera en el mundo de la justicia, encontramos una fusión, a veces confusión, entre la vulnerabilidad y los espacios o grupos vulnerables.

La vulnerabilidad es condición; los grupos vulnerables son situación. Es importante su diferenciación, aun cuando su aplicación práctica va a venir acompañada de una integración de ambas con la imprescindible necesidad de reconocer los derechos humanos, a partir de los cuales se pretende paliar o minimizar la situación o situaciones vulnerables y, con ello, desde la noción de “vulnerabilidad” ofrecer un criterio interpretador que permita hacer frente a los estados vulnerables, desde el respeto a los derechos, evitando paternalismos —que no es sino el ejercicio de una forma de violencia que impide la independencia— y manejo de la justicia desde el poder de la respuesta vengativa o la desproporcionada intervención ante posibles riesgos. Pero esa noción de vulnerabilidad es, como hemos reiterado, dinámica y polisémica, lo que dificulta una posible naturalización más allá de lo certero.

Ese reconocimiento de la vulnerabilidad, intrínseca a la humanidad, o de percepción o emociones ante estados vulnerables, es el que ha impulsado respuestas de tutela y protección desde y con la sociedad, los otros, la colectividad, atendiendo a la absoluta necesidad de visibilizar la fragilidad, la precariedad existencial, la “incompletud” a que se refiere Judith Butler (Butler, 2007: 31). Esa precariedad existencial puede percibirse como potencialidad (vulnerabilidad) o como realidad consumada (vulneración). Así, la vulneración está intrínsecamente vinculada al daño instalado (Kottow, 2012: 25). No existe potencialidad, sino virtualidad, es real, se ha producido el daño y ha generado estado. Por su parte, la noción de vulnerabilidad se anuda al daño potencial, no es daño consumado.

En todo caso, aun cuando se constate que la vulnerabilidad se halla vinculada a la existencia o aparición de una amenaza, un riesgo, peligro o contingencia, no es solo la presencia de estos componentes lo que va a determinar que un sujeto sea o no vulnerable, sino la falta —o disminución— de la capacidad de respuesta, la protección, abrigo o defensa frente a ese riesgo, o de mitigar o evitar sus consecuencias. De ahí la importancia de determinar qué medidas deben adoptarse desde lo público de prevención, reacción o paliación de las situaciones de vulnerabilidad antropológicas, reforzando, en este sentido, e intensificando, sus capacidades, instrumentos de defensa y demás condiciones que permitan hacer posible la prevención frente a las posibles amenazas o daños. Y ha sido en el ámbito de la bioética en el que inicialmente se mostró preocupación, y muy especialmente cuanto se refiere a la investigación con seres humanos, dado su objeto de investigación, el ser humano y especialmente el ser humano enfermo, en el que concurre una vulnerabilidad más aguda (Flanigan, 2000: 13-18), mostrando la vulnerabilidad de grupos sociales (poblaciones enteras) que presentan mayor grado de vulnerabilidad por ausencia de asistencia sanitaria, defendiendo la urgencia de políticas públicas que propulsen su autonomía. Se considera que estos grupos vulnerables que requieren una protección especial muestran capacidad limitada de autonomía (Levine; Faden; Grady; Hammerschmidt; Eckenwiller, Sugarman, 2004: 45), de manera que “son relativamente (o absolutamente) incapaces de proteger sus propios intereses (Hurst, 2008: 192).

Si bien la emergencia de la noción de vulnerabilidad vino anudada a este ámbito de investigación, su proyección social, política, y también jurídica ha sido indudable. Probablemente la gran dificultad radica en la delimitación de una noción que abrigue todas las variables de vulnerabilidad. Su polisemia conceptual y el grado de vulnerabilidad modulable ha provocado la aparición de la noción de grupos especialmente vulnerables a efectos de diferenciar y priorizar recursos públicos (Bonsignore Fouquet, 2023: 28). Y también esta etiqueta ha sido largamente criticada, en cuando comporta una estereotipación, que puede ser negativa, dada la posible concurrencia de la vulnerabilidad interseccional, a la que perjudica la configuración de los compartimentos estancos; son diversas vulnerabilidades que interactúan entre sí, con sus específicos efectos (Luna, 2009: 124 y 129).

Pese a esa crítica a la estereotipación, se ha avanzado en la visibilidad de la vulnerabilidad social que, en ciertos casos, viene anudada a desigualdades estructurales que afectan a ciertos grupos poblacionales, colocándolos en una posición de desventaja frente a riesgos económicos, políticos y ambientales, convirtiéndose en un obstáculo para la libertad y desarrollo humano, ya que limita las oportunidades de las personas para alcanzar una vida digna (Sen, 2000: 19-20). Son verdaderos espacios de vulnerabilidad (Delor; Hubert, 2000: 1557-1570) que amplifican la vulnerabilidad antropológica al concurrir amenazas potenciales derivadas de elementos sociales e incluso ambientales y favorecen un deterioro de las condiciones de vida, asumiendo que los mismos interactúan con un entorno dinámico y en constante mutación (EuroSocial, 2015: 5). Desde esta perspectiva, la vulnerabilidad social arrastra plurales y heterogéneos riesgos de exclusión, discriminación o desprotección, generando espacios de indefensión, de susceptibilidad a sufrir algún tipo de daño o perjuicio, o de padecer incertidumbre. Y, con ello, hay personas o colectivos más vulnerables debido a su posición en la sociedad, el acceso limitado a recursos o la discriminación sistémica. Factores como el género, la clase social, la edad o la discapacidad pueden aumentar o disminuir la exposición a situaciones de vulnerabilidad. Desde esa perspectiva, la vulnerabilidad puede transformarse en solidaridad y responsabilidad ética, que deben caminar paralelas a las políticas públicas y estructuras de apoyo que promuevan la justicia y la equidad.

Dada la dificultad de integrar en una única noción los espacios de vulnerabilidad, pueden clasificarse en diversas categorías: a) Por la situación socioeconómica, esto es, por hallarse en situación de pobreza extrema, personas sin hogar o desempleados o incluso por precariedad laboral; o por el origen socioeconómico personal del grupo familiar; el nacimiento o la posición socioeconómica personal que los etiqueta, e incluso cabe incorporar en este grupo a personas que sufren desastres naturales (pandemias, DANA, volcanes, etc.); b) Por razón de la edad: niño, niña, adolescente o persona adulta —no necesariamente la edad y envejecimiento van a crear vulnerables automáticos—, especialmente cuando viven en estado de abandono, explotación o pobreza, favoreciendo asimismo el fracaso escolar o el abandono prematuro del sistema educativo; c) Por razón de sexo, de género o de la orientación sexual; d) Por razón de origen étnico, pertenencia a minoría racial o migración (migrantes, refugiados y desplazados forzados); e) Por discapacidad o condición de salud: personas con discapacidad (física, sensorial, intelectual o mental),

personas con enfermedades crónicas o terminales y personas con trastornos de salud mental; f) Por razón de idioma, religión o ideología u opinión política; g) Por ser víctimas de delitos; h) Por vivir en escenarios ecológicos (catástrofes naturales) o políticas (desórdenes sociales, crisis políticas, guerras...); i) Por haber sido acusado o condenado penalmente, con estigma social. Estas situaciones individuales, colectivas o sociales condicionan, etiquetan y generan temporal o permanentemente estados de vulnerabilidad social. Sin olvidar que, en ciertos casos, se producen vulnerabilidades agravadas por doble concurrencia de riesgo, como sucede, a título de ejemplo, con la anciana migrante discapacitada, o el joven refugiado desempleado, o la mujer migrante. Son las denominadas intersecciones de la vulnerabilidad o “capas”.

El objetivo debe ser, por un lado, identificar los espacios o grupos de personas que puedan hallarse en esa situación de vulnerabilidad, para posteriormente, analizar la causa (Andreu-Guzmán; Cortois, 2018: 55) y diseñar, en su caso, una posible protección especial, dadas las dificultades de mantener una capacidad de respuesta y adaptación a las circunstancias adversas que les acompañan; si bien esta respuesta debe otorgarse con la debida cautela, evitando etiquetas que refuerzan injusticias sociales y estereotipos (Levine et al. 2004), al categorizar a las personas en el grupo, una “vulnerabilidad automática” (Anderson, 1994: 337-338).

Atendido lo anterior, advertir la vulnerabilidad social debe llevar a afrontarla mediante estrategias y medidas que la palien o eviten:

En primer lugar, es necesario detectar la concurrencia de esos riesgos, y su condicionante de temporalidad o la permanencia, coyuntural o sistémica. No obstante, parece importante diferenciar entre “vulnerabilidad a” situaciones sociales que resultan de procesos de pérdida y “vulnerabilidad ante” amenazas y situaciones de estrés que cambian las condiciones de la unidad de análisis en un tiempo específico. El grado e intensidad del riesgo es importante, amén de si los riesgos pueden provenir de decisiones humanas propias o por situaciones exógenas. A título de ejemplo, hemos asistido impávidos a un supuesto de vulnerabilidad social “universal” (debido a la pandemia del Covid-19), una crisis disruptiva y sistémica del mundo, que vino a recordarnos nuestra vulnerabilidad, nuestra dependencia mutua (Sandel, 2020), generando dilemas en torno a la responsabilidad individual, relacional, la solidaridad o lo que un sector de la doctrina bioética denomina la “humanidad compartida” (Rogers; Mackenzie; Dodds, 2021: 215).

En segundo lugar, la incapacidad para enfrentarlos, lo que agudiza esa situación o estado de vulnerabilidad. Frente a ella es importante fortalecer la capacidad de resistir o de resiliencia a través de la educación. La vulnerabilidad va a depender mucho de esa capacidad de resistencia ante el sufrimiento, de manera que, ante determinados riesgos, el grado de vulnerabilidad se presenta de manera diversa en función de las coordenadas exógenas y endógenas (estas últimas vinculadas a la resiliencia). Esa resiliencia no puede solo contemplarse de forma individual, que es lo que habitualmente se hace, sino desde los poderes públicos, desde el Estado. Existen causas que provocan la vulnerabilidad en las que tiene mucho que ver la situación de un estado en descomposición. Los problemas sociales emergentes, como la corrupción, la drogadicción, la delincuencia juvenil y la violencia,

han aumentado severamente la inseguridad ciudadana y esto no es sino por el aumento exponencial de las desigualdades y muy especialmente por la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran determinados grupos poblacionales.

En tercer lugar, deben adoptarse medidas políticas y jurídicas, tanto *ex ante* como *ex post*. Se requiere más recursos materiales e inmateriales para grupos vulnerables, generando incentivos, fortaleciendo la capacidad de resiliencia, algo con lo que las personas no nacen, sino que, en gran medida tendrá mayor o menor grado de resiliencia en función de la calidad y cantidad de recursos con los que pueda contar. Una persona resiliente puede aprovechar las oportunidades sabiendo que, si se arriesga y no obtiene el resultado deseado, tiene la capacidad de recuperarse (Fineman, 2017:147).

2. DE LA INVISIBILIDAD DE LA NOCIÓN DE “VULNERABILIDAD” EN EL MODELO JURÍDICO LIBERAL A SU INTEGRACIÓN PROGRESIVA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La trascendencia de visibilizar la vulnerabilidad se muestra en la conformación del modelo jurídico y en su integración en el sistema, con respuestas desde el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, amén de la conciencia y actuación de la sociedad en la que se desarrolla. El papel del Estado es absolutamente necesario para, por un lado, reconocer la vulnerabilidad, y adoptar instrumentos de justicia social, tanto en sus funciones legislativas, como en sus funciones tuitivas sociales en educación, sanidad, justicia, medioambiente, etc., que respondan ante la vulnerabilidad social, política y jurídicamente.

Una mirada a la historia muestra, empero, que la noción de vulnerabilidad y su tratamiento jurídico no formó parte de los postulados del modelo jurídico liberal de los siglos XVIII y XIX, conformados para luchar contra el régimen absolutista imperante en la época, encumbrando al hombre (en el sentido literal del término, sin incluir a la mujer) libre, igualitario y racional y se asienta sobre los principios de soberanía popular, división de poderes, principio de legalidad e igualdad formal (igualdad de todos ante la ley) y la protección de los derechos fundamentales básicos.

2.1. LIBERTAD, AUTONOMÍA, INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD, FUNDAMENTOS DE LA INVULNERABILIDAD

En este modelo se enfatizaba el valor jurídico “libertad” que permeaba las construcciones de la dogmática jurídica, y con ellas las nociones de autonomía, independencia y autosuficiencia (Fineman, 2017: 133-149); dicho de otro modo, se reconocía y fomentaba la ilusión de la invulnerabilidad. La gran conquista de la ideología liberal era la “libertad”, entendida como balanza de equilibrio frente a los poderes fácticos de la época, las monarquías absolutas, los poderes eclesiales y los poderes de la aristocracia. La libertad era la clave para romper estructuras y, al menos en teoría, frenar el poder omnicompreensivo de las

castas. Se convirtió en el arma política para alcanzar el equilibrio, y configurar un sistema de derechos humanos exigibles.

Desde las raíces griegas y judeocristianas hasta el siglo XVIII, las diversas transformaciones del mundo y las prácticas políticas y sociales han permitido construir una herencia cultural compleja y con rasgos comunes, basamento de la cultura occidental. En ella, probablemente por la Ilustración y el Romanticismo, durante la segunda mitad del siglo XVIII, con los cambios y las revoluciones producidas, se fue gestando esa pasión por la libertad. Ahora bien, esa pasión no comportó su reconocimiento a todos y todas, sino que fue generando cismas que tensionaron la convivencia en esa libertad a medias, esto es, sin igualdad de condiciones dentro de la ley, con desigualdades y desequilibrios. La libertad permitió liberar a algunos, los nuevos favorecidos, pero dejó fuera a sectores que continuaron bajo el yugo opresor del poder —aun cuando este cambiara, poder era que diseñaba y ordenaba para sí—, que se ejercía por “otros” detentadores, pero con unas coordenadas excluyentes.

La libertad en el siglo XIX se convirtió en el núcleo conformador del modelo político y jurídico, propulsando la diferencia desde la libertad de decidir, de actuar, según quien pudiera así actuar, a través de la autoresponsabilidad, desarrollando la dogmática jurídica la noción de capacidad plena, de discernimiento pleno y ejercicio de la libertad (Lorenzetti, 2008), y de quienes no la poseían, generando una suerte de desplazamiento o separación del hábitat actuacional garantizado jurídicamente. Así, todos los sujetos son iguales ante la ley, en sentido de “posición jurídica ante la ley”, lo que les convierte en responsables de sus actos. Es una concepción de auto-responsabilidad que no entiende de vulnerabilidad, dado que lo que importaba era la responsabilidad de los actos como consecuencia de esa voluntad exteriorizada con discernimiento, intención y libertad. Una construcción jurídica dogmática que otorgaba validez a los actos que se realizaban con capacidad. La libertad se consideraba como una simple conciencia de poder optar entre distintas alternativas en el querer y en el obrar, era un concepto formal de libertad como poder de elección asentado en la capacidad de reflexión propia de la conciencia (Profilí, 2020: 231-250).

2.2. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y LOS PRIMEROS PASOS HACIA LA VISIBILIDAD DE LA VULNERABILIDAD

Adentrados en el siglo XX se percibió que no bastaba con la construcción jurídica nucleada en la libertad, sino que fue, poco a poco, ocupando espacio político (en debates, en políticas públicas, en incorporación de normas) la noción de igualdad, si bien no confrontándola con la noción de libertad. Esto en absoluto suponía que el concepto de igualdad era desconocido, si bien era conocido con otro significado. Así, en el pensamiento político clásico se hablaba de igualdad en la filosofía política griega, si bien se le anudaba al ideal de justicia, esto es, que los hombres recibieran igual trato, pero no que fueran iguales. Tratar con igualdad a los desiguales hubiera sido tan injusto como tratar a los iguales desigualmente. El ideal griego consistía en un trato igual a todos los ciudadanos, dentro de la ley (igualdad legal), es decir, que en casos similares la ley debía aplicarse de un modo similar. A

partir del estoicismo y del cristianismo la idea de igualdad se vinculó a la razón universal, esto es, todos los hombres son iguales en dignidad o importancia, son criaturas de Dios, aun cuando puedan existir diferencias de rango, poder o riqueza.

Es a partir del siglo XVII cuando el ideal político de igualdad se vincula al pensamiento revolucionario. En aquella época, se constató que los hombres, iguales por naturaleza, se enfrentaban con desigualdades artificiales en el orden político y social, por la porosidad y permeabilidad de los riesgos endógenos y exógenos, que afianzaban la autoridad de los reyes, los privilegios de los nobles, la hegemonía masculina o la supremacía de la raza blanca. El contenido positivo, basado en el ideal de la libertad, consistió en la igualdad ante la ley y en la igualdad de derechos políticos y civiles: derecho a votar y asumir cargos públicos, derecho a contratar y adquirir propiedades o disponer de ellas y derechos a la libertad de palabra y de creencias.

Con la revolución francesa se consolida la combinación de los ideales de igualdad y libertad, sin embargo, avanzado el siglo XIX fueron muchos los que opinaron que hablar de igualdad y legalidad política no dejaba de constituir una burla cuando unos pasaban hambre, mientras otros nadaban en la abundancia, cuando la mayoría trabajaba de sol a sol en condiciones penosas, mientras los privilegiados vivían envueltos en toda clase de lujos y comodidades. Desde esta mirada se fueron diseñando programas encaminados a reducir las desigualdades económicas y sociales, en busca de la igualdad de oportunidades, algo que transitó internacionalmente hasta la consagración de los textos que conformaban la igualdad de derechos civiles y políticos, aun cuando no bastaba la mera declaración programática, sino que se requería la determinación de las condiciones bajo las que efectivamente puede ejercerse los derechos y los medios empleados para ello. La igualdad formal estaba aceptada e incorporada y caminaba con el avance del reconocimiento de los derechos humanos.

La teoría era clara, si bien se requería una acción política positiva que afianzara una auténtica igualdad de oportunidades, lo que lejos de ser sencillo, venía condicionado por agentes exógenos que incidían en la igualdad real. Situaciones bélicas, enfermedades, catástrofes naturales, la fortuna, situación económica, el sexo, la edad, etc., generaban trastornos en la aplicación real de la igualdad.

Es obvio que el liberalismo político y el iluminismo, a lo largo del siglo XIX, construyeron, frente a los poderes fácticos, la noción y el significado de la autonomía individual, de manera que permitió confeccionar el concepto de ciudadano libre e igual a los otros, algo que configuró un paso esencial en el modelo político frente al absolutismo y estamentalismo reinante hasta el momento; es decir, insistir en la autonomía individual suponía propulsar la libertad y convertirlo realmente en “ciudadano”, algo loable frente al Antiguo Régimen (Castel, 1997: 182; y Fineman, 2017: 2). Pero alcanzar la categoría de “ciudadano” no suponía fortaleza para afrontar una posible vulnerabilidad, sino más bien se efectuaba el reconocimiento de derechos y libertades frente a la misma (Massferrer; García Sánchez, 2016: 2).

Es en el siglo XX cuando se produce el paso trascendental hacia la igualdad. Más allá de la igualdad legal y la búsqueda de igualdad de oportunidades, había que avanzar en la construcción de un mundo en el que, junto a la libertad, la igualdad se convirtiera en uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo moderno. Si bien el reconocimiento formal pudiera encontrarse en la Revolución francesa (libertad, igualdad y fraternidad), era tan solo eso, un reconocimiento formal. Fueron los textos internacionales posteriores los que reforzaron el sentido real de la igualdad. La articulación de la igualdad como principio de igualdad ha quedado constatada en el derecho internacional, desde la perspectiva de sus fuentes (tratados, costumbre internacional y principios generales del derecho). Así se constata en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966. Igualmente en la Unión Europea (Tratado de Amsterdam de 1997; Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea 2002, en Tratado de la UE 2010, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000, además de numerosos instrumentos de la UE que impulsan políticas antidiscriminatorias).

Se ha tornado la igualdad, desde su triple categoría de valor, principio y derecho fundamental, fundamento de numerosas decisiones de la jurisprudencia, convirtiéndose en principio general que permea de forma transversal toda la interpretación del sistema jurídico internacional y nacional (Estrada Tanck, 2019: 327-328), en el sustento de las políticas públicas frente a la discriminación, la desigualdad y la vulnerabilidad, componentes todos ellos que se han ido confeccionando como un todo. Así, incluye la noción de vulnerabilidad, favorece la protección, y ha permeado en la dogmática jurídica, de modo que ha ido corrigiendo el postulado monolítico de la libertad y sus consecuencias, discernimiento e intención con el principio protectorio y de tutela de vulnerables (Lorenzetti, 2008).

2.3. DIGNIDAD DE LA PERSONA Y TUTELA FRENTE A LA VULNERABILIDAD, UN PASO TRASCENDENTAL

Un tercer concepto, si bien intrínsecamente vinculado al principio de igualdad, es el de dignidad de la persona, anudado al de condición de vulnerabilidad; es una cualidad propia de la condición humana, de la que emanan los derechos fundamentales, inviolables e inalienables. Así se consolida en el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978 (Pacto de San José).

Con todo lo expuesto se muestra ese hilo conductor entre sentido de vulnerabilidad con derechos humanos y con dignidad de la persona o, dicho en términos de justicia, “la acción de los poderes públicos en el ámbito del acceso a la justicia tiene como límite el respeto a la dignidad de las personas en condición de vulnerabilidad” (Delgado Martín,

2019: 127). Ahora bien, el camino hacia la visibilidad de la vulnerabilidad ha sido angosto y tortuoso. En él ha sido especialmente remarcable el impulso internacional, indudable, que caminó por la reivindicación y declaración de los derechos, que propulsó la aprobación de los textos internacionales de derechos humanos y una sucesión de instrumentos, protocolos, decisiones, convenios y tratados que han ayudado a lo largo de la historia a converger en esa búsqueda de espacios de invulnerabilidad, configurando instituciones, observatorios, estructuras y también medidas que permitan dar visibilidad a las personas vulnerables y, simultáneamente, aplicar correctivos a quienes perturben o incidan en esas vulnerabilidades.

3. FEMINISMO, MOVIMIENTOS SOCIALES, FILOSOFÍA DE LA VULNERABILIDAD E IMPULSO ACADÉMICO PARA VISIBILIZAR LA VULNERABILIDAD Y EL RESPETO HACIA LO DISTINTO

Paralelamente, como motor de este cambio y de esa proyección internacional deben destacarse numerosos movimientos sociales que desencadenaron respuestas ante la situación de desigualdad, de discriminación y de inequidad, luchando por una sociedad que no disgregue, excluya, discrimine o invisibilice. El camino, lejos de ser sencillo, ha sido tortuoso y zigzagueante, y ha supuesto una lucha por la conquista de derechos.

3.1. FEMINISMO Y MOVIMIENTOS SOCIALES REIVINDICADORES. ESPECIAL REFERENCIA A LA CRITICAL LEGAL STUDIES Y A LA EMERGENCIA DE LA FEMINIST JURISPRUDENCE

Los movimientos de lucha feminista, emprendidos desde el siglo XVIII, en esa primera ola, que, impulsada por el derecho al sufragio, permitió avanzar en una batalla por el reconocimiento de derechos (a la capacitación profesional, independencia económica, derecho al trabajo, a la educación etc.) no ha cesado a lo largo de los siglos a través de las cuatro olas del feminismo. La lucha feminista es el modelo de lucha por los derechos de un colectivo discriminado y vulnerado, amén de vulnerable. Una lucha que permitió abrir el camino de lo diverso, lo distinto, y conquistar espacios de igualdad por los desiguales, discriminados, invisibles, desde la dignidad humana. El feminismo abrió el camino, se convirtió en motor de cambio y forzó la ruptura de esa estructural desigualdad que propulsaba un estado de vulnerabilidad protegido, algo que es una verdadera *contraditio in terminis*.

La lucha feminista no pretende solo que se reconozca la discriminación desde la vulnerabilidad y por ello el reconocimiento de los riesgos y daños que enfrentan las mujeres en la sociedad, sino también y muy especialmente la posibilidad de convertir esa vulnerabilidad en una herramienta para la lucha por la igualdad y la justicia; algo que se ha conseguido, abriendo la puerta a espacios, grupos o colectivos vulnerables y vulnerados. Así, en un bosque denso, lleno de desafíos y confusiones, se abrió el camino para los que siguieron la

senda de la lucha por las reivindicaciones; por ende, el movimiento social feminista fue y sigue siendo indiscutiblemente pionero para el movimiento pro derechos humanos, que favoreció, por ejemplo, el trato de las personas afectadas en el proceso penal, pasando de ser “objetos” a ser “sujetos” del proceso con derechos; las luchas de los trabajadores (movimiento obrero u obrerismo), que propulsa el asociacionismo o movimiento gremial en defensa de derechos —jornada laboral, salario, eliminación del trabajo infantil, situaciones de enfermedad, vejez, etc.— y, especialmente en el siglo XX, el movimiento a favor de los derechos y aceptación social del colectivo LGTBIQ+, desde la diversidad de identidades de género y orientaciones sexuales; el movimiento de las víctimas del proceso penal, las grandes olvidadas, que vino de la mano de la Victimología, que propulsó la necesidad de hacer visible a quienes habían sido invisibles a lo largo de la historia, bajo el argumento del contrato social de la tutela pública de las mismas; el movimiento consumerista que, frente al efecto de la globalización y el neoliberalismo del consumismo, como tendencia a comprar y gastar bienes de consumo impulsiva y desmesuradamente, se nuclea en torno a los derechos del consumidor —la parte más débil en la volcánica ebullición de la economía occidental y la aparición de la sociedad de masas, en la que el consumo se convierte en el motor esencial de la economía— respecto a la oferta, amén de dirigir hacia un consumo responsable y con criterios medidos; el movimiento ecologista, en defensa de un ecosistema no solo para hoy, sino pensando y respetando las generaciones venideras, entre otros movimientos por poner algunos ejemplos. El feminismo inició la andadura, abrió la senda de la lucha, que siguieron los diversos colectivos. El papel del feminismo como motor de transformación es incuestionable.

Son todos ellos esencia de cambios, necesidad de, en primer lugar, dar visibilidad a sectores más desprotegidos y, en segundo lugar, propulsar políticas públicas y cambios legislativos que abriguen una verdadera tutela con garantías, para trasladar a la Justicia la tutela pretendida que responda, desde el reconocimiento de la dignidad, la igualdad y no discriminación, los derechos a ser, a estar, a vivir y a compartir con *lo distinto*. Cuestión diversa es que la sociedad que nos acompaña en la actualidad favorece la expulsión de lo distinto (Byung-Chul-Han, 2018), producto de un hiperconsumismo, la autoexplotación como consecuencia de la aceleración y de la totalización del tiempo del yo, debido a la tecnología y la no desconexión digital, y el aumento del miedo al otro. Un momento esquizofrénico en el que nos autoflagelamos y aislamos, empero exigimos de la sociedad ser visibles porque somos endeble y frágiles.

En cualquier caso, en esas luchas sociales, en esos movimientos descritos, se encuentra el germen de la emergencia de la vulnerabilidad; un concepto que puede encontrar sustento ideológico en todos los movimientos que, desde el descontento por la discriminación, la explotación, la desigualdad, han reivindicado la igualdad real (no la formal). Los cambios se han ido sucediendo, en algunos casos cosméticos, empero hay avances en torno a la visibilidad de estos grupos, colectivos o espacios, con el fin de adaptar normas, políticas públicas y decisiones judiciales a realidades plurales, asimétricas y heterogéneas, de tener derecho a tener derechos (Hannah Arendt dixit). Los derechos humanos son la clave jurídi-

ca a partir de la cual conformar las políticas públicas y las acciones en la sociedad civil. Los derechos son conquistas sociales, pero los tenemos que cuidar para mantenerlos.

Entre los movimientos de cambio merece destacarse el gestado en el siglo XX en la Universidad de Harvard, lugar donde fluyen las ideas, el denominado *Critical Legal Studies*, en la década de los años setenta, como corriente que cuestionaba la objetividad y la neutralidad del derecho (Fitzpatrick; Hunt, 1987: 1-3), argumentando que este es una herramienta de dominación, utilizada por las élites para mantener el *statu quo*, sosteniendo que en absoluto el derecho es una estructura neutral, sino un espacio de lucha política donde se reproducen desigualdades de poder. Se inspiró en el pensamiento marxista, el posestructuralismo y la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt. Las ideas fundamentales que defendía eran:

- 1) El derecho no es neutral ni objetivo: rechazaba la idea de que el derecho es un sistema imparcial basado en reglas racionales, argumentando que las normas jurídicas reflejan intereses políticos y económicos dominantes (Tushnet, 1988). Se criticaba la formación jurídica que se daba en las universidades, que reproducía jerarquías de poder y favorecía una visión conservadora del derecho (Kennedy, 1983);
- 2) La indeterminación del derecho, no teniendo un significado fijo, pudiendo las normas ser interpretadas de diferentes maneras según el contexto y los intereses de quienes las aplican. Esto permite a las élites justificar decisiones que favorecen su posición de poder. Los jueces y legisladores toman decisiones influenciadas por factores sociales, políticos y económicos (Kennedy, 1997);
- 3) La relación entre derecho y poder: El derecho no solo refleja las estructuras de poder, sino que también las refuerza al presentar como “naturales” o “necesarias” ciertas desigualdades sociales; Frente a ello, incorpora ideas de lucha de clases y de la función ideológica del derecho (marxismo) y del papel del lenguaje y el discurso de la construcción de la realidad jurídica (de los postestructuralistas, Foucault y Derrida). El derecho y la política son construcciones sociales que pueden transformarse para crear una sociedad más justa, estableciendo al respecto cuales serían los principios y propuestas para alcanzar esos retos (Mangabeira Unger, 1975 y 1983).

Aun cuando este movimiento fue criticado por su pesimismo radical y no ofrecer soluciones concretas para reformar el sistema jurídico, influyó enormemente en movimientos como *Critical Race Theory* (CRT) y *Feminist Legal Theory*, que aplicaron sus ideas al análisis del racismo y la desigualdad de género en el derecho. La idea común entre la *Critical Legal Studies* y la *Feminist Jurisprudence* se encuentra precisamente en que, aunque la norma se presente como general y abstracta, ni es imparcial ni aporta realmente un patrón firme de resolución de conflictos que no deje abierta la puerta a las valoraciones no imparciales de quien la aplica (Rhode, 1991: 339); es esa no neutralidad de las normas jurídicas lo que critica la teoría jurídica feminista (Minow, 1990: 212).

Estos movimientos permitieron plantear una crítica y una reivindicación en relación con un derecho que no protege a todas y todos, replantear una necesidad de “repensar” el sentido y significado del derecho y su proyección universal. Hablar de objetividad, impar-

cialidad y neutralidad, como componentes del mundo jurídico parecen imposibles hoy, todo y que si se quiere dar esa respuesta no puede ser mediante la aplicación automática de la norma; una norma que puede haberse aprobado sin contar con la subjetividad propia de la humanidad y que requiere respuestas adaptables, no sé si con un positivismo argumentativo (Atienza) o con un positivismo analítico (García Amado), pero es indudable que el derecho, que es importante, no basta para cambiar las situaciones de discriminación que, al final, provocan vulnerabilidad. Se necesita cambiar las formas y los procedimientos que han asumido en nuestra cultura jurídica el rol de garantes en la solución de conflictos y el cómo efectuarlo es lo complicado. Abrir la puerta al cambio dialógico ya es un paso adelante.

3.2. LA VULNERABILIDAD Y LA TEORÍA DE LA ÉTICA DEL CUIDADO, EN BUSCA DE UNA “JUSTICIA DE LOS CUIDADOS”

En el pensamiento filosófico contemporáneo también la noción de la vulnerabilidad ha estado presente, sin olvidar las referencias de la vulnerabilidad como parte de la vida en el mundo antiguo (Nussbaum, 1995). Son numerosos los autores preocupados por dar contenido a la noción de vulnerabilidad y su visión conectada con nociones como herida, daño, dependencia, impotencia, que se enfrentan o cuestionan desde un universo ideal de invulnerabilidad en el que se encumbran nociones como independencia, autosuficiencia, transcendencia, individualismo (Gil, 2025), y hasta responsabilidad. La aceptación de la teoría de la vulnerabilidad ofrece una forma de pensar la subjetividad política que reconoce e incorpora las diferencias y puede atender situaciones de desigualdad entre sujetos de derecho.

Si bien no es la vulnerabilidad un principio moral, dado que la constatación de una dimensión de lo humano no puede ser exigencia de un deber, hay quien opina que se presenta como un principio de protección del vulnerable, conectando la vulnerabilidad con la ética (Kottow, 2004: 281-287), mostrándose la vulnerabilidad no solo desde la dimensión del sufrimiento, sino que la vincula a la condición de “ser afectable”, esto es, a la experiencia existencial y a la característica de nuestra naturaleza finita y dependiente. Se propone una ética que reconozca nuestra precariedad y fomente el cuidado mutuo, la solidaridad y la responsabilidad compartida, entendiendo que la libertad debe integrar la responsabilidad hacia los demás, fomentando la ética del cuidado (Seguró, 2021).

La ética del cuidado se presenta rupturista respecto de las teorías dominantes de la justicia y del pensamiento filosófico convencional; se oponen a las posturas filosóficas liberales, que atienden a un sujeto individualista, independiente, autosuficiente y tomista, que suponen el pensamiento patriarcal (Gilligan, 1952: 57). Desde la perspectiva de la ética de los cuidados, el reconocimiento de la vulnerabilidad implica asumir una responsabilidad hacia los demás. Este enfoque contrasta con visiones individualistas que priorizan la autosuficiencia y la independencia como ideales absolutos. En sí la ética se refiere al comportamiento moral que cada cual tenga y practique ante una situación que pueda presentarse en su vida, sabiendo diferenciar lo correcto de lo incorrecto, se convierte en una guía para

definir la conducta humana (Cuadros Contreras, 2019: 223-242). Frente a la concepción racionalista de la justicia que conciben la moral como individualista, la ética del cuidado parte de la idea de que las relaciones son primarias y enfatiza la importancia moral de la conexión, las actividades de cuidado y el cumplimiento de responsabilidades “basadas en un vínculo de apego, en lugar de un contrato de acuerdo”.

En suma, la ética del cuidado emergió debido a los trabajos de Gilligan y posteriores autoras que defendían la existencia de una ética masculina que se nucleaba en torno a derechos, justicia y autonomía, y una ética femenina, que se define por los conceptos de atención, preocupación por los demás (elemento relacional) y sentido de responsabilidad que refleja estrechos vínculos personales. Se ha discutido mucho acerca de la dificultad que conlleva oponer la ética femenina y la masculina, ética del cuidado y ética de la justicia, respectivamente, lo que puede conllevar el riesgo de reproducir los prejuicios profundamente arraigados que precisamente la ética del cuidado pretende contrarrestar. La propuesta de esta autora (Gilligan, 1987: 31) es que el cuidado y la justicia son componentes complementarios, cuya elección depende del contexto de aplicación, vinculando el cuidado con la sensibilidad, entendida como percepción, pero no una percepción ordinaria, sino adaptada a cada caso concreto, en atención al momento y las personas concretas, o lo que es lo mismo, hay que centrarse en la importancia de lo importante, para lo cual hay que trabajar lo que no se ve.

Pese a la buena recepción directa o indirecta obtenida de la ética del cuidado, que puede trasladarse a la decisión jurisdiccional y la consideración de la vulnerabilidad como adaptabilidad al momento y persona concreta, con sus posibles matices, ha habido, empero, sectores del positivismo, especialmente en el ámbito del derecho y de la filosofía moral, que ven la teoría de la ética de los cuidados con cierto escepticismo o como una postura complementaria, pero no suficientemente convincente como para fundamentar normas éticas o jurídicas universales (Carabante, 2023). Esta posición se asienta en la idea de que el derecho y la moral deben separarse (Kelsen y Hart), por lo que se percibe la ética del cuidado como subjetiva, subjetivismo jurídico, en cuanto se fundamenta en valores como la interdependencia o la empatía, que no pueden ser empleados para construir reglas claras y universales. Los positivistas, influidos por el empirismo lógico, tienden a ver la ética del cuidado como demasiado dependiente de la intuición y la emoción, de las percepciones, lo que dificulta su evaluación con criterios objetivos o científicos. En lugar de centrarse en relaciones personales y contextos específicos, los positivistas buscan principios generales y verificables para evaluar la moralidad. Por ello, las principales críticas que se efectúan desde el positivismo lógico y científico a la ética del cuidado son: que la ética del cuidado se centra en relaciones y contextos específicos, lo que impide la creación de principios éticos generales para todos; que la ética no debe basarse en sentimientos o percepciones, sino en reglas racionales, para evitar la inconsistencia o los sesgos; para los positivistas la justicia tiene que basarse en normas claras e imparciales, mientras que la ética del cuidado está priorizando el contexto y las relaciones, lo que podría llegar a suscitar decisiones arbitrarias. Pese a estas diferencias y críticas que se realizan, algunos positivistas reconocen que la ética

del cuidado puede servir de complemento a los modelos normativos al destacar la importancia de las relaciones humanas en la moral y el derecho.

Es incuestionable que en el modelo de Justicia actual vamos a encontrar algunas connotaciones de la ética del cuidado y su traslación a una “Justicia de los cuidados”, impulsado como proyecto en el Ministerio de Justicia del gobierno de España, enfocado a lograr una justicia que atienda a las personas de forma integral, a través de una serie de recomendaciones básicas, que atiende al cumplimiento del objetivo de facilitar la accesibilidad a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad, con un servicio público más amable y cercano. Las sucesivas reformas legales que se han ido produciendo en los últimos tiempos han estado inspiradas en ciertos casos en esa necesidad de interiorizar y aplicar la filosofía de la vulnerabilidad, trabajando el desplazamiento de la identidad y la conciencia hacia la alteridad y la sensibilidad, con proximidad del ser-para-el-otro (Levinas, 1987: 69 y ss., en especial 136). Ese cambio de discurso dialógico con trascendencia en las personas no puede centrarse en la aspiración de la invulnerabilidad de una importante cantidad de personas, “reproduciendo al infinito sueño de dominio moderno, ese mismo que se ha topado con sus límites internos, sino de desmontarlo en sus orígenes fundantes” (Gil, 2025: 82). Se trata, en suma, de querer recuperar la responsabilidad colectiva de pensar en los demás, reconociendo la común condición de vulnerabilidad (Cavarero, 2009: 45).

4. LA VULNERABILIDAD EN LA JUSTICIA. TRÁNSITO HACIA LA TUTELA. EL PAPEL DEL ESTADO (DE LO PÚBLICO) Y DE LA SOCIEDAD

El retrato evolutivo y del pensamiento nos permite transitar hacia el mundo jurídico, buscando el significado relevante de la vulnerabilidad en la Justicia, entendida la Justicia en su sentido polisémico, como valor, como modelo o sistema, como poder, como estructuras, como cauces o medios, como servicio público, etc., con una innegable influencia en la declaración de derechos y en su interpretación, directamente implicados con esa exigencia de tutela de “todos”, desde parámetros adecuados y adaptados en función de su propia realidad. La noción de vulnerabilidad se ha colado en el mundo jurídico y ha propulsado la incorporación de normas antidiscriminación, que tutelan grupos o colectivos desfavorecidos, que requieren de especial protección al ser potencialmente vulnerables y haber sido a lo largo de la historia vulnerados; y, por otro lado, han permeado decisiones políticas de Justicia, con reformas legales que afectan a instituciones o estructuras, incorporando una cultura de inclusión desde el Poder Judicial y en el Poder Judicial; además, allende el proceso y los tribunales de Justicia, se ha venido fomentando la incorporación de los MASC junto a la vía jurisdiccional, como cauces más adecuados y adaptables a personas y situaciones de vulnerabilidad. Y, finalmente, la vulnerabilidad ha incidido en la interpretación, argumentación y ponderación de las resoluciones judiciales.

Es importante, en todo caso, que cualquier iniciativa pública tenga en cuenta que la vulnerabilidad es poliédrica, de manera que esta multidimensionalidad conceptual de la

vulnerabilidad debe estar presente en el mundo de la Justicia, lo que implica, evidentemente, que las medidas políticas y legislativas en torno a la vulnerabilidad serán heterogéneas y dinámicas, vinculadas a cada uno de los sectores normativos en los que se trabaja y regula la vulnerabilidad. Y es dinámica, en tanto en cuanto la sociedad va aflorando esas situaciones o espacios de vulnerabilidad que en otros momentos no estaban o no eran tan visibles.

4.1. LA VULNERABILIDAD Y LOS GRUPOS VULNERABLES EN LAS NORMAS, EN BUSCA DE PROTECCIÓN E INCLUSIÓN

El legislador nacional y el autonómico han incorporado la noción de vulnerabilidad, implícita y explícitamente, en normas y leyes que buscan garantizar en general la protección de todos, y, en particular, los derechos y la promoción del bienestar de los colectivos vulnerables, promoviendo su inclusión social plena. El texto de referencia es la Constitución de 1978, que establece en el artículo 14 el principio de igualdad ante la ley, prohibiendo cualquier tipo de discriminación por razones de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Este artículo es fundamental para la protección de los derechos de los colectivos vulnerables, y se anuda con numerosos preceptos referidos a derechos fundamentales, en especial el artículo 10 (dignidad de la persona). Es el reconocimiento de un derecho fundamental que apertura las expectativas de quienes, en la década de los años setenta del siglo pasado seguían siendo de forma “diferente” tratados o invisibles en políticas públicas y privadas.

Desde este reconocimiento de que todos somos iguales, e igualmente dignos, hemos asistido a posiciones reivindicativas de derechos laborales, sanitarios, educativos, de acceso a la justicia, etc.. En la mayoría de los casos las normas han sido fruto de la influencia de los instrumentos supranacionales e internacionales, legislativos, o de organismos internacionales (protocolos, estudios), que han puesto de manifiesto las discriminaciones concurrentes y la necesidad de adoptar decisiones políticas por parte de los Estados (entendiendo “Estado” en sentido amplio, a saber, de quienes gobiernan los territorios, sean federales, autonómicos o unitarios). Esas decisiones desde lo público han encontrado un espacio importante en la aprobación de normas, tanto por parte del Estado como de las Comunidades Autónomas, si bien en su mayoría referidas a la necesidad de garantizar a colectivos y grupos, espacios, invisibilizados o desvalorizados. Estas normas son fundamentales para avanzar hacia una sociedad más justa y equitativa (Agenda 2030).

Estas normas abarcan una amplia gama de aspectos, desde la protección de los derechos fundamentales hasta la promoción de la igualdad de oportunidades. Destaca la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y de forma específica son numerosas las normas que se han venido aprobando en España para garantizar la igualdad efectiva, por ejemplo de hombres y mujeres (la LO 3/ 2007, de 22 de marzo, LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, LO 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, entre otras); en relación con las personas con discapacidad e influido por la Con-

vención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, merece destacarse la reforma del art. 49 de la CE en febrero de 2024, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, la Ley 13/2013, General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Por su parte, las normas de protección que se aprueban por los riesgos derivados de la edad, bien sea en relación con los menores (desde la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que modificaba parcialmente el CC y la LEC; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia) o los mayores (Ley 4/2022), entre otras.

Asimismo, en relación con las personas en situación de vulnerabilidad por su orientación sexual, merece destacarse la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, cuyo objetivo es desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se puede vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad.

Un colectivo en riesgo de vulnerabilidad son los extranjeros, destacando la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el RD 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración. E igualmente, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Los estados sorpresivos de vulnerabilidad como consecuencia de situaciones imprevisibles han sido igualmente objeto de normas o disposiciones que han tratado de paliar los efectos negativos de esos riesgos consumados: en situación de pandemia sanitaria, medidas tributarias, laborales, en materia de arrendamientos de vivienda y locales comerciales, entre otras (ejemplo fue el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19; la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19: las decisiones que se adoptaron para paliar situaciones de pobreza energética (consumidores vulnerables), la paralización de lanzamientos de vivienda habitual como mecanismo de protección de colectivos vulnerables, o las medidas de tutela a los afectados por el sinhogarismo, concesión de bonos en transporte, ayuda

escolar, muchas de ellas incorporadas al RDley 21/2021, de 26 de octubre, por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica; por su parte, medidas de reconstrucción de la situación creada por la DANA, medidas de adopción de protección de zonas vulnerables por medioambiente (riesgo de nitratos, contaminación de aguas), la regulación específica de consumidores como colectivo a proteger (Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, o la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). E igualmente, la necesidad de configurar normas y medidas que permitan proteger al colectivo social ante el cambio climático y la transición energética (Ley 7/2021, de 20 de mayo) de cambio climático y transición energética) o la digitalización (LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales).

En el colectivo de víctimas son numerosas las normas que han ido incorporándose al ordenamiento jurídico, de forma asimétrica y sectorial pero que ponen de relieve la necesidad de proteger legislativamente. Así, se ha regulado su intervención en el proceso penal, los derechos que le asisten, la protección como testigos protegidos a través de la incorporación de medidas como el empleo de tecnología para no enfrentar el *face to face* con el victimario, tutelas específicas en caso de víctimas especialmente vulnerables (menores, mayores, personas con discapacidad, etc.), impulso de la justicia restaurativa, a través de la creación de servicios de justicia restaurativa y la incorporación de la mediación como cauce restaurativo igualmente. El estatuto de la víctima, aprobado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, vino a configurar sus derechos como víctima, visibilizando su figura que a lo largo de la historia se hallaba invisible.

Existen, en suma, un gran número de normas específicas, de rangos diversos, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas y de las autoridades locales, que buscan la protección de grupos vulnerables. Algunas de ellas han incorporado respuestas que afectan transversalmente a los diversos estados de vulnerabilidad, como por ejemplo la circunstancia agravante del art. 22.4 CP (*Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*). Es fundamental, en suma, que estas normativas se apliquen de manera efectiva para asegurar que los derechos de todos los ciudadanos sean respetados y promovidos en la práctica.

Las decisiones legislativas “desde lo público” han venido a paliar un arraigado modelo de sociedad patriarcal de la ideología liberal, en el que, aun aceptando la igualdad formal, se seguía centrande en los conceptos de libertad, autosuficiencia y autonomía masculina (Fineman, 2017: 148). Este prototipo liberal de sujeto jurídico ignoraba la vulnerabilidad y la dependencia y constituía una mirada individualista de lo que significa el ser humano, enfatizando su significado celular, independiente e invulnerable. Aun cuando son muchos

siglos de estructura, pensamiento y modelo androcéntrico, se han dado muchos pasos —no suficientes— para truncar esa mirada individual e individualista y adentrarnos en lo que se ha venido avanzando, políticas sociales públicas. El viejo contrato social rousseauiano, que comportaba un acuerdo tácito entre ciudadanos y el Estado para proteger a los débiles de los más fuertes y crueles, ha evolucionado al atribuir al Estado, ese que la globalización minimizó, reduciéndolo ante los espacios conquistados por el poder económico, no solo funciones coercitivas —que las tiene—, sino también funciones tuitivas, de protección a los invisibles, a los vulnerables, a los más débiles.

La función legislativa de los poderes públicos ofrece muestras de esta función de los gobernantes y muestran la capacidad de responder ante situaciones de vulnerabilidad. Estamos en la encrucijada, entre regresar a la sociedad de las individualidades, que abogan por la libertad en vez de la igualdad, o fomentar el Estado receptivo, esto es, aquel que reconoce las relaciones o posiciones de inevitable desigualdad, así como la vulnerabilidad y dependencia universales, actuando como instrumento de justicia social tanto en sus funciones de creación como de aplicación de las leyes (Fineman, 2017: 149).

4.2. LA VULNERABILIDAD ¿CATEGORÍA, PRINCIPIO, CRITERIO INTERPRETADOR? INFLUENCIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Aun cuando no existe una ley que específicamente delimite en España la noción de vulnerabilidad, sin embargo, en diferentes contextos se han incorporado conceptos que se hallan intrínsecamente anudados a la vulnerabilidad, refiriéndose a situaciones en las que ciertas personas o colectivos están en mayor riesgo o tienen menos recursos para afrontar las dificultades en las que se encuentran, siendo las normas las que otorgan respuestas ante esa situación de vulnerabilidad que, *per se*, se muestra como dinámica y polisémica.

Reconocida la imprecisión que comporta la atribución definitoria de la vulnerabilidad, más allá de lo que ha sido expuesto en las páginas anteriores, surge la duda acerca de si es posible otorgar a la “vulnerabilidad” la condición de nueva categoría jurídica.

Para diseñar el campo de aplicación de las normas, el derecho en ocasiones opera empleando categorías jurídicas ya existentes o bien incorporándolas del mundo extrajurídico. “Las categorías tienden a no recopilar bajo un mismo epígrafe casos particulares que previamente son similares, sino que más bien agrupan particulares que previamente son diferentes entre sí, y los hacen similares en virtud de la categoría misma” (Schauer, 2003: 199-200; y Schauer, 2005: 308). Es muy probable que la categoría jurídica surja como consecuencia de la creación judicial de derecho y de la toma de decisiones judiciales (Schauer, 2005: 317), de manera que la consideración de la vulnerabilidad como noción que permite definir el sentido de la decisión judicial desde la argumentación basada en las normas y en la integración de la noción de vulnerabilidad, nos hace pensar —y supuestos encontramos en que la noción de vulnerabilidad está presente y actuante en la sentencia judicial— que la ausencia de una definición legal de la vulnerabilidad *per se* y su percepción constatable en el desarrollo procesal están abocando hacia la construcción, dinámica en todo caso al no quedar encerrada en norma definitoria, de la categoría jurídica de “vulnerabilidad”, que

comparte una “identidad” cuando concurren situaciones que, siendo diversas, integran un estado, espacio o situación de desprotección por desigualdad. Las demandas, reclamaciones, peticiones en sede judicial de quienes forman parte de grupos o colectivos vulnerables (mujeres, minorías raciales, ancianos, menores, discapacitados, homosexuales, víctimas, enfermos, en situación de precariedad, etc.) están basadas en el principio/derecho de igualdad y no discriminación, compartiendo todos ellos una “identidad” (término que emplea Schauer, 2005: 318), que es su vulnerabilidad, que puede ser considerado como categoría jurídica en este sentido.

Esa posible consideración de la “vulnerabilidad” como una suerte de categoría jurídica no nos impide, empero, plantearnos si podríamos entender que es un principio nuevo, derivado de otros principios reconocidos en el ordenamiento jurídico, como componente que integra, junto con las reglas, el sistema jurídico. Habitualmente las reglas del ordenamiento jurídico que tenemos lo son respecto de espacios de vulnerabilidad, de sectores, de grupos o colectivos vulnerables específicos. La situación se complica en los supuestos de vulnerabilidad interseccional, o en aquellos casos en que la norma —las reglas— no integra lo pretendido. Es en este caso cuando autores como Alexy o Atienza (Atienza; Ruiz Manero, 2007: 9) defienden la emergencia de los principios jurídicos, que son los que, “deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta” (Alexy, 1988: 139). No existe norma o reglas de vulnerabilidad, empero sí sobre supuestos de vulnerabilidades regulados, que son asimétricos, a los que podría integrarse una suerte de “principio de vulnerabilidad” como elemento permeador de todas las normas sobre grupos vulnerables, si bien no parece que sea el concepto más adecuado. La vulnerabilidad es un estado real o latente que no encaja en el significado de principio, lo que no es óbice a su estrecha e intrínseca vinculación existencial con el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, que sí tienen consagración constitucional.

Sin embargo, allende las normas y los principios, asistimos a una tendencia progresiva a la integración creativa de “criterios interpretadores” o “ponderadores”, en el ejercicio de la función jurisdiccional, allá donde las normas no llegan. Hay numerosas ocasiones en que los tribunales de justicia han resuelto en supuestos con normas inexistentes, o en supuestos de vaguedad etimológica, involuntaria o voluntaria del legislador (hay supuestos en los que se emplean conceptos jurídicos indeterminados). La integración de la noción de la vulnerabilidad como criterio interpretador está presente, a sabiendas que la misma noción de vulnerabilidad, en la que inciden circunstancias endógenas y exógenas, temporales o permanentes, coyunturales o estructurales, reversibles o irreversibles, etc., se caracteriza por saber una noción sin perfiles exactos, sino flexibles, cambiables y modulables. Ese criterio se introduce en la función de ponderar que realiza el juez, razonando caso por caso, en asuntos en los que la dignidad y la igualdad de las personas están presentes (en contra García Amado, 2024: 44-72). A mi parecer, el criterio interpretador de la “vulnerabilidad” se convierte en la puerta que se abre al acceso a la justicia de los que la historia mantuvo invisibles.

Son numerosas las resoluciones judiciales en las que la vulnerabilidad se ha convertido en concepto clave, especialmente en lo que respecta a las sentencias de amparo constitucional, empleando la noción de “vulnerabilidad” como criterio interpretador/ponderador” en la evaluación de la situación de las personas que se hallan en situación desfavorable, y en las que sus derechos fundamentales pueden estar en riesgo, tomándola en consideración no solo respecto de aspectos legales, sino también extendiéndose a dimensiones sociales, económicas y culturales que afectan a los individuos en su vida diaria. No se trata de un criterio inspirador (lo que permitiría al juzgador una decisión en equidad), sino que se exige su consideración en el análisis de las circunstancias que rodean a cada caso, teniendo en cuenta factores como la edad, el género, la situación económica, la discapacidad y otros elementos que puedan influir en la persona para ejercer sus derechos. La idea es garantizar que aquellos que se encuentran en situaciones de desventaja reciban la protección adecuada por parte del sistema judicial. Es más, la aplicación del criterio de vulnerabilidad en las sentencias de amparo constitucional no solo busca proteger a los individuos, sino que también promueve una justicia más equitativa y accesible. Al reconocer las diferencias en las condiciones de vida y las capacidades de las personas, el sistema judicial puede adoptar un enfoque más inclusivo, asegurando que todos tengan la oportunidad de hacer valer sus derechos sin importar su situación particular. Por lo tanto, el análisis de la vulnerabilidad en el marco de las sentencias de amparo constitucional se convierte en una herramienta fundamental para los jueces. Este enfoque no solo enriquece la interpretación del derecho, sino que también fortalece el estado de derecho al garantizar que la justicia sea verdaderamente para todos, también para aquellos que más lo necesitan. La implementación de este criterio puede marcar una diferencia significativa en la vida de muchas personas, asegurando que sus derechos sean respetados y protegidos en todo momento.

Por ejemplo, en la STC 885/2024, de 21 de octubre (*Tol 10242721*), el TC estimó el amparo interpuesto por una madre con hijos menores de edad y en situación de vulnerabilidad a la que no se había aplicado la suspensión del procedimiento de desahucio y del lanzamiento en la vivienda en la que familia vivía de alquiler, suspensión prevista para el caso de que se trate de arrendatarios vulnerables sin alternativa habitacional. El juzgado de instancia que había conocido del caso había interpretado que esa suspensión podía solicitarse solamente una sola vez, lo que determinó el rechazo de la solicitud de la recurrente en amparo, al haber instado hasta tres incidentes de suspensión. Esa interpretación impedía aplicar las prórrogas sucesivas de esta suspensión que se han ido aprobando por Real Decreto-ley, pese a que se mantenía la situación de vulnerabilidad que determinó la aplicación de la medida. La sentencia estima que la interpretación que el órgano judicial hizo de la norma aplicada en el caso, el art. 87 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la exigencia de una resolución judicial fundada en Derecho que no incurra en irracionalidad o arbitrariedad. Recuerda que los sucesivos reales decretos leyes (desde la crisis del covid-19, ocho en total), han ido ampliando el plazo máximo de vigencia de esta medida de suspensión de los lanzamientos en casos en los que exista una situación de vulnerabilidad, de suerte que, en este momento, está vigente hasta el 31 de diciembre de 2024. Considera que la finalidad que pretende esta prórroga de la suspensión de los lanzamientos no es otra que mantener en el tiempo estas

medidas de protección para seguir atendiendo a las necesidades de estos hogares, lo que es incompatible con un planteamiento que restringe la suspensión del lanzamiento a que solamente se pueda solicitar una vez. Hace referencia a personas calificadas como vulnerables, entendiendo que merecen la atención y ayuda de los poderes públicos en el marco del Estado social, pero no a través de la desnaturalización del derecho de propiedad y de la privación del poder de disposición de los propietarios afectados, para pretender satisfacer, a su costa, una finalidad de interés social como es la protección de personas consideradas en situación de vulnerabilidad.

En la STC 48/2024, de 15 de mayo (*Tol 10273506*) el TC estima el amparo de una profesora que denunció al decano de la Facultad por hechos constitutivos de delitos relacionados con la violencia de género. Proviene de una sentencia dictada por el Juzgado de lo penal de Sevilla que condenó al decano por este delito, pero aplicándole la atenuante de dilaciones indebidas, valorando el tiempo que transcurrió entre los hechos y la denuncia. Quedó justificado que el retardo se debió al temor de perder el empleo, dado que el abuso sexual se llevó a cabo de forma continuada durante más de tres años, en el marco de una relación laboral vertical en la que el agresor, decano de la facultad y catedrático del departamento al que las víctimas pertenecían, advirtió a las jóvenes que acababan de emprender su carrera docente e investigadora, que debían seguir siempre sus deseos e instrucciones. Considera el TC que se hallaban en una situación de vulnerabilidad, con contratos de trabajo no permanentes y cuya renovación y promoción dependían de la voluntad del agresor.

Asimismo, la STC 72/2025, de 24 de marzo, (*Tol 10485703*) sostiene que la denegación de la ampliación del permiso por nacimiento a familias monoparentales discrimina a las mujeres, argumentando que se vulnera el derecho del menor a recibir cuidados en igualdad de condiciones que los de una familia biparental. La madre biológica de un hijo nacido en una familia monoparental solicitó la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor, denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Se estima la demanda por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y se declara la nulidad de varias resoluciones administrativas y judiciales

Por su parte, la STC 113/2021, 31 de mayo (*Tol 8486040*) plantea la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva debido a la falta de respuesta a su oposición al desalojo y a su solicitud de prórroga del plazo de desalojo, considerando su situación familiar y la discapacidad de uno de sus hijos. La falta de respuesta judicial a la alegación de la demandante sobre la discapacidad de su hijo y su situación familiar precaria es el hecho clave para que el TC considere que la falta de motivación en la respuesta judicial a la oposición y a la solicitud de prórroga vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva apoyándose en la jurisprudencia constitucional que exige una protección reforzada en casos que afectan a menores y a personas con discapacidad.

Estos ejemplos ilustran cómo el TC aplica el criterio de la vulnerabilidad en sus sentencias, reconociendo la necesidad de proteger a aquellos que se encuentran en situaciones de desventaja y garantizando el acceso a la justicia y a los derechos fundamentales. La jurisprudencia del Tribunal es clave para entender cómo se implementa este enfoque en

la práctica, máxime cuando debe decidir interpretando normas que en ciertos casos integran conceptos como “perspectiva de género”, “interés superior del menor”, por poner ejemplos, que suponen la necesidad de que se evalúe cuidadosamente cómo sus decisiones impactarán la vida y el futuro de los menores que puedan estar involucrados en un caso (considerando la opinión misma del menor), o cómo decidir sin sesgos de género anclados en el pensamiento patriarcal y androcéntrico.

Por ejemplo, en la STS 1/2016, se enfatiza que el interés superior del menor debe ser el eje central en los procesos judiciales que involucren a niños, ya sea en cuestiones de custodia, visitas o cualquier otro aspecto que afecte su vida. En este caso, se analizó cómo las decisiones de los padres podían impactar la estabilidad emocional del menor, subrayando la necesidad de priorizar su bienestar. Y, por su parte, en la STC 237/2013, se manifestaba que el interés superior del menor no solo debe ser considerado en el ámbito familiar, sino también en el contexto educativo y social y se hacía referencia a un entorno seguro. Pero en todas las decisiones judiciales se insiste que el interés superior del menor no es un concepto estático, sino que debe ser evaluado en cada situación particular, considerando las circunstancias específicas de cada caso.

Por su parte, el concepto de perspectiva de género en la jurisprudencia se refiere a la forma en que se analizan y aplican las leyes teniendo en cuenta las desigualdades y discriminaciones que enfrentan las mujeres y otros géneros en la sociedad. Esta perspectiva busca garantizar que las decisiones judiciales no solo se basen en la letra de la ley, sino que también consideren el contexto social y cultural que afecta a las personas de diferentes géneros. Este enfoque permite que las decisiones judiciales no solo se limiten a sancionar conductas, sino que también busquen prevenir la violencia y promover la igualdad. La incorporación de esta perspectiva en la jurisprudencia no solo es fundamental para la protección de los derechos de las mujeres, sino que también contribuye a la construcción de una sociedad más justa y equitativa para todos los géneros. La perspectiva de género es un enfoque metodológico que parte del examen de las diferencias que afectan al género, cuyo único elemento valorativo es el fin perseguido en su utilización, que es hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y mujeres, lo cual es manifestación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y, además, forma parte de los fines constitucionalmente perseguidos a través del derecho a la educación. Interesantes reflexiones en torno a la consideración de la perspectiva de género se efectúan en la STC 44/2023, de 9 de mayo (*Tol 9582039*).

4.3. ACCIONES SOCIALES PÚBLICAS Y PRIVADAS

Junto a las funciones legislativa y judicial las instituciones públicas pueden y deben adoptar políticas públicas proyectadas y diseñadas por el gobierno para crear, modificar y estructurar una sociedad más igualitaria y con menos desigualdades propulsadas por la concurrencia de riesgos generadores de vulnerabilidad. Estas acciones de gobierno con interés público en la respuesta del Estado frente a la vulnerabilidad lleva a configurar una estrategia contra la pobreza (medidas para fomentar las VPO; erradicación del *sinhogarismo*).

mo, adopción de herramientas contra la pobreza energética, educación gratuita, comedores escolares, comedores sociales, acceso universal a la atención infantil temprana, acceso a la justicia, a la sanidad pública); derechos de las personas con discapacidad (medios de comunicación, movilidad, lectura fácil, inclusión laboral...); estrategia para la igualdad de género (combatir los estereotipos de género, lograr la participación en pie de igualdad en los distintos sectores de la economía, brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres, reducir la brecha de género en las responsabilidades asistenciales y alcanzar el equilibrio entre hombres y mujeres en la toma de decisiones y en la actividad política, amén de poner fin a la violencia de género); estrategia de inclusión del colectivo LGTBIQ+ (crear entorno laboral inclusivo seguro, respetuoso y de apoyo; diseñar programas y planes periódicos de sensibilización y formación en diversidad sexual y de género; adaptar la comunicación interna y externa de forma inclusiva; capacitar en comunicación, resolución pacífica de conflictos y en el diálogo; garantizar el desarrollo profesional sin discriminación por la orientación sexual; promover la diversidad en la contratación...); de protección de los consumidores (favorecer los MASC, campañas de consumo responsable, gratuidad del arbitraje de consumo, etc.); para la protección del ecosistema (campañas publicitarias, presupuestar proyectos de investigación, apoyo a las políticas educativas de respeto al medioambiente, beneficios fiscales para las energías renovables, etc.); protección a las víctimas (crear servicios restaurativos, fomentar instituciones de acogida empleo de la tecnología como medio amable de intervención en el proceso, etc.).

Y simultáneamente deben apoyarse y complementarse estas políticas públicas con las acciones que provienen de instituciones privadas o corporativas, que lleven a generar una visibilidad de la vulnerabilidad y sobre todo una respuesta en igualdad y no discriminación de quienes se hallan en esos espacios, grupos o colectivos vulnerables. Una labor importante se ha llevado a cabo por las ONG que en determinados espacios han cubierto las falencias del Estado; asimismo, el papel de la educación es trascendental, tanto desde la educación en escuelas y colegios, en los que se transmita el respeto al otro, la aceptación de la diversidad y la no exclusión de los distinto, evitando y trabajando por erradicar la creciente situación de exclusión que se practica con altavoz debido a las redes sociales y a la tecnología, que ha amplificado las conductas de odio. Trabajar desde la infancia transmitiendo los valores de la dignidad, la igualdad y el respeto es garantía de una sociedad más inclusiva. Y a ello debe aunarse la Universidad, incorporando las políticas de medioambiente, de perspectiva de género, de inclusión de las personas con discapacidad, de vida saludable, de cooperación, entre otras.

El camino sigue... quizás a la búsqueda de un pensamiento inmunizado, como apunta Sloterdijk, quien defiende que el médico debe enfermarse de aquello que desea curar... y quizás la pandemia fue esa enfermedad que nos hizo percibir, sentir y constatar la patología de la vulnerabilidad. Y ahí andamos, en busca de anticuerpos que contrarresten la vulnerabilidad y sus átomos, que son muchos aun lamentablemente.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (1988): “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 139–151.
- Anderson, Mary B. (1994): “El concepto de vulnerabilidad: más allá de la focalización en los grupos vulnerables”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, agosto, 1994, 336-341, consultado en <https://international-review.icrc.org/es/articulos/el-concepto-de-vulnerabilidad-mas-alla-de-la-focalizacion-en-los-grupos-vulnerables>.
- Andreu-Guzmán, Federico y Christian, Courtis (2019): “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, en *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 51-60, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf>.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero (2007): *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.
- Butler, Judith (2007): *Vida precaria: El poder del duelo y la violencia*, Paidós.
- Bonsignore Fouquet, Dyango (2023): “Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad”, en C. Moya Guillem (dir.) y D. Bonsignore Fouquet (coord.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bueno Gómez, Noelia (2022): “Zum post-biopolitischen Umgang mit Leid und Verletzlichkeit”, en M. Coors (ed.), *Moralische Dimensionen der Verletzlichkeit des Menschen. Interdisziplinäre Perspektiven auf einen anthropologischen Grundbegriff und seine Relevanz für die Medizinethik*, De Gruyter.
- Carabante, José María (2023): “La ética del cuidado. Desafíos y paradojas”, *Persona y Derecho*, 89, 75-102.
- Castel, Robert (1997): *La metamorfosis de la cuestión social*, Paidós.
- Caverero, Adriana (2009): *Horrorismo. Nombrando a la violencia contemporánea*, Barcelona: Anthropos.
- Cuadros Contreras, Raúl (2019): “Ética y formación de investigadores: la importancia de las virtudes y la sabiduría práctica”, *Revista Colombiana de Educación*, 1 (79), 223-242.
- Delgado Martín, Joaquín (2019): *Guía comentada de las reglas de Brasilia. Comentarios a las reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, Herramienta EUROSociAL, 23, Madrid.
- Delor, François y Michel Hubert (2000): “Revisiting the concept of “vulnerability””, en *Social Science & Medicine*, 50 (11), 1557-1570.
- Estrada Tank, Dorothy (2019): “El principio de igualdad ante la ley en el Derecho internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1 (1), 322-339.
- EUROSociAL (2015): *Grupos vulnerables. Informe sobre el abordaje de la vulnerabilidad en EUROSociAL*
- Ferri, Luck, (2017): *La revolución transhumanista*, Madrid: Alianza Editorial.
- Fineman, Martha Albertson (2017): “Vulnerability and Inevitable Inequality”, *Oslo Law Review, Scandinavian University Press*, 4 (3), 133-149, consultado en https://web.gs.emory.edu/vulnerability/_includes/documents/Oslo-Review-Vulnerability-and-Inevitable-Inequality.pdf.
- Fitzpatrick, Peter y Alan Hunt (1987): “Critical legal Studies”, *Journal of Law and Society*, 14 (1), 1-3.
- Flanigan, Rosemary (2000): “Vulnerability and the Bioethics Movement”, *Bioethics Forum*, 16 (2), 20.
- Gil, Silvia (2025): “Filosofía de la vulnerabilidad”, en *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, 95, 71–84.
- Gilligan, Carol (1982): *In a Different Voice*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- (1995): “Moral Orientation and Development” [1987], en V. Held (ed.), *Justice and Care. Essential Readings In Feminist Ethics*, New York: Routledge.

- Have, Henk ten (2015): "Respect for Human Vulnerability: The Emergence of a new Principle in Bioethics", en *Journal of Bioethical Inquiry*, 12, 395-408.
- Kennedy, Duncan (1983): *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*.
- (1997): *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle*.
- Kottow, Miguel (2004): "Vulnerability: What kind of principle is it?", *Medicine, Health Care and Philosophy*, 7(3), 281-287.
- (2005): "Fundamentos de ética", en M. Kottow, *Introducción a la bioética*, Santiago de Chile: Mediterráneo.
- (2012): "Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolubles", *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, 69, 25-44.
- Kurzweil, Ray (2005): *The Singularity is near*, New York: Penguin.
- Levine, Carol, Ruth Faden, Christine Grady, Dale Hammerschmidt, Lisa Eckenwiller y Jeremy Sugarman (2004): "The Limitations of "Vulnerability" as a protection for Human Research Participants", in *The American Journal of Bioethics*, 4 (3), 44-49.
- Lorenzetti, Ricardo (2008): "Acceso a la Justicia de los sectores vulnerables", Conferencia pronunciada en el acto de clausura de las *Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF)*, El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29270.pdf>.
- Luna, Florencia (2009): "Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels", *International Journal of feminist Approaches to Bioethics*, 2 (1), 121-139.
- Macintyre, Alasdair (2001): *Animales racionales y dependientes*, Barcelona: Paidós.
- Mangabeira Unger, Roberto (1975): *Knowledge and Politics*.
- (1983): *The Critical Legal Studies Movement*.
- Masferrer, Aniceto y Emilio García Sánchez (2016): "Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights", en A. Masferrer E. García Sánchez (dirs.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer.
- Minow, Martha (1990): *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, London: Cornell University Press.
- Nussbaum, Martha C. (2006): *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires: Katz.
- (2007): *Las fronteras de la Justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona: Paidós.
- (2015): *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Machado Grupo de Distribución.
- Profili, Leila E. (2020): "La idea de la libertad en J.J. Rousseau", *Eidos*, 32, 231-250.
- Rhode, Deborah L. (1991): "Feminist Critical Theories", en K.T. Berlett y R. Kenedy (eds.), *Feminist Legal Theory*, New York: Routledge.
- Rogers, Wendy, Catriona Mackenzie, y Susan Dodds (2021): "Warum die Bioethik ein Konzept von Vulnerabilität benötigt", en *Medizinethik*, N. Biller-Andorno; S. Monteverde, T. Krones y T. Eichinger (eds.), Springer, 189-219.
- Rotter, David (2013): "Transhumanismus: Die Zukunft gehört den Maschinen", *Sein*, 28 de marzo, consultado en <https://www.sein.de/transhumanismus-die-groesste-gefahr-fuer-die-menschheit/>
- Ruiz Rivera, Naxhelli (2012): "La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo", en *Investigaciones geográficas, Boletín del Instituto de Geografía, UNAM*, 77, 63-74.
- Sandel, Michael J. (2020): *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?*, Barcelona: Debate.
- Schauer, Frederik (2003): *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.

— (2005): “La categorización, en el Derecho y en el mundo”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 307-320.

Sen, Amartya (2000): *Desarrollo y libertad*, Barcelona: Planeta.

Tushnet, Mark (1988): *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Harvard University Press.

TUTELA PROCESAL DE LAS PERSONAS VULNERABLES: EL PROCESO JUDICIAL A MEDIDA*

PROCEDURAL PROTECTION OF VULNERABLE PERSONS: FITTING THE JUDICIAL PROCESS

Fernando Martín Diz

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca*

RESUMEN

Una nueva categoría jurídica se está asentando en el entorno normativo. La consideración de persona o grupo vulnerable es reconocida ya a nivel legal, tanto en las normas materiales como, de manera directa o indirecta, en el ámbito procesal. Es importante determinar los espacios de vulnerabilidad y, con ello, sus posibles consecuencias procesales, fundamentalmente de cara a la posible evolución hacia un procesal judicial adaptado a la situación y necesidades del vulnerable que le permita obtener una verdadera tutela judicial efectiva desde su inicial situación de desventaja o desigualdad ante el proceso. El tradicional binomio entre legalidad y discrecionalidad en la aplicación de la norma procesal va a ser ponderado desde los principios de flexibilidad y proporcionalidad como ejes sobre los cuales proceder a la pertinente adecuación procesal.

PALABRAS CLAVE

Derecho procesal, legalidad, discrecionalidad, flexibilidad, proporcionalidad, vulnerabilidad.

ABSTRACT

A new legal category is taking hold in the regulatory environment. The status of vulnerable person or group is now recognized legally, both in substantive regulations and, directly or indirectly, in the procedural sphere. It is important to determine the areas of vulnerability and, consequently, their potential procedural consequences, primarily in view of the possible evolution toward a judicial procedure adapted to the situation and needs of vulnerable individuals, allowing them to obtain truly effective judicial protection from their initial disadvantaged or unequal position in the process. The traditional balance between legality and discretion in the application of procedural rules will be weighed based on the principles of flexibility and proportionality as the axes on which to proceed with the relevant procedural adaptation.

KEYWORDS

Procedural law, legality, discretion, flexibility, proportionality, vulnerability.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.131>

* Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Programa PROMETEO para grupos de investigación de excelencia del Gobierno de la Generalitat Valenciana titulado: "Justicia sostenible en estado de mudanza global", Ref: CIPROM 2023-64 GVA. IP: Silvia Barona Vilar.

TUTELA PROCESAL DE LAS PERSONAS VULNERABLES: EL PROCESO JUDICIAL A MEDIDA

Sumario: 1. Dimensiones en progreso en el ámbito procesal. 2. Vulnerables y vulnerabilidad. 3. Espacios de vulnerabilidad en el proceso judicial. 3.1. Personal o subjetiva. 3.2. Material u objetiva. 3.3. Indefensión técnica. 3.4. Digital o tecnológica. 3.5. Financiera o económica. 3.6. Sistémico procesal. 3.7. Sistemático legal. 3.8. Social o cultural. 3.9. Estacional vs. Permanente. 4. El proceso judicial adaptado. 4.1. Legalidad vs. Discrecionalidad. 4.2. Flexibilidad. 4.3. Proporcionalidad. 5. Configuración institucional procesal para los vulnerables. 5.1. El facilitador: el aliado institucional de los vulnerables. 5.2. El defensor del vulnerable. 6. Límites de la adaptación procesal a los espacios de vulnerabilidad ¿es sostenible una justicia a medida de los vulnerables? Bibliografía.

1. DIMENSIONES EN PROGRESO EN EL ÁMBITO PROCESAL

Ante los cambios no procede el estatismo, la inercia de lo antiguo y tradicional. Ante la evolución, no se puede dar la espalda y hacer caso omiso de las nuevas demandas y necesidades. Las singularidades, las verdaderamente relevantes, trascendentes y objetivamente reconocibles, requieren también un tratamiento proporcionalmente adecuado y concorde con sus particularidades. En definitiva, adaptación y progreso son las que permiten construir lo nuevo sobre lo viejo. También en el mundo del derecho, evidentemente. Todo cambia: la sociedad, las personas, las normas. Ese reto evolutivo, imparable, permanente y cíclico puede ser afrontado desde la regulación legal (Armenta Deu, 2021), al menos, de dos formas. Mediante un cambio normativo global o bien mediante la incorporación de puntuales modificaciones que acomoden realidades y previsión legal, con la ayuda, siempre presente, de la labor de los intérpretes de la norma —habitualmente los órganos jurisdiccionales al aplicarla— ajustándola de manera flexible y proporcional.

Así, ante la aparición de nuevas realidades, tanto de derecho material como de calado procesal, con posibles nuevas categorías jurídicas, ha de asumirse como algo natural en el ámbito procesal abordar el tratamiento de esas dimensiones (Álvarez Alarcón, 2021: 25)¹ en progreso y conferirles el correlativo espacio de tutela judicial, reforzada si fuese el caso. Y no sería ni más ni menos que expresión de la expansión del concepto de vulnerable y vulnerabilidad que se ha erigido como una de las dimensiones en progreso de nuestros días, impregnando las instituciones jurídicas y legales y deparando cambios y adaptaciones tanto en el derecho material (discapacidad, consumidores, violencia de género, personas mayores y ancianos, menores, inmigrantes) como en el ámbito procesal como rama garante de la efectiva tutela judicial de sus derechos ante el desequilibrio que su condición puede comportar. Nueva perspectiva, no exenta de valores éticos, sociales y culturales que pivota en torno a la igualdad y la proscripción de la discriminación.

En la situación que pretende abordarse en el presente trabajo, desde la constatación de una justicia en estado de mudanza pero que al tiempo ha de ser sostenible y adecuada a la realidad social, cultural, económica e institucional en la que se dispensa, todas las anteriores circunstancias se dan cita. Nos referimos, y estudiaremos, una nueva categoría jurídica que ha adquirido una sobresaliente relevancia en los últimos años: la condición de persona, o colectivo, vulnerable. Fundamentalmente en cuanto las personas vulnerables han aterrizado en el panorama procesal como beneficiarios, justificadamente, de una tutela judicial reforzada, que no privilegiada, atendiendo a sus circunstancias personales. Craso error sería, a nuestro entender, asimilar la condición procesal de personal vulnerable con debilidad o inferioridad, ya lo sea en el plano de la regulación de derecho material como en el propio del derecho procesal. La condición de vulnerable debe ser, procesalmente, una circunstancia subjetiva de tutela judicial adaptada bajo las directrices de la flexibilidad y proporcionalidad (González-Cuéllar Serrano, 1998: 191)² como principios rectores.

Desde esta premisa podemos entonces avanzar en su concepto y catalogación, en la definición e identificación de espacios de vulnerabilidad en el proceso judicial, en generar los elementos insertados en el proceso que confieran una tutela adecuada y reforzada de su condición y posición procesal dentro de la conjugación entre la observancia del principio de legalidad procesal y la discrecionalidad judicial, concluyendo con la apreciación y estimación de posibles apoyos institucionales hacia los vulnerables a través de distintas figuras procesales y, finalmente, trazar los límites que la adaptación procesal que se realice los espacios de vulnerabilidad debe cuidar y ponderar. Posiblemente, todo ello nos conduzca a poder dar respuesta a la pregunta relativa a cómo debe ser una tutela judicial adecuada para los vulnerables, e incluso, algo más allá, en las soluciones extrajudiciales de litigios (Castillejo Manzanares, 2014: 38). Y, quizá, ya lo anticipamos, el veredicto sea, una justicia adaptada, una justicia a medida, una justicia flexible y proporcional dentro de la legalidad y con todas las garantías para los justiciables, vulnerables incluidos.

2. VULNERABLES Y VULNERABILIDAD

¿Somos todos iguales? ¿Todos los grupos sociales o colectivos son iguales? Evidentemente, no. Es más, afortunadamente hemos progresado hacia una mayor consideración de las diferencias y de la inexorable obligación moral y legal de amparar a quienes se encuentran en situación de desventaja y desigualdad (Esteve Pardo, 2023) debido a la vulnerabilidad. El devenir procesal de la actividad que afecta a un vulnerable, ya sea en un proceso penal como víctima o acusado, ya sea en el entorno procesal civil como parte activa o parte pasiva, requiere un *iter* que preserve sus derechos fundamentales (Huertas Martín, 2019: 51) y garantías básicas de forma adecuada a su situación y capacidad, así como ofreciendo un marco de entendimiento para el vulnerable que le permita comprender la dimensión y consecuencia de las actuaciones procesales que le afectan en su condición de parte y que, al mismo tiempo, no perjudiquen legítimos derechos y expectativas de los demás participantes en el proceso pero puedan mantener su singularidad frente a la generalidad. No se trata de proteccionismo procesal del vulnerable sino de una adaptación a sus circunstancias que permita una tutela judicial de sus derechos de manera adecuada en función de sus diferencias y limitaciones, desde una ecuanimidad jurisdiccional que otorgue un tratamiento flexible y proporcional a sus diferencias. En definitiva, aquellos que podamos conceptualizar como personas o colectivos vulnerables en el ámbito procesal, presentan elementos diferenciales objetivos o subjetivos (leguaje, cultura, capacidad, determinadas víctimas, condiciones físicas o psíquicas, minoría de edad, minoría grupal o social, etc.) que demandan una atención especial que compense su desventaja para ser acreedores de una tutela judicial efectiva.

Nos encontramos, por tanto, ante un problema iusteórico actual: el tratamiento del acceso a la justicia como instrumento frente a la desigualdad. El tratamiento conjunto del acceso a la justicia como instrumento frente a la desigualdad implica garantizar que todas las personas, especialmente las más vulnerables, puedan ejercer sus derechos y obtener reparación ante el sistema jurídico legal, abordando barreras socioeconómicas y discriminatorias para lograr un estado de derecho más justo y equitativo. Esto requiere medidas que faciliten el uso de los servicios legales, como servicios gratuitos o de bajo coste, y la simplificación de procedimientos, así como la eliminación de actitudes discriminatorias dentro del propio sistema jurídico.

En definitiva, adentrarse en el análisis del acceso a la Justicia y su relación con la desigualdad, implica valorar la trascendencia jurídica de la figura del vulnerable, como categoría jurídica contemporánea, y que requiere, en un estado de derecho, que el acceso a la justicia trate de ser óptimamente incondicional, eliminando desigualdades y ofreciéndose como habilitado para que las personas puedan ejercer en plenitud sus derechos y tratar de obtener justicia (Aldama Baquedano, 2021: 793)³, en una justicia social que anhela reducir brechas y desigualdades en la sociedad. Un acceso equitativo y adaptado a la justicia es vital para que cada ciudadano, con independencia de sus condiciones pueda hacer valer sus legítimos derechos sin que barreras de carácter económico, físico, cultural, sistémicas, jurídico-procesales e incluso lingüísticas puedan dar lugar a discriminación y trato desigual y perjudicial. Un abordaje de esta problemática, y sus posibles soluciones, para ofrecer una

justicia integral e integradora, que reduzca desigualdades, redundando en un evidente fortalecimiento del estado de derecho cuyos beneficiarios son la propia sociedad y todos y cada uno de sus integrantes también precisa perfilar el protagonismo de los titulares de los órganos jurisdiccionales, quienes asumen la responsabilidad, desde su función jurisdiccional, de aplicar la ley adaptándola a las circunstancias y necesidades del justificable.

Recurriendo, en primer término, a las definiciones generalistas de vulnerable y vulnerabilidad, el *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española) determina que vulnerable es quien puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente. Concepto que se anuda al de vulnerabilidad, también del precitado Diccionario, entendida como la cualidad de vulnerable, y, por tanto, asociado a situaciones de debilidad, fragilidad, inseguridad o flaqueza. En búsqueda de una definición con mayor técnica jurídica podemos acudir a la definición, más específica, de víctima especialmente vulnerable que se ofrece desde el *Diccionario Panhispánico del español jurídico* (Real Academia Española) y que refiere al sujeto pasivo del delito, y este elemento que prosigue es el verdaderamente definitorio de la vulnerabilidad, con circunstancias personales que determinan que se halla en una situación de inferioridad o indefensión. Jurídicamente, por tanto, el vulnerable o la situación de vulnerabilidad está vinculada a la situación personal de desventaja como condición o circunstancia que es determinante para el sujeto en la defensa de sus intereses o derechos.

Aun así, debe reconocerse la dificultad intrínseca que, a nivel legal, supone la determinación de quien ostenta, jurídicamente, la condición de vulnerable (Álvarez de Neyra Kappler, 2020). Se asume la imprecisión actual del término y de ahí germina una cierta reticencia a reconocerle la naturaleza de categoría jurídica. Ante ello emerge la incontestable realidad que acredita como a nivel normativo ya constan referencias a las personas y colectivos vulnerables, siempre con el común denominador, invariable, de su condición personal o grupal de indefensos e, incluso, las más de las veces inermes ante la defensa de sus derechos, expuestos a riesgos de exclusión. También procesalmente el vulnerable se presenta como una persona o colectivo en desventaja ante la tutela judicial, precisando de un refuerzo proporcional que equilibre su situación ante los órganos jurisdiccionales y en el devenir procedimental de manera que pueda ver plenamente satisfecho su derecho de acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional que pueda otorgarle un reconocimiento eficaz de sus legítimos derechos.

Asentar como concepto y categoría jurídica, y procesal, al vulnerable requiere sentar las bases que lo identifiquen indubitadamente y prevean el tratamiento legal que se le confiere. Concurrirán en algunos casos circunstancias objetivas —por ejemplo, en el ámbito penal y por el tipo de delito cometido, como puede ser el caso del terrorismo—, en otros serán puramente subjetivas —menores, ancianos, personas con discapacidad— que graduarán el alcance y forma de la protección que redima la desventaja o indefensión en que se encuentran. Pero también concurrirán circunstancias económicas (sobreendeudamiento), educativas (analfabetismo) o sociales (exclusión, marginalidad, migración) que deben ser también consideradas con relación a la vulnerabilidad. En definitiva, y como intitulábamos el apartado introductorio, nos encontramos ante una nueva dimensión en progreso que

aglutina, con relevancia jurídica y procesal, situaciones, circunstancias y personas heterogéneas, variables, pero en las que confluye la desigualdad y la desventaja como distinción que reclama un tratamiento diferencial que proteja de manera reforzada y adaptada su derecho a la tutela judicial. Procesalmente, como iremos desentrañando, deberá ponderarse esa adaptación a sus particularidades, siendo la figura de los titulares de los órganos jurisdiccionales el garante de su protección, desde los parámetros de la flexibilidad y la proporcionalidad en el terso equilibrio entre legalidad y discrecionalidad.

Aludimos, como cierre, hechas estas disquisiciones dogmáticas, a ciertos precedentes, tanto jurisprudenciales como normativos, que han realizado una aproximación definitoria y conceptual de la persona vulnerable a efectos jurídicos y procesales, aunque de forma predominante desde la óptica del proceso penal, donde quizá, por su situación ligada a la condición de sujeto pasivo del delito, se ha abierto camino hacia esta categoría en vías de asentamiento jurídico legal. Inicialmente hemos de remontarnos, como primigenio antecedente, a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2005 (caso María Pupino, referencia: ECLI:EU:C:2005:386), en la cual sin entrar a definir el concepto de vulnerabilidad de la víctima —en relación con la interpretación de los arts. 2.2 y 8.4 de la Decisión Marco 2001/220/JAI sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal— si que asienta la necesidad de protección de las personas vulnerables que pueden ser objeto de tal calificación habida cuenta su edad y la naturaleza y consecuencias de las infracciones a fin de disfrutar de la protección específica exigida.

Secuela directa a la que podemos acudir tras la incipiente referencia jurisprudencial, es la Directiva 2012/29/UE, relativa a los derechos de la víctima en el proceso penal, en cuyo artículo 22 se esbozaba la particularidad que presentan determinadas víctimas, necesitadas de especial atención, al haber sufrido un daño considerable debido a la gravedad del delito; o bien a las víctimas afectadas por un delito motivado por prejuicios o por motivos de discriminación, relacionado en particular con sus características personales, y, finalmente, a las víctimas cuya relación con el infractor o su dependencia del mismo las haga especialmente vulnerables. A este último respecto, se preveía que fuesen objeto de debida consideración las víctimas de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, violencia de género o violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual y delitos por motivos de odio, así como las víctimas con discapacidad. Y como traslación a nivel interno cabe remitirse, aun tratándose de un texto prelegislativo, la consideración contenida en el art. 102 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, definiendo a las víctimas especialmente vulnerables, a efectos de su aplicación en ese ámbito legal, a aquellas que por las especiales características del delito y por sus singulares circunstancias personales, precisan adaptar su intervención en el procedimiento a su particular situación. Sumada a dicha previsión, otorga esta condición de vulnerables, en todo caso, a las víctimas que por razón de su edad, enfermedad o discapacidad no puedan someterse directamente al examen contradictorio de las partes.

Otra referencia, de carácter transnacional, a la que puede acudirse para el establecimiento de los contornos definitorios del concepto de personas en situación de vulnerabilidad, y con un mayor carácter de generalidad, no tan directamente apegado al de víctima penal,

es la prevista en la Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018), en cuya Sección 2.^a, apartado 1 las define como las personas “que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

Del anterior concepto se puede extraer una mayor concreción en cuanto la persona que puede ostentar la condición de vulnerabilidad, vinculada al hecho de que su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, o relacionadas con sus creencias o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para obtener tutela judicial efectiva en igualdad de condiciones y circunstancias con las personas que no se encuentran ante tales limitaciones o desventajas.

Más recientemente, en nuestro ordenamiento interno, y de cara a completar una imprescindible perfilación del concepto de persona vulnerable, particularmente en el ámbito procesal civil, la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, a los efectos de dicha ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que pueda ser aplicable, establece que tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables, respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

En definitiva, el concepto de vulnerabilidad, en el ámbito procesal, se vincula con la concurrencia de circunstancias fácticas, personales, incluso estructurales, determinantes de una desigualdad que produce una discriminación no asumible y que precisa de un abordaje desde la proporcionalidad y la flexibilidad en la actuación del órgano jurisdiccional para compensar y eliminar la situación de riesgo, e incluso indefensión, que puede causar a quien se encuentra inmerso o pertenece a alguno de los colectivos y espacios de vulnerabilidad que seguidamente van a tratar de perfilarse y definirse.

3. ESPACIOS DE VULNERABILIDAD EN EL PROCESO JUDICIAL

Un punto de apoyo en la progresión para estabilizar el concepto de vulnerables en el ámbito procesal puede constituirlo, e incluso ser más ilustrativo aún a expensas de una concreta definición legal en las normas procesales, la determinación de los espacios de vulnerabilidad que permitan identificar a las personas que se encuentran en dicha situación y condición jurídico-legal, exista o no una previsión legal conceptual específica. Así los espacios de vulnerabilidad comprenderían las condiciones, elementos, circunstancias y situaciones a que se exponen las personas en que recaen las características básicas de la persona vulnerable, como son, la desventaja, la inferioridad, la desigualdad o la discriminación, permitiendo integrar, con carácter abierto y no cerrado, aquellas situaciones fácticas y subjetivas que requieren de una protección jurídico procesal singular y reforzada. Planteamos, entonces, los espacios de vulnerabilidad en el ámbito procesal como elemento distintivo de aquellas personas que en su acceso a la justicia precisa, como desarrollaremos más adelante, de una flexibilidad y proporcionalidad en la aplicación de la norma procedimental.

En los siguientes subepígrafes presentamos, sin ánimo de exhaustividad e insistiendo en su naturaleza dinámica y evolutiva en función de las circunstancias que pueden concurrir, una serie de espacios de vulnerabilidad que pueden ser identificables y con connotaciones procesales.

3.1. PERSONAL O SUBJETIVA

Situaciones que afectan a la condición de las personas como la minoría de edad, el edadismo, la discapacidad (Esplugues Mota, 2025), el analfabetismo, la inmigración en situación de ilegalidad, e, incluso la propia situación laboral o la carencia de empleo, son propicias para la consideración de un espacio de vulnerabilidad vinculado al elemento subjetivo. De esta manera, en las normas procesales civiles se contemplan circunstancias y situaciones, algunas de ellas vinculadas al tradicional concepto de capacidad procesal, para poder reducir la situación de desventaja o desamparo que pueda presentarse por las condiciones personales. Claro ejemplo es, en este sentido, el tenor del art. 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil habilitando que en aquellos procesos en los que participen personas con discapacidad y personas mayores que lo soliciten o, en todo caso, personas con una edad de ochenta años o más, se realicen las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.

3.2. MATERIAL U OBJETIVA

La pátina de desventaja o desigualdad que se observa en el caso de las personas o colectivos vulnerables puede venir referida, en segundo lugar, a circunstancias objetivas vinculadas a la materia respecto de la cual versa el proceso judicial en virtud de situaciones derivadas de una intrínseca desigualdad entre las partes, como por ejemplo en las relaciones entre consumidores y oferentes de bienes o servicios en el ámbito de la contratación — contratación en masa, abusividad, contratación con corporaciones o grandes empresas o de

posición dominante como uno de los sujetos en litigio—, o la desventaja, discriminación o desamparo en que puede quedar la persona por las consecuencias derivadas de la relación jurídica material sobre la cual se litiga (hipoteca, vivienda, internamientos no voluntarios, discriminación por razón de sexo). Así se plasma, por ejemplo, en las previsiones del art. 11, 11 bis u 11 ter de la LEC al habilitar legitimaciones extraordinarias a determinadas entidades, instituciones, organizaciones, asociaciones o sindicatos para reforzar la defensa, y con ello la tutela judicial efectiva, en determinadas materias.

3.3. INDEFENSIÓN TÉCNICA

Una postulación no adecuada o una deficiente cobertura legal del derecho de asistencia jurídica gratuita, puede generar también espacios de vulnerabilidad por indefensión técnica (García Molina, 2025: 171)⁴. En el primer caso debido a que los turnos de oficio que se ofrezcan desde los respectivos Colegios de Abogados (Bernal Caputo, 2025: 221) puedan llegar a ser insuficientes o no dispongan de la especialización necesaria para la asistencia jurídica a determinadas personas vulnerables. En la segunda circunstancia por la propia extensión y cobertura de la vigente Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, que pudiera resultar insuficiente actualmente en relación con el tenor del vigente art. 2, en relación con el ámbito subjetivo de aplicación, art. 3 en cuanto al requisito económico para el acceso a la misma —ante la debilidad financiera actual de las personas y familias— y art. 6, en cuanto al contenido y cobertura material del derecho de asistencia jurídica gratuita.

3.4. DIGITAL O TECNOLÓGICA

La denominada “brecha digital” puede erigirse muy probablemente como otro de los factores desencadenantes de espacios de vulnerabilidad por cuanto no todas las personas o colectivos están familiarizados con el uso, empleo y consecuencias de las tecnologías de la información y la comunicación, e incluso de la inteligencia artificial, y la protección de datos personales. Ello puede dar lugar, si es que no está ocurriendo ya, a espacios de vulnerabilidad digital o tecnológica en el caso de actuaciones judiciales que deban conducirse por estas vías (Villar Fuentes, 2021: 169) —y hay ya numerosas referencias legales a la utilización de videoconferencias o presentación y recepción de documentos judiciales a través de estos canales tecnológicos—. Aquellas personas que no dispongan de los medios materiales suficientes y adecuados para su utilización o que no tengan las destrezas para hacerlo —y hay grupos de personas fácilmente identificables para ello por razones de edad, analfabetismo digital (González Campo, 2022: 89), etc.— pueden verse abocados a una vulnerabilidad digital que no puede ser obviada. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que se habilitasen actuaciones procesales a través de inteligencia artificial, circunstancia que permiten los arts. 56 y 57 del RDL 6/2023, como actuaciones automatizadas, proactivas o asistidas y que no sean susceptibles de ser comprendidas o interactuadas por determinadas personas debido a su carencia de conocimientos, entendimiento o acceso a estas opciones.

3.5. FINANCIERA O ECONÓMICA

Quizá uno de los espacios de vulnerabilidad de nuevo cuño, quizá también transitorio en el tiempo por estar condicionado a las épocas de una mejor o peor bonanza económica general —de la sociedad y con ello de las personas que la integran— es la vulnerabilidad financiera o económica que impida a las personas plantearse, directamente, el tratar de obtener tutela judicial efectiva para sus legítimos derechos e intereses debido que superen, levemente, el umbral que delimita el requisito económico de acceso al derecho de asistencia jurídica gratuita. Umbrales que, posiblemente, hoy en día requieran de una actualización al alza cuando las estadísticas demuestran que la vulnerabilidad financiera de los hogares en España roza mínimos históricos en relación a los últimos veinte años. Este espacio de vulnerabilidad podría corregirse con algunas adaptaciones normativas, e incluso procesales, que habiliten o bien la posible elevación de los mínimos para los cuales no se precisa de postulación procesal —actualmente en 2.000 euros en el ámbito procesal civil en relación con la cuantía del litigio— o bien desde la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita la incorporación de criterios económicos menos restrictivos para su reconocimiento e, incluso, una opción mixta en que con cuantías de ingresos superiores se pueda disfrutar de una asistencia jurídica cuyo coste sea asumido en un porcentaje por el ciudadano y en el resto por la Administración.

3.6. SISTÉMICO PROCESAL

Sin perder ni un ápice el tono de afirmación que prosigue, esto es, la consideración del espacio de vulnerabilidad sistémico procesal, es una paradoja, cierta, el contrastar que desde donde debe dispensarse la tutela de los derechos de las personas, el ámbito procesal, puede ser el origen de su vulnerabilidad, en razón de la propia complejidad procedimental, de la inadecuación de procedimientos a determinadas materias o personas, de la demora temporal, de la impersonalidad del sistema de justicia —especialmente con las víctimas en el caso de los procesos penales—, o del establecimiento de requisitos, más o menos cuestionables, de acceso a la propia tutela judicial efectiva en forma de requisito de procedibilidad que obliga al intento de desarrollar un medio adecuado se solución de controversias previo a la demanda, establecido para el acceso a la justicia civil desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025, de medidas de eficiencia del Sector Público de Justicia. Y la advertencia al respecto no es nueva, sino que viene de lejos, por cuanto la Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa (81)7, de 14 de mayo, sobre los medios para facilitar el acceso a la justicia, pone de manifiesto “que el procedimiento judicial es frecuentemente tan complejo, largo y costoso que los particulares —y especialmente las personas económica o socialmente desfavorecidas— encuentran serias dificultades para ejercer sus derechos en los Estados miembros”.

Por no acudir a un punto común de ineficiencia estructural y endémica del sistema procesal en el ámbito de la ejecución forzosa civil y la quimera de la dicción del art. 570 LEC en cuanto a considerar, con toda lógica, al ejecutante como habitual ocupante del espacio

de vulnerabilidad sistémico procesal por cuanto rara vez puede ver satisfechos completamente sus derechos en el marco de un proceso de ejecución forzosa. En definitiva, la invertebrada ineficacia del sistema procesal es, indudablemente, causante de su propio espacio de vulnerabilidad para quienes acuden a ella con las legítimas expectativas de obtener tutela judicial efectiva para sus derechos.

3.7. SISTEMÁTICO LEGAL

Aunque pueda parecer una antinomia, y en conexión con el espacio de vulnerabilidad anterior, y conectando con el posterior, la hiperregulación legal nos aboca a la vulnerabilidad ante el desconocimiento de todas las normas vigentes y aplicables, ante una maraña en la que, las más de las veces, también quedan atrapados los propios profesionales del Derecho y de la Justicia. Más aún, para los ciudadanos legos. Si a eso sumamos, en sociedades multiculturales como las que se están configurando en este siglo XXI, las diversidades de sistemas jurídicos de los cuales proceden las personas y el componente transfronterizo, cada vez más presente en muchos litigios, es innegable que la propia sistemática legal (Escaler Bascompte, 2025: 253) es detonante de un espacio de vulnerabilidad para las personas.

3.8. SOCIAL O CULTURAL

Somos miembros e integrantes de sociedades contemporáneas caracterizadas por la multiculturalidad, especialmente en los países más avanzados, donde confluyen distintas tradiciones, costumbres, procedencias, la integración de los foráneos, inmigrantes, o residentes extranjeros con cierta permanencia y que provienen de sistemas democráticos, constitucionales, jurídicos y procesales diferentes, con garantías y derechos diversos y de interpretación y aplicación dispar y que, aunque pueda parecer un contrasentido, puede comportar el hecho de que personas que no están acostumbradas o habituadas a ello en sus países de procedencia donde no se reconocen, ni respetan los derechos humanos y fundamentales más básicos puedan ser, incluso, hasta vulnerables en un sistema con todas las garantías que les puede sobrepasar y atemorizar, llegando al absurdo de que esas mismas personas se retraiga de acudir a obtener tutela judicial efectiva ante los órganos jurisdiccionales por verse, equivocadamente, ajenos al propio sistema y tradición jurídico procesal (Fontestad Portalés, 2021:51).

El desconocimiento de los derechos y de las opciones de defensa de los mismos puede generar vulnerabilidad, hasta el punto de desconocer y no servirse, del derecho a la tutela judicial efectiva. Y no solo ello, sino disponer de un conocimiento accesible y entendible de los derechos y de su tutela judicial, a través de la asistencia social o jurídico legal que sea más adecuada. Ello, hace que aquellas personas, colectivos o grupos que pueden encontrarse en la marginalidad, la exclusión o con dificultades de acceso a la información se vean discriminados o en desventaja, por no ser capaces de utilizar los instrumentos jurídicos de protección (Durán Silva, 2024: 163) que la ley reconoce.

3.9. ESTACIONAL VS. PERMANENTE

En la última referencia que dedicamos a la determinación de posibles espacios de vulnerabilidad, queremos destacar la diferencia que puede concurrir respecto de los anteriormente citados en cuanto al criterio temporal. Pueden apreciarse espacios o situaciones personales de vulnerabilidad temporal, debido a catástrofes —recuérdese por ejemplo el caso de la DANA que azotó el Levante español en octubre de 2024— o eventos imprevisibles o inesperados que condicionen por un periodo o lapso las circunstancias de igualdad de las personas o su accesibilidad a recursos, medios, capacidad económica o la propia Justicia, frente a espacios de vulnerabilidad crónica o permanente como pueden ser los ligados a condiciones personales (edadismo, discapacidad) o materiales (consumidores).

4. EL PROCESO JUDICIAL ADAPTADO

Ante la diversidad, ante la constancia de diferencias sensibles y necesariamente atendibles, ante espacios de vulnerabilidad definidos en cuanto a su extensión (a quien o quienes afectan) y repercusión (en qué sentido o dimensión condicionan el acceso igualitario, sin desventajas al proceso judicial), el estatismo, la rigidez, el procedimentalismo estricto no parece la solución más adecuada cuando en juego está la tutela judicial efectiva. No se trata de incorporar variantes procesales mejores o peores, derechos o cargas procesales disímiles, sino de ajustar, revisar y acoplar el proceso, desde la más escrupulosa observancia de los derechos fundamentales y las garantías procesales básicas a las concretas circunstancias, permanentes o temporales, de personas y colectivos que requieren de un especial y diferenciado tratamiento desde la proporcionalidad y la flexibilidad. Quizá sean estos dos parámetros, los llamados a erigirse en ejes de un nuevo modelo procesal (Lafuente Torralba, 2022: 23), en el cual, la adaptación a cada asunto y los litigantes procesales sea el norte que dirija la brújula jurisdiccional.

El proceso adaptado o a medida (siguiendo en cierto modo una traducción del término anglosajón *fitting*, que a nuestro entender describe perfectamente la situación) navegará entre la observancia de la legalidad procesal, normativamente impuesta en las leyes de enjuiciamiento (art. 1 LEC y art. 1 LECrim) y que impone actuar por el tribunal y ante el órgano jurisdiccional con arreglo a lo previsto en las leyes aplicables, y la discrecionalidad, entendida en el ámbito jurídico en una doble perspectiva: como libertad que tiene un órgano jurídico en la toma de decisiones para elegir entre diferentes opciones y, por otro lado, el que esa libertad no es absoluta sino que se encuentra delimitada por un cierto marco normativo (Lifante Vidal, 2002: 414).

Una tutela judicial de los vulnerables, como justicia a medida según su destinatario (litigante) es expresión de una justicia contemporánea, adaptada a la sociedad y a sus integrantes, a sus necesidades y requerimientos, es, en definitiva, una justicia para las personas, cambiando el paradigma de una justicia a la que había que adaptarse hacia una justicia que se adapta a quienes la precisan, denotando humanidad, sin que ello implique favoritismo e

injusticia, sino ofrecer un equilibrio razonable ante quien acude a demandar tutela judicial efectiva desde una situación de desventaja e inferioridad. Al igual que la adaptación (*fitting*) se utiliza en muchos órdenes de la vida para optimizar (diseño a medida de la persona que va a ser usuaria), e incluso se ajusta a sus características personales, incrementando rendimientos, asistencia o aprovechamiento, en la dimensión jurídica procesal puede coadyuvar a una defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas que ocupan espacios de vulnerabilidad, sin que ello afecte negativamente a la dinámica del proceso ni perjudique la actividad procesal de la parte contraria.

Hemos de valorar que, desde la generalidad, lógica e inherente, de la ley procesal no cabe un diseño casuístico del proceso para cada persona, pero que la integración de unos criterios de discrecionalidad (desde la proporcionalidad y la flexibilidad) pueden ayudar a mejorar la precisión procesal en la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva. Un proceso no adecuado para una persona en situación de vulnerabilidad, por las razones en que se encuentre temporal o permanentemente en la misma, no es la vía a través de la cual pueda encontrar el acceso a la justicia en igualdad y sin desventaja (Roca Martínez, 2024: 119). Evaluar esa situación de vulnerabilidad, seleccionar jurisdiccionalmente las adaptaciones apropiadas y convenientes, según el tipo de espacio de vulnerabilidad, y aplicar la discrecionalidad en la actividad procesal determinarán los ajustes necesarios (flexibilidad) asegurando que resulten efectivos para la persona (o colectivo) vulnerable sin menoscabar (proporcionalidad) las legítimas expectativas del resto de partes e intervinientes en el proceso. Sin duda que puede ser un proceso laborioso y minucioso para el titular del órgano jurisdiccional quien, en último extremo, motivará, razonará y acordará las adaptaciones pertinentes, ya previstas en la ley, ya adecuando su dicción, desde la prudencia de que no se acometan adaptaciones imposibles —contrarias o prohibidas por ley— o problemáticas —de compleja realización práctica ya sea por cuestiones técnicas, materiales o de disponibilidad—. No debiera ser, el coste económico de las eventuales adaptaciones, una cortapisa para no llevarlas a efecto, más aún cuando nos encontramos ante un derecho fundamental procesal (tutela judicial efectiva) que se proporciona desde el denominado, según las últimas reformas legales internas, Servicio Público de Justicia (Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia).

Es en este entorno, con este caldo de cultivo, donde han empezado a germinar los que se intitulan, de nuevo cuño, como acuerdos (Soba Bradesco, 2024) y negocios procesales como expresión más evidente de la adaptación procesal al vulnerable bajo control jurisdiccional, desde una justicia a medida para los espacios de vulnerabilidad, sin perder de vista que incluso los espacios de vulnerabilidad pueden afectar a también a personas jurídicas, como entidades que participan del tráfico jurídico, y por ende del ámbito procesal, y que pueden encontrar determinadas trabas o desventajas al litigar, desde el hecho de no tener recursos (fundaciones benéficas) hasta verse afectadas por alguno de los espacios de vulnerabilidad descritos en el apartado anterior. En cualquier caso, debe prestarse atención a que reciban un derecho de defensa eficaz, aún incluso en aquellos procesos judiciales para los cuales no se prevé la postulación procesal como obligatoria.

Otro necesario baluarte en la defensa efectiva de los derechos de los vulnerables, y con directa vinculación a los mismos a la hora de gestionar también el binomio legalidad-discrecionalidad por cuanto pueden invocar ante el órgano jurisdiccional las adaptaciones pertinentes, lo encarna la figura de los profesionales de la abogacía, gestionando desde su dirección letrada cómo debe ser una tutela judicial adecuada para el vulnerable. Es referencia inexcusable, entonces, la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, en la cual se ofrecen una serie de parámetros vitales para hacer verdaderamente eficaz la postulación ejercitada a favor del vulnerable. Ya en su Exposición de Motivos avanza que un elemento imprescindible es la asistencia jurídica gratuita de manera que de forma inclusiva se reconozca y conceda “teniendo en cuenta la especial vulnerabilidad en la que pueden encontrarse las personas y que hace necesario que el Estado garantice una asistencia letrada. Este es el espíritu que subyace en esta ley cuando establece que no solo las personas que acrediten insuficiencia de recursos tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita, sino que extiende esa garantía a personas en situaciones de especial vulnerabilidad cuando así se considere a través de un reconocimiento legal”. Proclama legal que no puede quedar ahí, en una mera declaración de intenciones y que exige un desarrollo normativo específico. Sobre este particular avanza, en su art. 4.4, que el derecho a la asistencia jurídica gratuita se establece en favor de “las personas que acrediten insuficiencia de recursos tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos y términos establecidos en la Constitución Española y las leyes, que determinarán, asimismo, los supuestos en los que esta deba extenderse a personas en situaciones de especial vulnerabilidad y en otras situaciones reconocidas legalmente. La asistencia jurídica será siempre accesible universalmente para asegurar el cumplimiento del derecho de defensa (Cano Fernández, 2024) en igualdad de condiciones. Se tendrá en especial consideración la accesibilidad de las personas con discapacidad, particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”

No obstante, la Disposición Adicional Segunda, en la regulación de los Servicios de orientación jurídica organizados por los Colegios de la Abogacía, dispone como finalidad “prestar a las personas toda la información relativa a la prestación de la asistencia jurídica, y en particular a los requisitos para el acceso al sistema de asistencia jurídica gratuita, de manera accesible universalmente y teniendo en cuenta a las personas más desfavorecidas de la sociedad”, con la correlativa obligación hacia los poderes públicos —apartado segundo— de promover y apoyar “los servicios creados por los colegios de la abogacía, en especial cuando los mismos tengan por objeto la atención a los colectivos en situación de vulnerabilidad, entre otros, mujeres víctimas de violencia de género, menores de edad, personas con discapacidad, personas de la tercera edad, extranjeros, o personas sin recursos económicos o privadas de libertad”.

4.1. LEGALIDAD VS. DISCRECIONALIDAD

Conjugar, sin exceder la norma, en una “alquimística” interpretación y aplicación de la ley, su tenor y las particularidades de los vulnerables, desde la debida proporcionalidad a

las circunstancias, posibilidades y engarce procedimental, es la nueva química del proceso adaptado o a medida, de la que ha de responsabilizarse, fundamentalmente, a los titulares del órgano jurisdiccional. La extensión y dimensión de las adaptaciones, modificaciones e interpretaciones de derechos procesales fundamentales, garantías procesales básicas y la regulación procedimental, será una nueva labor, que la incorporación de esta novel categoría jurídica de la vulnerabilidad va a requerir en el concreto ámbito del derecho procesal de cara a garantizar un pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Confluyen dos circunstancias jurídico-procesales, una de vieja raigambre, la incuestionable protección jurisdiccional de derechos. Otra, de reciente irrupción, los vulnerables como categoría jurídica. Siento la primera, la actividad jurisdiccional de tutela de derechos la que debe aplicarse a la segunda —los vulnerables—, partiendo de los espacios de vulnerabilidad que hemos tratado de definir y que identifican a quienes pueden ostentar tal condición. Los vulnerables, en un estadio jurídico preprocesal, ven reconocidos una serie de derechos, en general o por su propia condición de vulnerabilidad, que han de ver tutelados por los órganos jurisdiccionales, siendo el proceso el canal a través del cual invocarlos y con la consideración de persona o colectivo desfavorecido, en desventaja y desigualdad que precisa de una atención jurídica singular y especial, incluso produciéndose la circunstancia de que en algunos pueden concurrir hasta más de un espacio de vulnerabilidad. La “pluri-vulnerabilidad” vendría encarnada por ostentar más de una condición catalogada como de vulnerabilidad, como puede ser la de pertenecer a una minoría étnica o social, ser menor de edad y tener algún tipo de discapacidad.

Posiblemente uno de los ejemplos que mejor ilustran el binomio legalidad-discrecionalidad en la conformación del proceso adaptado o a medida, en este caso en el ámbito procesal civil, es el art. 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Consecuencia originariamente de la Ley 8/2021, y con una posterior modificación en virtud del Real Decreto-ley 6/2023, dicho precepto plantea de forma clara y directa los ajustes procesales para personas con discapacidad y personas mayores —según el propio art. 7 bis 1 LEC (Sánchez Ballesteros y Pérez Gutiérrez, 2025: 12), a estos efectos las personas con una edad de sesenta y cinco años o más—, ambos colectivos de personas vulnerables, y para los cuales prevé que “se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. En el caso de las personas mayores dichos ajustes de producirán bien a instancia de parte o de oficio en los casos de personas con edad superior a ochenta años. Sin olvidar, la posibilidad incluso de la necesaria adaptación en los entornos de la nueva justicia extrajudicial (Catalán Chamorro, 2024), por ejemplo, con la observancia del requisito de procedibilidad inexcusable para el acceso a la justicia civil de acuerdo con los nuevos postulados de la Ley Orgánica 1/2025. En el supuesto de las personas con discapacidad, a petición de cualquiera de las partes, del Ministerio Fiscal o de oficio por el propio tribunal.

La primera adaptación, invirtiendo el orden que establece el contenido del art. 7 bis LEC, es, a nuestro entender la que contiene en último lugar (apartado tercero), determinando una tramitación preferente de los procedimientos (declarativos o ejecutivos) en los

cuales alguna de las partes interesadas sea una persona con una edad de ochenta años o más.

Adaptaciones, además, que acordará el órgano jurisdiccional recurriendo, en ese punto, a la aplicación de los principios de proporcionalidad y flexibilidad para determinar su concreto alcance en cada caso y proceso, pudiendo llevarse a cabo en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación, y podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. De este modo, el apartado segundo del precitado art. 7 bis LEC, confiere a estos dos espacios de vulnerabilidad (discapacidad y personas mayores) el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación, lo que implicará procesalmente tanto una obligación de medios —poner a su disposición todos aquellos recursos, materiales y personales, que sean adecuados para este fin— como de fines —conseguir que su desventaja o desigualdad inicial al acceder al proceso se vea reducida y eliminada en todo lo posible—. Para ello, el precepto dispone:

- a) Todas las comunicaciones, orales o escritas, dirigidas a personas con discapacidad, con una edad de ochenta o más años, y a personas mayores que lo hubieran solicitado se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.
- b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.
- c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.
- d) La persona con discapacidad y las personas mayores podrán estar acompañadas de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios”.

Es este precepto, entre otros, una muestra palpable de que el acceso a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso justo, pasan en un futuro inmediato por la adaptación procesal en favor de los vulnerables (Arangüena Fanego, 2022), asegurando que puedan alcanzar la igualdad de parte y desenvolver sus actuaciones procesales, entre ellas la importante que garantiza el principio de contradicción, sin ninguna desventaja o limitación, evitando la indefensión o una merma en la obtención de una tutela judicial verdaderamente efectiva.

4.2. FLEXIBILIDAD

El proceso adaptado que puede ser conveniente para una adecuada tutela judicial efectiva de las personas que se encuentran en espacios de vulnerabilidad va a venir gestionado desde la virtuosidad jurisdiccional en situar en su justo término los principios de legalidad y discrecionalidad, antagónicos per se, mediante la aplicación de la flexibilidad procedimental (Schumann Barragán, 2022a) y el principio de proporcionalidad. Parámetros,

ambos, que habilitan adaptaciones, con o sin cobertura normativa, y acuerdos (Schumann Barragán, 2022) y negocios (Costa e Silva, 2021) procesales a medida del vulnerable, siempre desde el insustituible requisito de la jurisdiccionalidad. En ningún caso podríamos derivar a un proceso absolutamente convencional, entendido como tal, el pactado en su estructura y procedimiento entre el órgano jurisdiccional y las partes o decidido discrecionalmente por el juez (Bujosa Vadell: 2025, 89) y que ha servido para diferenciar el proceso del arbitraje, precisamente por el carácter paccionado y de intensa observancia del principio de autonomía de la voluntad en la configuración de cada uno de ambos métodos heterocompositivos de resolución de litigios.

Bien es cierto que, incluso, podemos dirimir la tesis de que lo conveniente pueda ser un proceso con adaptaciones, más particularizado y a medida para cada caso y colectivo de vulnerabilidad o bien, un marco procesal general que contemple un proceso judicial específico si intervienen en él personas vulnerables. Es, la primera de las referencias, la que se viene denominando con carácter generalista como *case management*, sintetizada en la discrecionalidad judicial en la conformación concreta del proceso. Dada la diversidad de situaciones, parece más conveniente, y con el apoyo y recurso a la flexibilidad, la primera de las opciones mencionadas. No todos los vulnerables son asimismo iguales (unos los son en todo caso, otros sólo en determinadas circunstancias; unos lo pueden ser de forma permanente y otros circunstancial o temporalmente), no todas las materias son equiparables, no todos los tipos de procesos y procedimientos son homogéneos. Emerge, entonces, como resaltamos, la flexibilidad que ya encuentra eco, desde 2004, en el *soft law*. Con proyección global al ser integrada en el principio 14 de ALI/UNIDROIT del Proceso Civil, bajo la intitulación de “Responsabilidad del tribunal por la conducción del procedimiento”, instando a que el órgano jurisdiccional ejerza “su libertad de criterio para lograr la solución del litigio de manera justa, eficiente y con rapidez razonable”. Y, desde un entorno geográfico regional como son las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil, asignando a la responsabilidad del órgano jurisdiccional la gestión e impulso del proceso de forma activa y eficaz, incorporando el segundo concepto clave que abordaremos seguidamente: la proporcionalidad.

Una flexibilidad que puede imbricarse desde la legalidad procesal, cuando encontramos normas dispositivas, en el articulado de la ley, que ofrecen soluciones u opciones, ya sea de forma expresa o tácita. Es el caso, por ejemplo, de las previsiones en el proceso civil para la elección de la competencia territorial a través de la sumisión (art. 54 LEC) y que, en relación con la protección de vulnerables (como parte débil en una contratación y para favorecer la igualdad), veda la sumisión expresa en los contratos de adhesión o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios. Pero también una flexibilidad procesal, con un mayor grado de discrecionalidad, que puede articularse con la configuración de los que se denominan como negocios procesales, tendencia innovadora, que lleva al terreno procesal la aplicación de uno de los axiomas estructurales del derecho privado como es la autonomía de la voluntad de las partes y que daría lugar a acuerdos (o contratos) entre las partes procesales respecto del proceso (Bujosa Vadell: 2025, 103). Recurriendo al derecho comparado, en-

contramos el art. 190 del *Código de Processo Civil* brasileño que contempla como lícita, en procesos sobre derechos disponibles, la estipulación de modificaciones en el procedimiento para adaptarlo a las especificidades de la causa, así como los acuerdos sobre sus cargas, poderes, facultades y deberes procesales, antes o durante el proceso. Quedaría, en último término, el requisito de jurisdiccionalidad para dar plena validez al negocio procesal inter partes, ya de oficio o a instancia de estas, deberá aprobar y ratificar su contenido y extensión, solo pudiendo rechazarlos, en el caso invocado como ejemplo, si aprecia nulidad o inclusión abusiva en contratos de adhesión o cuando alguna de las partes se encuentre en una manifiesta situación de vulnerabilidad, interpretando en nuestra opinión, esta última secuela que directamente se vincula a los vulnerables, cuando el negocio procesal, generado desde la debida asistencia letrada, pueda empeorar la desventaja o desigualdad que de partida ostentaba el vulnerable.

La flexibilidad, como herramienta de adaptación procesal hacia los vulnerables, conlleva matizar el principio de legalidad desde una teórica legalidad procesal formal hacia una verdadera legalidad procesal material entre las partes, en atención a dotar a aquellos que acuden en desventaja a invocar el derecho a la tutela judicial efectiva de una eficacia reforzada en sus derechos y garantías procesales, para que el trámite formalista del dictado estricto de la norma se pueda ver adaptado (proporcionalmente) a aquellos hitos procesales y procedimentales que lo requieran desde las circunstancias de los espacios de vulnerabilidad. En este sentido, por ejemplo, y en relación con una de las flamantes reformas procesales, la reciente Ley Orgánica 1/2025, de medidas de eficiencia del Sector Público de Justicia: ¿favorecen a los espacios de vulnerabilidad la instauración del requisito de procedibilidad de intentar un medio adecuado de solución de conflictos con carácter previo a la presentación de la demanda? Esta legalidad procesal formal no puede condicionar, dilatar o coartar en algunos supuestos, la efectividad de los derechos de los vulnerables que, pueden verse urgidos por una imprescindible resolución jurisdiccional que los reconozca de forma temporalmente veloz y diligente, de la que se podrían apartar en una interpretación flexible de la norma desde la legalidad procesal material.

En definitiva, puede darse carta de naturaleza a la flexibilidad, como bisagra entre el principio de legalidad procesal y la discrecionalidad, a través tanto de adaptaciones legalmente contempladas para los espacios de vulnerabilidad (sirvan los ejemplos citados de los artículos 7 bis y 54 LEC) o bien desde el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, con la verificación jurisdiccional, mediante adaptaciones pactadas por la vía de acuerdos, contratos y negocios procesales.

4.3. PROPORCIONALIDAD

El contrapeso que se engarza a la flexibilidad procesal, como hilo que teje el binomio previo entre legalidad y discrecionalidad, es la observancia del principio de proporcionalidad, segundo elemento que tiene ya reconocimiento, siguiendo el patrón ofrecido por las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil en su artículo 5, en cuanto a determinar que un procedimiento se conduce de acuerdo a este axioma desde la valoración por el órgano

jurisdiccional de la naturaleza, importancia y complejidad del asunto, así como el necesario cumplimiento de su propio deber de gestión procesal y, en general, el interés en una buena administración de justicia. Además de expresa validación a nivel interno por parte de nuestro Tribunal Constitucional desde la ilustrativa y referencial Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre.

Por consiguiente, la colación de personas y colectivos vulnerables en el proceso va a verse directamente favorecida por el principio de proporcionalidad que en derecho procesal (Ortega Benito, 1991 y Pedraz Penalva, 1990) requiere que medidas y decisiones judiciales sean adecuadas, necesarias y equilibradas en relación con el fin que se persigue y en consonancia con los derechos fundamentales, y por tanto, brindando un proceso a medida o adaptado que posibilita una tutela judicial efectiva a estos espacios de vulnerabilidad.

Las adaptaciones procesales que el órgano jurisdiccional disponga para proteger a los vulnerables, para eliminar su desventaja o desigualdad, se guiarán, en primer lugar, por un objetivo de adecuación, buscando la idoneidad de la modificación procesal o procedimental para alcanzar el fin de integrar la participación y defensa de los derechos del vulnerable de la manera más eficaz y eficiente posible. En segundo lugar, harán gala de un elemento de necesidad, siendo la medida menos restrictiva de derechos y expectativas que consiga el objetivo de su integración procesal lo más plena posible al tiempo que no coarte o limite otros legítimos derechos o expectativas procesales del resto de partes o intervinientes. De fondo, flexibilidad y proporcionalidad como principios que modulan el binomio legalidad-discrecionalidad, deben atender a la finalidad última de ofrecer un proceso judicial justo y equilibrado dentro de las diferencias y situaciones particulares de cada uno de los intervinientes, sin que habiliten una adecuación extravagante, desmesurada o arbitraria. Una buena piedra de toque, ejemplificativa, puede ser en relación con la adopción de medidas cautelares, ya sea en el ámbito civil o penal, ya sea con los vulnerables como parte activa o pasiva, delimitando la proporcionalidad en su adopción a las circunstancias específicas del vulnerable, por ejemplo, en casos de espacios de vulnerabilidad económico-financiera en relación con las cuantías que se puedan fijar en concepto de fianza.

En este sentido han de invocarse, entonces, los requisitos extrínsecos e intrínsecos que requiere la aplicación del principio de proporcionalidad, formulados por González-Cuellar Serrano (1998, 1997). Los primeros vendrían encarnados por la jurisdiccionalidad -siendo los órganos judiciales los únicos que pueden proceder a dichas adaptaciones y en cuanto, incluso, puedan generar afectación de derechos fundamentales- y la motivación -imprescindible relato explícito del órgano judicial que argumente la adaptación procesal realizada, sus fines y fundamentos-. Respecto de los requisitos intrínsecos, el autor hace referencia a la idoneidad (referida a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la adaptación, la proscripción de la desviación de poder y a la adecuación del ámbito subjetivo de aplicación -elemento este último de vital importancia en el caso que nos ocupa-), la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Haciendo mención únicamente, por evidentes razones temáticas, al requisito intrínseco de la idoneidad en relación a la adecuación del ámbito subjetivo de aplicación, es innegable su pertinencia cuando se trata de personas o colectivos vulnerables en el proceso, la base

de la aplicación jurisdiccional del principio de proporcionalidad estriba en el éxito de la adaptación cursada en relación con los sujetos hacia los que se dirige, para la consecución, en el caso de los vulnerables, de actos procesales que reduzcan o eliminen su desventaja o desigualdad y les aproximen la tutela efectiva de sus derechos sin que ello conlleve una dimensión limitativa o perjudicial de las expectativas y derechos de las demás partes o intervinientes en el proceso.

5. CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL PROCESAL PARA LOS VULNERABLES

De suma importancia ha de ser también el acople institucional que desde el proceso se pueda ofrecer en la intervención de los vulnerables. Es decir, junto a posibles previsiones normativas que ajusten el proceso y sus actuaciones a las condiciones y circunstancias de los diferentes espacios de vulnerabilidad. Sumando a ello la discrecionalidad jurisdiccional en la aplicación de la normativa procesal, desde el esmerado empleo de los principios de flexibilidad y proporcionalidad antedichos. Queda una última pieza, no menos relevante, por encajar para ofrecer un abanico de opciones acordes a las necesidades del vulnerable en la obtención de tutela judicial efectiva y una idónea protección de sus derechos. Esa pieza es de carácter institucional y doble vertiente: actuaciones materiales que acondicionen dependencias procesales a medida de las necesidades de los vulnerables o la implantación de figuras cuya actividad tienda a asistir y facilitar su actividad ante los órganos jurisdiccionales (facilitador) e, incluso, representar (como defensor) al vulnerable en el proceso.

No debe, por tanto, descuidarse la conveniencia de una configuración procesal institucional para los espacios de vulnerabilidad: organizando y poniendo en funcionamiento dotaciones estructurales que atiendan las necesidades y potencien la adecuada participación procesal del vulnerable en el proceso de cara a una mayor garantía de sus derechos, y que además sean sensibles a las especificidades propias de cada espacio de vulnerabilidad como expertos profesionales con formación integral y transversal que atienda apropiada y convenientemente a personas y colectivos susceptibles de ubicarse en dichos espacios. Este apoyo institucional y profesional es un refuerzo de gran magnitud de cara no solo a la protección del vulnerable sino también a la coordinación con la actividad de los órganos jurisdiccionales y resto de actores e intervinientes en el proceso (Ministerio Fiscal, LAJ, partes y sus letrados) de cara a ofrecer una mejor atención a sus necesidades con una respuesta eficaz y eficiente.

Dedicando dos subapartados seguidamente a esta última vertiente, cabe apuntar respecto de la primera, más ligada a la dotación y ubicación de elementos materiales en favor de los vulnerables en el proceso, que pudiera resultar de sumo interés acondicionar salas de audiencias específicas en las sedes judiciales para determinados espacios de vulnerabilidad, sea por cuestiones de accesibilidad, intimidación, familiaridad o protección, incluso con acceso restringido y con la presencia de facilitadores especializados en cada tipo de vulnerabili-

dad que puedan acompañar, instruir o comunicar y trasladar de manera entendible según sus circunstancias la concreta actuación procesal que se va a desarrollar.

5.1. EL FACILITADOR: EL ALIADO INSTITUCIONAL DE LOS VULNERABLES

Con previsión específica en el art. 7 bis 2 c) LEC -y por tanto, en virtud de la supletoriedad de la norma procesal civil, extensible a todos los órdenes jurisdiccionales-, se permitirá la participación en el proceso de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. Respaldo normativo que también encuentra, entre otras referencias legales: el art. 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, los arts. 2 y 21 del Real Decreto 193/2023. de condiciones básicas de accesibilidad de bienes y servicios, o, a nivel autonómico, el Decreto 52/2024, de 8 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal experto facilitador para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la Comunidad de Madrid. Es esta última norma la que nos aporta una definición legal reciente de la figura, en su art. 3, estableciendo que se considera personal experto facilitador al “profesional experto que trabaja, según sea necesario, con el personal de justicia y con las personas con discapacidad para asegurar una comunicación eficaz en los procedimientos judiciales. Apoya a las personas con discapacidad para que comprendan y tomen decisiones informadas, asegurándose de que todo el proceso se explique a través de un lenguaje comprensible y de que se le proporcionen los ajustes y apoyos adecuados”. Profesional que habrá de acreditar unos requisitos formativos que fijará la correspondiente norma.

Figura institucional procesal, la del facilitador (Ariza Colmenarejo, 2023: 13), que puede extenderse, según las circunstancias concurrentes, a otros colectivos y personas en situación de vulnerabilidad, no en vano, la razón de ser del facilitador procesal es la de un profesional que trata de acomodar y adaptar el acceso y desenvolvimiento en la justicia de personas con discapacidad, en su encaje del art. 7 bis LEC, pero que bien puede asumir idéntica función y finalidad a otras personas y con otras necesidades de adaptación. Su misión es asistencial y de cara a que puedan comprender y ejercer derechos en el ámbito de un proceso, mediante una comunicación efectiva y adecuada con los apoyos necesarios. El resultado de la labor profesional e institucional del facilitador redunda en una mejor y mayor comprensión del proceso judicial para el vulnerable, de su materia, actuaciones, procedimiento, términos legales y procesales, consecuencias y vías para la protección de sus derechos.

Asimismo, el facilitador sirve de enlace comunicativo claro y eficaz entre el vulnerable y otros actuantes en el proceso, colaborando directamente con profesionales jurídicos (titulares del órgano jurisdiccional, fiscalía o letrados) o intervinientes (partes, peritos, testigos) y contribuyendo al desarrollo de un proceso judicial accesible y justo para todas las personas y colectivos. A buen seguro uno de los apoyos que puede prestar, desde su habilidad profesional, con una mayor dimensión procesal es la que trata de asegurar la participación plena del vulnerable, ofreciendo la oportunidad de que pueda participar activamente en el

proceso, expresando su posición y garantizando un derecho a ser escuchado y a alegar en plenitud -acorde a sus circunstancias- así como a poder decidir de manera informada no verse discriminado o relegado en desventaja por la situación y espacio de vulnerabilidad en que se encuentra.

El facilitador ha de ser el gran aliado procesal, encontrándose aún en vías de desarrollo y perfeccionamiento de esta figura aún “inacabada” (Calaza López, 2024), no solo del vulnerable sino también del titular del órgano jurisdiccional identificando necesidades de apoyo para que, desde el juzgado o tribunal, en aplicación de los principios de flexibilidad y proporcionalidad, puedan acordarse aquellos ajustes necesarios para garantizar la plenitud y eficacia de su derecho de acceso a la justicia. Su actuación, en todo caso, ha de guiarse por la neutralidad -no deben opinar o decidir por el vulnerable, ni representarle o sustituirle- y la función netamente asistencial -no ejercen el consejo jurídico ni las funciones de asistencia letrada-. Como principios generales informadores de su actuación, tal y como determina el art. 6 del Decreto 52/2024, de 8 de mayo, por el que se regula la figura del personal experto facilitador en la Comunidad de Madrid, pueden indicarse:

- a) Principio de necesidad de actuación y proporcionalidad: la intervención de los facilitadores en los procedimientos judiciales se facilitará cuando se compruebe la necesidad de realizar adaptaciones y ajustes en los mismos para garantizar la participación efectiva de la persona con discapacidad, y las adaptaciones y ajustes que se propongan serán congruentes con esta necesidad.
- b) Principio de neutralidad: la persona facilitadora es imparcial no tiene otro interés en el proceso que ofrecer los apoyos necesarios que permitan a la persona con discapacidad participar plenamente en el mismo.
- c) Principio de asistencia personalizada: los ajustes en general, y en particular los relacionados con el lenguaje y la comunicación se adaptarán a las necesidades y a la forma de comunicarse de cada persona.
- d) Principio de confidencialidad: el personal experto que actúe como facilitador deberá respetar la confidencialidad de toda la información que conozca en relación con el proceso y la persona a la que presta su asistencia.

Su ámbito de actuación, siguiendo también en este punto la orientación del art. 7 del Decreto autonómico de la CCAA de Madrid, se vincula a:

- a) informar de forma fundamentada y por escrito al órgano judicial que conozca sobre un asunto en el que participe una persona con discapacidad y a los diferentes operadores jurídicos que intervengan en el mismo, sobre los apoyos y ajustes necesarios para que esta pueda participar y ejercer plenamente sus derechos en el proceso judicial.
- b) dar una explicación adaptada de todo el procedimiento judicial y de cada una de las intervenciones que realice a la persona con discapacidad; hasta la finalización del procedimiento judicial. En este sentido el facilitador acompañará a la persona cuando fuere necesario.

5.2. EL DEFENSOR DEL VULNERABLE

En muchas de las cuestiones procesales, la especialización de las actuaciones, o de sus intervinientes, pueden ser clave para dar una adecuada respuesta a las necesidades de las partes. Es, también, el caso de los vulnerables y los espacios de vulnerabilidad. Y no sólo, como hemos ido desgranando en el presente estudio sino también a nivel institucional, con figuras profesionales cuya participación en el proceso pueda resultar particularmente asistencial y óptima para paliar la situación de desventaja o desigualdad de las personas o colectivos vulnerables. De ahí que, desde la proyección que pueda trasladarse de la figura del defensor judicial, prevista en la normativa procesal española (Código Civil, Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria y Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica) para dotar tanto a los menores como a las personas con discapacidad de un mecanismo de defensa de sus derechos e intereses, un avance más generalista e integrador de todos los espacios de vulnerabilidad podría conllevar su ampliación, en funciones y participación procesal, a otras personas y grupos vulnerables. Incluso hasta el punto de configurarla en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil como una figura pública e institucional que intervendría en defensa de los derechos de las personas en situación de vulnerables que, incluso, pueda asumir la defensa su defensa colectiva mediante una legitimación conferida *ex lege*, de similar corte a las previstas en los casos de los arts. 13 y 13 bis LEC.

Proponemos dar un paso más, adelante, respecto a la actual configuración del defensor judicial para el caso de las personas con discapacidad y que además de una función de representación del vulnerable, pueda intervenir, bien por expresa consideración legal o por designación judicial (discrecionalidad desde la flexibilidad y la proporcionalidad) para asumir la defensa jurídica en el proceso de determinados vulnerables, nombrándose, por previsión legal o bien a través de un expediente de jurisdicción voluntaria -si lo solicita el vulnerable- o por asignación del juez al vulnerable cuando comparece en el proceso. Podría llegar a ostentar, entonces, no solo funciones de apoyo, asistencia y representación del vulnerable -o de un colectivo de personas vulnerables- sino verdaderas funciones de defensa y tutela judicial de los derechos e intereses.

Sería propuesto y nombrado para cada asunto determinado, de acuerdo con las previsiones legales y las específicamente delimitadas por la autoridad judicial y debiendo actuar estrictamente dentro de dichas facultades y posibilidades efectivamente atribuidas para ese caso, sin que suponga que pueda ostentar o ejercer una representación general y pro futuro del vulnerable. Podría ser referencia indicativa del procedimiento de nombramiento y habilitación del defensor del vulnerable, las actuales previsiones de los arts. 27 a 29 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, donde se contempla que el expediente de jurisdicción voluntaria lo resuelve el Letrado de la Administración de Justicia del juzgado de primera instancia que corresponda al domicilio o residencia del vulnerable, o bien el del juzgado que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento del defensor del vulnerable. Dicho procedimiento no precisaría postulación y se podría iniciar de oficio, a petición del Ministerio Fiscal o por iniciativa del propio vulnerable o persona que actúe en su

interés. Cesaría un su función y actividad a la conclusión del proceso judicial para el cual es designado, rindiendo cuenta ante el juzgado de su actividad y presentando el oportuno informe, pudiendo incluso, por analogía con lo previsto para el defensor judicial, ejercitarse las acciones correspondientes por responsabilidades en caso de actuación negligente o perjudicial para los intereses y derechos del vulnerable en el proceso.

6. LÍMITES DE LA ADAPTACIÓN PROCESAL A LOS ESPACIOS DE VULNERABILIDAD ¿ES SOSTENIBLE UNA JUSTICIA A MEDIDA DE LOS VULNERABLES?

Una breve reflexión final que puede servir de contrapunto a todo lo expuesto con anterioridad: ¿hay límites? La adaptación procesal en favor de los vulnerables: ¿es incondicional y preeminente? La respuesta, sin ambages, debe ser no. El proceso, por naturaleza, es bilateral desde el punto de vista de la intervención de partes contrapuestas (parte activa y parte pasiva) y uno de los principios inherentes al proceso es la igualdad, y la igualdad de armas. La consideración procesal de la categoría de vulnerables habilita su acceso a la justicia, precisamente, en condiciones de igualdad, adaptando el proceso desde su inicial desventaja o desigualdad, pero una vez consolidada esta circunstancia, ha de respetarse escrupulosamente esta igualdad entre partes, por cuanto la parte contraria ha de mantener también incólume su derecho a la tutela judicial efectiva no pudiendo verse este condicionado o menoscabado por una excesiva, y no justificada ni proporcional, protección procesal de los espacios de vulnerabilidad.

Una justicia sostenible, contemporánea y humana, puede ser una justicia en la cual dispongamos de un proceso judicial a medida del vulnerable, con la finalidad de equilibrar la desventaja que sus circunstancias o situación le comporta, pero ha de ser, también, una justicia sostenible para quienes han de dirimir litigios en un juzgado frente a una persona o colectivo vulnerable, en cuanto que la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente para todos los ciudadanos, sean o no vulnerables, y debe ser amparado para todos, sin que habilitar particularidades procesales en beneficio del vulnerable, para dotarle de un acceso adecuado y eficaz a la justicia, implique una justicia parcial en su favor, que nos acarrearía una justicia insostenible de todo punto.

NOTAS

1. Puede consultarse también Delgado Martín, 2019.
2. Del mismo autor, véase también González-Cuéllar Serrano, 1990.
3. Y no solo los derechos fundamentales del vulnerable, sino también de otros posibles intervinientes, o partes, en el proceso.
4. Del mismo autor, véase también García Molina, 2021.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldama Baquedano, Concepción (2021): “Acceso a la justicia y colectivos vulnerables”, *Revista General de Derecho Procesal*, 20, 794-801.
- Álvarez Alarcón, Arturo (2021): “La recepción de las 100 Reglas de Brasilia en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos”, en A. Álvarez Alarcón (dir.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 25-50.
- Álvarez de Neyra Kappler, Susana (coord.) (2020): *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*, Madrid: Editorial Reus.
- Arangüena Fanego, Coral (2022): “Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal”, *Revista Brasileña de Direito Processual Penal*, 8(3).
- Ariza Colmenarejo, María Jesús (2023): “La figura del facilitador y su rol en el proceso”, en S. López Calaza *et al.* (dirs.), *La discapacidad en la jurisdicción civil*, Madrid: Dykinson, 13-31.
- Armenta Déu, Teresa (2021): *Derivas de la justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, Madrid: Marcial Pons.
- Bernal Caputto, Diego José (2025): “El abogado en la asistencia jurídica gratuita; especial referencia a las personas en condición de vulnerabilidad”, en P. García Molina (coord.), *Acceso a la justicia y derecho de defensa de las personas vulnerables*, Madrid: Aranzadi, 221-242.
- Bujosa Vadell, Lorenzo (2025): “En torno a la flexibilización del proceso”, en C. Navarro Villanueva *et al.* (coords.), *De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Libro II: Proceso Civil. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas*, Barcelona: Atelier, 87-108.
- (2024) “Odio, minorías vulnerables y proceso”, en F. Bueno de Mata (dir.) e I. Yáñez García-Bernalt (coord.), *Aspectos victimológicos e investigación de los delitos de odio cometidos a través de internet*, Cizur Menor: Aranzadi, 27-50.
- Calaza López, Sonia (2024): “El facilitador procesal; retos de una institución inacabada”, *Revista General de Derecho Procesal*, 59, 1-.
- Cano Fernández, Sonia (2024): “El Derecho de Defensa de las personas en situación de vulnerabilidad”, *Revista Internacional Consinter de Direito*, DOI: 10.19135/revista.consinter.00018.21.
- Castillejo Manzanares, Raquel (2014): “Mediación con víctimas especialmente vulnerables”, *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*, 215, 38-43.
- Catalán Chamorro, María José (2024): “La nueva tutela judicial y extrajudicial de las personas mayores”, *Revista General de Derecho Procesal*, 63.
- Costa e Silva, Paula (2021): *Perturbaciones en el cumplimiento de los negocios procesales*, Madrid: Cívitas-Thomson Reuters.
- Delgado Martín, Joaquín (2019): *Guía comentada de las Reglas de Brasilia*, Programa Eurosocia, Madrid.
- Durán Silva, Carmen (2024): “La declaración de las víctimas vulnerables en el proceso penal: protección y garantías”, *Revista de Victimología*, 18, 163-190.
- Escaler Bascompte, Ramón (2025): “La menor protección de las personas vulnerables en los desahucios arbitrales”, *De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Libro II: Proceso Civil. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas*, Barcelona: Atelier, 253-271.
- Esplugues Mota, Carlos (2025): “Discapacidad y acceso a la justicia: el supuesto del arbitraje comercial internacional”, *Millenium DiPr*, 21.
- Esteve Pardo, José (2023): *El camino de la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Madrid: Marcial Pons.
- Fontestad Portalés, Leticia (2021): “La cooperación judicial internacional en materias que afectan a personas vulnerables en Iberoamérica y la Unión Europea”, en A. Álvarez Alarcón, *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 51-72.

García Molina, Pablo (2025): “Ajustes para operadores jurídicos en condición de vulnerabilidad”, en P. García Molina (coord.), *Acceso a la justicia y derecho de defensa de las personas vulnerables*, Valencia: Tirant lo Blanch, 171-220.

— (2021): “Asistencia legal y defensa pública de las personas en condición de vulnerabilidad”, en A. Álvarez Alarcón, *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 77-103.

García Odgers, Ramón (2020): *El case management en perspectiva comparada. Teoría, evolución histórica, modelos comparados y un caso en desarrollo*, Valencia: Tirant lo Blanch.

González Campo, Francisco de Asís (2022): “Acceso a la justicia por el vulnerable digital: la comprensibilidad”, en J. López Sánchez y J. Francisco Herrero Perezagua (dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil*, Barcelona: Atelier, 89-107.

González-Cuellar Serrano, Nicolás (1998): “El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 191-2015.

— (1990): *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex.

Huertas Martín, Isabel (2019): “La presunción de inocencia en procesos con víctimas especialmente vulnerables”, en M. Del Pozo Pérez y L. Bujosa Vadell (dirs.) y A. González Monje (coord.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas*, Cizur Menor: Aranzadi, 51-60.

Lafuente Torralba, Alberto (2022): “Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales”, en J. López Sánchez y J. Francisco Herrero Perezagua (dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil*, Barcelona: Atelier, 23-62.

Lifante Vidal, Isabel: (2002): “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 413-439.

Ortega Benito, Victoria (1991): *Principio de proporcionalidad y su aplicación judicial. Especial consideración de proceso penal*, Valladolid: Ediciones Universidad de Valladolid.

Pedraz Penalva, Ernesto (1990): *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid: Akal.

Roca Martínez, José María (2024): “Tutela jurisdiccional de los derechos de las personas y los grupos vulnerables en el proceso civil, penal y laboral”, en M.A. Presno Linera (coord.), *Protección jurídica de las personas y los grupos en situación de vulnerabilidad (parte general)*, Oviedo: Ediciones Universidad de Oviedo, 119-134.

Sánchez Ballesteros, Verónica y Dolores María Pérez Gutiérrez (2025): “La protección procesal de los colectivos vulnerables: el artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su impacto en personas mayores y con discapacidad”, *Revista General de Derecho Procesal*, 67, 1-58.

Schumann Barragán, Guillermo (2022): *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid: Marcial Pons.

— (2022a) “La gestión y la flexibilidad del procedimiento: ¿un proceso civil convergente con Europa?”, en F. Gascón Inchausti y P. Peiteado Mariscal (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil. Hacia un proceso civil convergente con Europa*, Barcelona: Atelier.

Soba Bracesco, Ignacio (2024): *Los acuerdos procesales. Su reconocimiento en el proceso jurisdiccional y los sistemas de justicia. Un estudio de Derecho comparado*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Villar Fuentes, Isabel (2019): “Maltrato a personas mayores ¿víctimas vulnerables “olvidadas” ?, en M. Del Pozo Pérez y L. Bujosa Vadell (dirs.) y A. González Monje (coord.), *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: una guía de buenas prácticas*, Cizur Menor: Aranzadi, 193-210.

— (2021): “El acceso a la justicia digital de los vulnerables”, en A. Álvarez Alarcón, *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 169-186.

PERSONAS VULNERABLES Y MEDIOS ADECUADOS
DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS*
VULNERABLE PEOPLE AND APPROPRIATE MEANS OF DISPUTE RESOLUTION

Juan F. Herrero Perezagua

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

Constituye una preocupación y un objetivo de nuestro ordenamiento reforzar la protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. También en los medios adecuados de solución de controversias (MASC) puede ser necesario ese reforzamiento para garantizar que el acuerdo es realmente el fruto de la voluntad querida. En el trabajo se analizan los distintos modos e instrumentos con los que se pretende dispensar la debida protección y sus carencias: exclusión de determinadas materias, procedimientos reglados, coste de las actuaciones, cargas y desincentivos, formación de los profesionales.

ABSTRACT

It is a concern and a purpose of our legal system to reinforce the protection of the rights of persons in a vulnerability situation. This reinforcement may also be necessary in ADR to ensure that the agreement is truly the result of the desired will. The paper analyzes the different ways and instruments used to provide due protection and their shortcomings: exclusion of certain matters, regulated procedures, cost of proceedings, burdens and disincentives, and professional training.

PALABRAS CLAVE

Personas en situación de vulnerabilidad, Medios adecuados de solución de controversias (MASC)

KEY WORDS

Persons in a vulnerability situation, *Appropriate means of dispute resolution* ADR.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.132>

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de los Proyectos «El proceso desigual: razón, diagnóstico y propuestas de intervención» (PID2022-139585OB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España), «Justicia sostenible en estado de mudanza global» (CIPROM 2023-64 GVA), financiado por la Generalitat Valenciana, y del Grupo de Investigación de Referencia «De lure» (S26_23R), financiado por el Gobierno de Aragón.

PERSONAS VULNERABLES Y MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Juan F. Herrero Perezagua

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Zaragoza

Sumario: 1. El proceso jurisdiccional como referencia. 2. Medios adecuados de solución de controversias y personas con discapacidad. 3. La especial atención a las controversias de consumo y vivienda: excepciones al presupuesto de procedibilidad y procedimientos reglados. 3.1. En materia de consumo. 3.2. En materia de vivienda. 4. La atención al coste del procedimiento extrajudicial. 5. Cargas y consecuencias gravosas para que la parte fuerte se avenga. 6. La idoneidad de los abogados y terceros neutrales que intervengan en el procedimiento negocial. Notas. Bibliografía.

1. EL PROCESO JURISDICCIONAL COMO REFERENCIA

En la regulación del proceso civil se observa una atención creciente al tratamiento que debe dispensarse a las personas en situación de vulnerabilidad. Esta tendencia obedece al propósito de que la tutela judicial que el proceso proporciona sea realmente efectiva, lo que puede hacer preciso, como condición necesaria, corregir el desequilibrio existente en la relación jurídico-material origen del conflicto que desencadena el proceso de modo que en este se desarrollen las actuaciones sin merma del principio de igualdad.

Restaurar en el proceso la igualdad ausente en la relación controvertida exige un reforzamiento de la protección a dispensar a la parte débil o desfavorecida¹ y requiere, asimismo y muy señaladamente, evitar que la propia sustanciación del proceso cause o incremente el desequilibrio. La articulación de esa protección reforzada se lleva a cabo, fundamentalmente, mediante dos tipos de medidas:

- 1ª) identificando a los sujetos —o, con mayor precisión, las categorías de sujetos— que, por su situación de vulnerabilidad, precisan de ese reforzamiento; esta identificación atiende, a su vez, a dos tipos de circunstancias que no tienen por qué ser excluyentes:
- a) al sector del tráfico jurídico en que nace o se despliega la relación jurídica, como es el caso del consumo, del transporte o de los contratos de financiación o como lo es, también, el de la vivienda, en el que se conjugan la concreta posición de las partes (arrendador, arrendatario, precarista, ocupante, acreedor y deudor hipotecarios) y el carácter de la vivienda (la vivienda habitual, la vivienda familiar);
 - b) a la situación personal del sujeto cuya vulnerabilidad o exposición a padecer un daño puede obedecer a razones económicas, a razones de edad, a razones atinentes a su capacidad y autonomía personal o a razones ligadas a haber sufrido una determinada lesión o estar sometido a un determinado riesgo;
- 2ª) introduciendo algunas adaptaciones en el proceso, lo cual, a su vez, cuenta con manifestaciones de distinto signo:
- a) la creación de procesos especiales; sirva como ejemplo el proceso para la exoneración del pasivo insatisfecho, es decir, el régimen de segunda oportunidad establecido en los arts. 486 a 532 TRLCon para el deudor honrado pero desafortunado (*honest but unfortunate debtor*) que por circunstancias que escapan a su control cae en una situación de insolvencia (sobreendeudamiento pasivo);
 - b) la incorporación de ciertos mecanismos encaminados a facilitar el acceso a los tribunales: es el caso del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, tanto para quienes carezcan de recursos económicos, como para aquellos otros cuya causa de vulnerabilidad es tomada en consideración para que puedan hacer valer su derecho cuando la materia objeto del proceso guarda una estrecha relación con esa causa (menores y personas con discapacidad, víctimas de determinados delitos, víctimas de accidentes con secuelas permanentes); facilita, asimismo, el acceso a la jurisdicción el otorgamiento de legitimación extraordinaria para el ejercicio de los derechos lesionados de los vulnerables que, de otro modo, podrían verse abocados a asumir el sacrificio de su derecho como un mal menor, lo cual se refuerza, en el caso de las acciones colectivas, mediante la extensión del ámbito subjetivo de la acción, un aspecto en el que es determinante el modelo que definitivamente incorpore la ley (el modelo *opt-out*, el de inclusión por defecto con posibilidad de desvinculación, favorece a los perjudicados, favorece la actuación del derecho y disuade del incumplimiento);
 - c) el establecimiento de determinadas reglas o especialidades en la regulación del desarrollo del proceso; así se advierte en la determinación del órgano competente (tanto por lo que respecta a las normas que disponen o propician la especialización de los juzgadores como a aquellas otras que, en referencia a la competencia internacional y a la competencia territorial, recogen fueros de ataque o de defensa en favor del litigante desfavorecido) y así se constata, igualmente,

en lo que atañe a la agilización del procedimiento —en aquellos casos en que se toma en consideración las circunstancias personales del litigante que lo colocan o pueden colocarlo en una situación de vulnerabilidad— para disponer la tramitación preferente, los señalamientos en horarios cómodos o facilitadores de las comparecencias o, en la cara inversa, las sanciones por dilaciones;

- d) la flexibilización en las decisiones que ha de incluir el juzgador en su resolución, sobre todo con la cada vez mayor invocación del principio de proporcionalidad, y en la que podemos entender integradas las referencias a conceptos indeterminados —como el interés del menor o la adaptación a las necesidades en función del grado y naturaleza de la discapacidad— o la utilización del pronunciamiento sobre costas como factor disuasorio.

El propósito que anima todos estos ajustes y adaptaciones en el proceso no es ajeno a los medios adecuados de solución de controversias, pues también en ellos puede ser necesario corregir la asimetría de las partes protagonistas de la contienda con el fin de que la negociación y el acuerdo que, eventualmente, alcancen respondan efectivamente a una voluntad común. Esta afirmación resulta válida con independencia de la posición que cada cual mantenga respecto a su encaje en el sistema de Justicia o como un elemento integrado en el régimen configurador del proceso. Para quienes entienden que estos medios son parte integrante del sistema de Justicia, la necesidad de atender a los eventuales desequilibrios del procedimiento negocial vendrá justificada al advertir que, de no ser así, primaríamos solo el resultado buscado y alcanzado, sin considerar la situación de desigualdad de origen y sin considerar el modo en que se haya desarrollado o pueda haberlo hecho el procedimiento negociador. Para quienes no nos inscribimos en esa idea de la Justicia integral comprensiva de los referidos medios y los observamos y asumimos —con independencia del juicio de oportunidad que nos merezcan— como presupuesto de procedibilidad del proceso —por haberlo dispuesto así el legislador— o cauce dirigido a su evitación, interesa que su cumplimiento esté libre de vicios para garantizar que tanto la actividad negociadora desarrollada como el resultado alcanzado no sean el fruto de la imposición de la parte fuerte sobre la débil, lo cual, a su vez, evitará una litigiosidad sobre la validez del acuerdo tanto en un eventual proceso de declaración con ese objeto como en un proceso de ejecución en que se haga valer el acuerdo formalizado como título ejecutivo.

Y si esto es así, habrá que convenir en la existencia de un riesgo: que el carácter obligatorio del intento de solución amistosa previa al proceso puede enmascarar cómo se ha formado la voluntad de las partes, no tanto en los medios configurados según el modelo reclamación-respuesta (consumo, cláusulas abusivas, transporte aéreo) como en los que se articulan conforme a un esquema verdaderamente negociador, sin descartar que también en los primeros puede reflejarse en el acuerdo el desequilibrio de la relación jurídico-material. A los factores psicológicos o de contexto que alimentan ese riesgo, hay que sumar uno que atañe al procedimiento mismo y al eventual proceso ulterior: el coste y las posibilidades de su recuperación o resarcimiento.

A cuanto antecede ha de sumarse una nueva reflexión a la que invita la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa (LODD) que, aunque caracterizada

por sus escasas aportaciones², sugiere, en la cuestión que nos ocupa, algunas consideraciones en la línea ya apuntada. La ley extiende el ámbito de ejercicio y las garantías de este derecho también a los medios adecuados de solución de controversias. El apartado séptimo de su art. 3 dispone que los principios establecidos en este artículo resultarán aplicables al derecho de defensa cuando se opte por someter una controversia a uno de tales medios³. En la categoría de los principios se encuadra el de igualdad, al que se refiere el apartado cuarto del mencionado art. 3; aunque referido estrictamente a la igualdad procesal, la ley lo vincula a los principios de seguridad jurídica y buen funcionamiento del servicio público de Justicia cuando la norma condicione el acceso a la jurisdicción al cumplimiento de plazos o requisitos de procedibilidad, por lo que, en definitiva, se ha de afirmar que cumplen la doble función de informar y preservar la efectividad del derecho de defensa o, en su formulación negativa, recogida también en el referido precepto, garantizando que en ningún caso tales requisitos puedan generar indefensión. La indefensión, como ha señalado el Tribunal Constitucional, «es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción e igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de las partes la posibilidad de alegar y acreditar su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales»⁴.

La extensión del derecho de defensa que lleva a cabo la ley y la concepción de la interdicción de la indefensión formulada por el Tribunal Constitucional conducen a entender y mantener que la prohibición de la indefensión se liga no solo con el proceso, sino con el conflicto objeto de él, en definitiva, con el objeto de la controversia cuya solución se haya de encauzar previamente por un procedimiento negocial. El derecho de defensa, por tanto, mira también —y antes por cuanto se impone una antesala al proceso— a los derechos cuya satisfacción o restablecimiento se quiere obtener de la otra parte y, por tanto, al modo en que esa satisfacción o restablecimiento disponen las normas que cabe obtener. En definitiva, si el derecho de defensa es instrumental respecto de los derechos cuya tutela se insta en el proceso, lo es también respecto de los derechos cuya satisfacción o restablecimiento se pretende a través de un procedimiento negocial previo.

Si a interdicción de la indefensión obliga en el proceso a la ley y al juzgador a la interpretación y la aplicación de las normas y realización de las actuaciones conforme a ese principio, fuera de él obliga también a los distintos agentes que participan en un medio adecuado de solución de controversias a que el resultado se alcance sin merma del derecho de defensa.

El art. 3.7 LODD, como ha habido ocasión de recordar, proclama la extensión del derecho a los medios adecuados de solución de controversias, pero no especifica cuál ha de ser su contenido en tales casos ni las diferencias con el proceso, lo que inevitablemente remite a su aplicación práctica y, cuando menos y a consecuencia de ello, a un período de incertidumbre por las previsibles interpretaciones diferentes o, como poco, no convergentes que solo el tiempo y la decantación de los criterios jurisprudenciales podrán ir reduciendo.

La pregunta que se impone es cómo se dispensa la debida protección en los medios adecuados de controversias a las personas en situación de vulnerabilidad, ya se entienda

que a través de ellos pueden articular y obtener la tutela de sus derechos, ya se entienda que el modo de hacerlo puede incidir en su derecho a la tutela judicial.

2. MEDIOS ADECUADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La regla general que establece el art. 5.1 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LOESPJ), condiciona la admisibilidad de la demanda, en el orden jurisdiccional civil, a que previamente se haya acudido algún medio adecuado de solución de controversias. Pero la regla tiene sus excepciones. Los apartados segundo y tercero del referido precepto contienen una relación de materias en que no se exigirá la actividad negociadora previa como presupuesto de procedibilidad, si bien hay una importante diferencia entre unas y otras: las citadas en el art. 5.2 LOESPJ tienen clausurado el acceso —y la derivación— a un medio negocial; las mencionadas en el art. 5.3 pueden, si así lo quieren las partes, ser sometidas a uno de tales medios para procurar una solución pactada que, de producirse, les vinculará, pero si la actividad negociadora no se hubiera propuesto ni intentado, eso no impedirá admitir la demanda en que se ejercite una acción sobre tales materias⁵.

No obstante, en relación con la cuestión que nos ocupa, hay otra distinción de mayor relevancia y es la que hace referencia al poder de disposición. Aunque otra cosa pudiera parecer, no existe un paralelismo absoluto con la distribución de materias que los apartados dos y tres del art. 5 llevan a cabo. Quedan extramuros de los medios adecuados de solución de controversias aquellos casos que escapan al ámbito de libre disposición: en estos supuestos, no es que la actividad negocial previa no sea exigible, es que no cabe, no es susceptible de producir efectos; en este grupo encajan las referencias a las medidas de protección de menores, a su internamiento por problemas de conducta, a la restitución o retorno en los supuestos de sustracción internacional, a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad⁶ y a las relaciones paterno-filiales. Es, por tanto, la naturaleza no disponible del objeto lo que determina la exclusión.

Pero la atención que el ordenamiento ha de prestar a la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad para garantizar la debida tutela de sus derechos no debe quedar limitada a los procesos y procedimientos de provisión de apoyos. Bien puede suceder que deseen formular una reclamación frente a otro sujeto o que la reclamación se dirija frente a ellos; en tales casos, la reclamación judicial habrá necesariamente de ir precedida del intento de alcanzar una solución pactada, puesto que su discapacidad no comporta una privación de capacidad y no hay norma que excepcione la exigencia del presupuesto de procedibilidad ni establezca especialidad alguna a este respecto, con una salvedad: esta se encuentra en el art. 139.2.1º LJV que prescribe la inadmisión a trámite de las peticiones de conciliación que se formulen en relación con los juicios en que estén interesadas las personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. La norma es cuestionable desde varios ángulos: 1º) los apoyos establecidos bien pueden

proporcionar la ayuda necesaria para el adecuado desenvolvimiento del acto de conciliación y su conclusión con la avenencia de las partes y evitar así el proceso con sus cargas económicas, temporales y emocionales; 2º) respecto de la conciliación ante el notario o ante el registrador, no se dispone su improcedencia por razón de que una de las partes sea una persona con discapacidad provista de apoyos (arts. 83 LN y 103 bis LH); 3º) tampoco se excluye la procedencia de otros medios adecuados de solución de controversias, entre ellos aquellos que se desarrollan sin intervención de un tercero neutral, lo que no deja de resultar paradójico si se repara en que la actuación de un funcionario cualificado, como es el letrado de la Administración de Justicia, puede ofrecer un plus de garantía del procedimiento⁷; 4º) la regulación del art. 139 LJV partía de la voluntariedad de la conciliación, lo que lleva a cuestionar la vigencia de lo dispuesto en el inciso comentado al haber pasado a ser obligatorio, con carácter general, intentar una solución pactada antes de presentar la demanda a través de cualesquiera de los medios enumerados en la LOESPJ.

Incurriría en un apriorismo sostener que la vía negocial se muestra indudablemente como un cauce de solución de controversias más beneficioso para las personas con discapacidad e incurriría en igual reproche la afirmación contraria, es decir, la que sostuviera con igual carácter absoluto que la exigencia de una actividad negociadora previa al proceso entorpece o dificulta la tutela de estas personas precisamente por razón de su discapacidad. Lo que en todo caso debería haber recogido la ley —como apunta García-Rostán (2025B: 43)— es la extensión de las adaptaciones que los art. 7 bis LEC y 7 bis LJV establecen para los procesos y los procedimientos de jurisdicción voluntaria en que participen personas con discapacidad —utilización de un lenguaje claro, asistencia para que pueda hacerse entender, acompañamiento de una persona de su elección y, muy señaladamente, participación de un facilitador—, ajustes por cuyo cumplimiento debería velar el tercero neutral y los abogados que participen en la negociación. Y lo que podría haber añadido la ley es la limitación de algunos medios o la sujeción de su procedencia a la concurrencia de determinados requisitos: por ejemplo, en el caso de una oferta vinculante confidencial, un medio en el que no interviene un tercero neutral, podría establecerse que, conocido por quien la formule que el destinatario es una persona provista de apoyos, habrá de expresar la oferta, o reformularla, en un lenguaje comprensible y podría disponerse, igualmente, una ampliación de los plazos para su aceptación o decaimiento, a lo que habría que añadir las consecuencias anudadas a la inobservancia de estos requisitos (como no tener por intentado el acuerdo o, en su caso, un pronunciamiento desfavorable en costas).

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la persona provista de apoyos puede contar con un curador que ejerza funciones de representación (art. 287 CC) o con un guardador de hecho —figura por la que la ley muestra su preferencia— que también puede tener facultades representativas, en cuyo caso habrá que estar a lo que establece el art. 263 CC. En ambos supuestos, y partiendo de que la actividad negociadora para la solución de la controversia puede comportar la realización de actos de disposición o la prestación de consentimiento para ellos, se necesitará la autorización judicial (arts. 264 y 287 CC) que deberá ser precisa en cuanto al alcance de los actos a realizar⁸ y que habrá de seguir el procedimiento que regulan los arts. 61 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Aunque

nada dice la LOESPJ a este respecto, estimo que la autorización es necesaria para llevar a cabo la actividad negociadora y no solo para la conclusión del acuerdo o para su realización o su elevación a escritura pública. Es en la negociación en la que se ponderan los pros y los contras, en su caso las recíprocas concesiones, las quitas, los aplazamientos, las contraprestaciones de otra naturaleza, circunstancias todas ellas determinantes de la voluntad que se quiere encaminada al acuerdo, pero que puede igualmente abocar a la falta de acuerdo; y esta última hipótesis también es relevante con las miras puestas en el proceso. No debemos olvidar que en el proceso judicial que se siga con el mismo objeto que el de la previa actividad negociadora intentada sin acuerdo, tal y como dispone el art. 7.4 LOESPJ, el tribunal tomará en consideración la colaboración de las partes respecto a la solución consensuada al pronunciarse sobre las costas o en su tasación.

Cuando sea la persona provista de apoyos quien se proponga demandar a la otra parte de la controversia, ineludiblemente habrá de intentar alcanzar una solución pactada a través de alguno de los medios establecidos en la ley, puesto que, de lo contrario, no se admitirá su demanda. Ahora bien, cuando sea ella frente a quien se dirija la reclamación, no cabe descartar que no atienda la solicitud y, posteriormente, cuando se formule la demanda, a fin de evitar las consecuencias desfavorables en costas por no haberla atendido, habrá de alegar justa causa por haber rehusado hacerlo (como, por ejemplo, la imposibilidad o las dificultades para desplazarse al lugar de la negociación).

Los ajustes que recoge el art. 7 bis LEC se extienden, por virtud de la reforma de 2023, a las personas de avanzada edad. Ciertamente, la vejez puede provocar la situación de vulnerabilidad; pero no necesariamente la provoca; dicho de otro modo: la edad no justifica, por sí misma, que con carácter automático —por rebasar determinados umbrales, medie o no, en su caso, instancia de parte— hayan de adoptarse ciertas medidas. Esto no es óbice a que, sin tal automatismo, pudiera haberse previsto que, atendidas las dificultades que puedan tener las personas por razón de su edad, fuera necesario incorporar algunas adaptaciones al procedimiento negocial con el fin de garantizar su desarrollo en condiciones de igualdad. Nada de esto, sin embargo, se prevé en la ley, lo que puede incidir negativamente en la protección de los derechos de esas personas y en la eficacia de los medios adecuados de solución de controversias, tanto por no contribuir a la evitación del proceso como a la generación de una litigiosidad basada en la desatención de las circunstancias señaladas que pudiera entenderse que vician el propio procedimiento y su resultado.

3. LA ESPECIAL ATENCIÓN A LAS CONTROVERSIAS DE CONSUMO Y VIVIENDA: EXCEPCIONES AL PRESUPUESTO DE PROCEDIBILIDAD Y PROCEDIMIENTOS REGLADOS

3.1. EN MATERIA DE CONSUMO

Los problemas advertidos en la litigación de consumo son los que han generado un mayor número de reformas e interpretaciones correctoras en aras de procurar en el proceso el

equilibrio ausente en la relación material. Esta preocupación constante se transmite al ámbito que nos ocupa en una doble dimensión: la de potenciar que se alcancen soluciones negociadas que satisfagan las legítimas pretensiones de los consumidores y la de disuadir que se produzcan y perpetúen conductas infractoras sancionando el uso abusivo del proceso.

Con carácter previo, conviene atender a las disposiciones legales por las que para algunos procesos no rige la regla general que erige en presupuesto de procedibilidad acudir a un medio adecuado de solución de controversias. Aunque tales procesos no son exclusivos de lo que podemos calificar como litigación de consumo, albergan con frecuencia conflictos que involucran a los consumidores. Es el caso del proceso monitorio europeo y del proceso europeo de escasa cuantía; uno y otro se integran en la relación contenida en el art. 5.3 LOESPJ de procesos y procedimientos en que no es preciso intentar una solución pactada antes de su incoación: nada impide que insten y acudan a un medio negocial, pero nada obsta a que, si no lo hacen y acuden directamente al proceso, su demanda sea admitida. La razón de que así se disponga para los dos casos mencionados no se encuentra en el carácter transfronterizo de la controversia⁹, sino en la imposibilidad de alterar el diseño de un proceso de cuño europeo, igual para todos los Estados, por una norma interna, como sería la que eventualmente exigiera el reseñado intento previo de arreglo amistoso.

Tal apreciación obvia preguntarse acerca de si hay alguna otra razón que aconseje la exclusión. Pero la pregunta no puede soslayarse en el caso del monitorio interno, más aún cuando el legislador ha excluido el juicio cambiario que también participa de la técnica monitoria. Si se aborda aquí esta cuestión es porque en un buen número de casos el requerimiento de pago que se lleva a cabo en el proceso monitorio tiene como destinatario un consumidor, lo que nos lleva a preguntarnos si la protección reforzada que merece se articula en la debida forma exigiendo una actividad negociadora con carácter previo o en un momento posterior. Conviene, para ello, tener presentes algunas premisas¹⁰:

- 1ª) en el proceso monitorio no hay una actividad negocial ni un intento de llegar a un acuerdo, sino un requerimiento de pago;
- 2ª) si no hay oposición, no hay negociación ni tampoco enjuiciamiento, si bien se otorga una tutela declarativa que deja decidida la situación;
- 3ª) si no se discute la pretensión, no hay controversia, puesto que, precisamente, la finalidad del proceso monitorio es lograr un título ejecutivo de un crédito no controvertido, por lo que, en tal caso, resultaría incongruente exigir una negociación;
- 4ª) la situación se convierte en controvertida —surge entonces la controversia— cuando hay oposición, si los motivos de esta no se limitan a los de naturaleza procesal.

Sería, por tanto, en ese momento en el que resultaría exigible la actividad negociadora destinada a dar solución a la controversia. Entender así las cosas comportaría que el procedimiento negocial habría de tener lugar una vez concluido el monitorio y antes de incoarse el proceso declarativo ordinario que le siguiera, con la ventaja de que ya se habría actuado el control de oficio sobre la existencia de cláusulas abusivas, de modo que la actividad negociadora se desarrollaría sobre un objeto depurado permitiendo una mayor simetría en la negociación. Esto podría encajarse sin excesivas dificultades si ese declarativo fuera el juicio

ordinario—con alguna previsión añadida respecto de la suspensión del plazo para presentar la demanda que establece el art. 818.2.II LEC—; pero tropieza con la actual regulación cuando el juicio a seguir sea el verbal, puesto que en este caso no ha de presentarse nueva demanda. No obstante estas consideraciones, lo cierto es que, a tenor de lo que dispone el art. 5 LOESPJ y a la vista de los criterios que han ido manifestando los acuerdos de las juntas de jueces y letrados de la Administración de Justicia de diferentes lugares, a la petición inicial del monitorio ha de preceder haber instado y seguido, en su caso, uno de los medios adecuados de solución de controversias que, en el supuesto de que concluya sin acuerdo, se incoe el monitorio y en este se formule oposición, no habrá de reiterarse si, tras la conclusión del monitorio, se presenta una demanda de juicio ordinario.

Un indudable interés ofrecen los casos en que el legislador ha optado por disponer procedimientos reglados o introducir algunas especialidades con el fin de facilitar al consumidor una solución de la controversia y, en el supuesto de que esta no se alcance consensualmente, el cumplimiento del presupuesto de procedibilidad que deje expedito el acceso al proceso. Encontramos diversas manifestaciones a este respecto caracterizadas porque en ellas no se establece propiamente una actividad negociadora, sino (1) la presentación de una reclamación extrajudicial previa dirigida a la persona o entidad con la que se hubiera contratado o frente a la que se reclame, (2) la exigencia de una respuesta detallada y motivada por parte de esta y en un plazo determinado, (3) el establecimiento de un plazo máximo para que lleguen a un acuerdo y (4) la valoración en el proceso de la conducta mantenida por las partes durante el procedimiento previo a los efectos del pronunciamiento sobre costas y su tasación. En algunos casos, a cuanto antecede se suma la intervención de una institución u organismo oficial como entidad encargada de la resolución alternativa del conflicto que resultará vinculante para la destinataria de la reclamación y que puede dar lugar a la actuación de los servicios de supervisión correspondientes. Sirven para ilustrar lo anterior las normas contenidas en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, y en los arts. 439.5 y 439 bis LEC, a la luz de las modificaciones de que han sido objeto ambos textos legales por la LOESPJ:

- a) en el caso de la LEC, los dos nuevos preceptos incorporados se refieren a las reclamaciones de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de las cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria dirigidas a la persona física o jurídica que realice la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional¹¹;
- b) en el caso de la Ley 7/2017, hay que remitirse a la disposición adicional séptima de la LOESPJ y a su disposición final vigesimoséptima que hacen referencia (1) a las reclamaciones individuales promovidas por consumidores o usuarios ante la empresa o profesional respecto a los bienes o servicios ofertados o contratos *ex* art 21.3 TRLGDCU, (2) a las presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y (3) a las formuladas ante la Agencia

Estatad de Seguridad Aérea por los usuarios respecto de los conflictos de transporte aéreo.

Lo dicho pone de relieve un dato de indudable interés: el legislador es consciente de que la desigualdad de la relación controvertida puede reproducirse con igual intensidad en la vía de solución negociada si esta no cuenta con ciertas garantías. De ahí que ponga a disposición de la parte débil cauces que faciliten la reparación de su derecho haciendo recaer sobre la parte fuerte determinadas exigencias correctoras de la asimetría de origen. Las normas que disciplinan estos medios dejan abierta, por lo común, la posibilidad de que el medio elegido sea uno distinto al que ellas establecen —como en el caso de la DA 7ª LOESPJ— o a que el usuario pueda retirarse en cualquier momento del procedimiento si no está satisfecho con su funcionamiento o tramitación —como en el caso de la DA 2ª de la Ley 7/2017—. Este es el margen dejado a la voluntad de la parte que sugiere que el carácter obligatorio del intento de solución pactada no debería establecerse con carácter general, sino limitado a ciertas reclamaciones como pueden ser las referidas y siempre que cuenten con las adaptaciones necesarias que eviten que se desarrollen en situación de desigualdad.

3.2. EN MATERIA DE VIVIENDA

También en materia de vivienda el legislador ha impulsado el establecimiento de procedimientos extrajudiciales con el fin de proporcionar una protección reforzada al ocupante en situación de vulnerabilidad económica, si bien las medidas dispuestas a tal fin han incurrido en excesos que han merecido la correspondiente censura del juicio de constitucionalidad.

La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, introdujo un apartado séptimo en el art. 439 LEC. En él se disponía que cuando se pretendiera ejercitar alguna acción posesoria sobre inmuebles por la vía del proceso de desahucio por falta de pago o extinción del plazo pactado, del desahucio por precario, del proceso sumario para retener o recuperar la posesión en caso de despojo o perturbación u ocupación ilegal o del proceso también de naturaleza sumaria para la protección de los derechos reales inscritos, había de seguirse, con carácter previo a la interposición de la demanda, el procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establecieran las Administraciones Públicas competentes¹². Dos notas conviene destacar:

- a) conforme a lo dispuesto en el primer apartado del art 439.7 LEC debían concurrir estos tres requisitos: que el demandante tuviera la condición de gran tenedor, que el inmueble fuera vivienda habitual del ocupante y que este se encontrase en situación de vulnerabilidad económica, circunstancia esta última cuya acreditación se hacía recaer sobre la parte actora que tuviera la condición de gran tenedor [art. 439.6.c) LEC];
- b) no cabía acudir a otro medio negocial previo, sino que, preceptivamente, era el establecido en el referido precepto el que debía seguirse.

Los arts. 439.6.c) y 439.7 LEC, así como el art. 655 bis, han sido declarado inconstitucionales por la STC 26/2025, de 29 de enero. La razón estriba, fundamentalmente, en que la carga impuesta a la parte actora no cumple las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva desde un canon de proporcionalidad¹³.

A la luz de esta sentencia, de lo que establece la LOESPJ y de los derechos cuya protección se pretende, cabe efectuar algunas consideraciones:

- a) Lo que no dice la sentencia que sea inconstitucional es requerir la actividad negociadora previa como presupuesto condicionante de la procedencia y admisibilidad de la demanda. Ni siquiera que un específico medio de conciliación o intermediación previas —intermediación era el término utilizado por art. 439.7 LEC— merezca tal reproche, sin perjuicio de que su concreta configuración, en el caso de ser sometida al juicio de constitucionalidad, pudiera recibir la correspondiente censura.
- b) Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en el caso de que se pretenda la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión del inmueble por quien haya sido despojado de él o perturbado en su disfrute, el art. 5.2 LOESPJ establece la no exigibilidad de la actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional. La razón podría entenderse que se encuentra en su naturaleza sumaria¹⁴, pero lo cierto es que también participan de ella el desahucio por falta de pago o extinción del plazo y el proceso para la tutela de derechos reales inscritos. En estos, como en el desahucio por precario —este de naturaleza plenaria— rige con carácter preceptivo la exigencia de acudir previamente a un medio adecuado de solución de controversias. Nuevamente se pone de relieve que, al menos para los casos de procesos sumarios —tanto los mencionados como aquellos otros en que el objeto de la tutela no es la recuperación de la posesión ni está en juego el disfrute de la vivienda— hubiera sido conveniente que la ley exceptuara la obligatoriedad de acudir a un medio negocial previo. No olvidemos a qué obedece que el legislador incorpore un determinado proceso sumario: se trata de reforzar la posición del titular del derecho —el acreedor, el arrendador, el poseedor, el titular del derecho real inscrito— facilitando su acceso a la jurisdicción y desincentivando a los infractores: exigir una previa actividad negociadora contradice el propósito de allanar una más ágil y eficaz tutela jurisdiccional¹⁵.
- c) En tercer lugar, han de identificarse debidamente los términos de la controversia para remitirla a un procedimiento negocial de solución, como premisa de su adecuación a la finalidad latente que ha de inspirar tal modelo, como es la protección de las personas en situación de vulnerabilidad. La delimitación de la controversia no solo ha de tomar en consideración la condición de sus sujetos protagonistas, sino también los derechos que el ordenamiento ampara y la determinación y causa de la vulnerabilidad. El riesgo que convierte en vulnerable al ocupante de la vivienda es de la pérdida de su vivienda habitual por el impago de las rentas o de las cuotas del préstamo hipotecario. Son las políticas públicas las que han de atender esas situaciones y procurar una solución habitacional¹⁶. Derivarla al proceso comporta su instrumentalización para un fin que no le es propio y hacerlo a través un pro-

cedimiento de conciliación, mediación o intermediación con la intervención de la Administración Pública competente arroja a un escenario difícilmente asumible:

- 1) por no resultar compatible con la neutralidad que ha de caracterizar al tercero interviniente en un procedimiento de esta naturaleza (Viola Demestre, 2024: 489);
- 2) por la más que probable inexistencia de elementos y argumentos que ofrecer en la negociación, más allá de la generosidad del acreedor —a quien, no lo olvidemos, ampara el ordenamiento— y con el riesgo añadido de inserción de cláusulas abusivas en el acuerdo propuesto (García-Rostán Calvín, 2025);
- 3) por la prolongación en el tiempo, y agravamiento, de la desatención de sus deberes por el obligado;
- 4) por la externalización de las funciones de conciliación e intermediación al derivar estas a entidades públicas de vivienda;
- 5) por la imposibilidad de ofrecer en el procedimiento negocial estímulos fiscales a los propietarios o acreedores con garantía real para propiciar que el ocupante de la vivienda permanezca en ella, puesto que unas medidas de esa naturaleza han de articularse a través de los correspondientes instrumentos normativos.

4. LA ATENCIÓN AL COSTE DEL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

El desarrollo de la actividad negociadora previa exige la realización de una serie de actuaciones que tienen su coste y es preciso preguntarse acerca de cómo se atenderán los gastos que generen, especialmente cuando las partes decidan contar con el apoyo de profesionales que les presten la asistencia que estimen necesaria y cuando opten por acudir, para solucionar amistosamente la controversia, a un medio que requiera la intervención de un tercero neutral con derecho a la correspondiente retribución por el desempeño de su tarea.

La LOESPJ limita sus escasas referencias a este respecto a la asistencia letrada prestada en los procedimientos negociales: en el preámbulo, para decir que tal actividad ha de ser debidamente remunerada y en su art. 11, para establecer la regla de que cada parte habrá de pagar los honorarios de su abogado y enunciar, seguidamente, la excepción en el caso de que tenga derecho al beneficio de justicia gratuita (lo que se acompaña de la modificación del art. 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita). Ciertamente, la disposición adicional segunda de la LOESPJ establece, en relación con el coste de la intervención del tercero neutral, que las Administraciones competentes en materia de Justicia podrán establecer, en su caso, cuanto tengan por conveniente para sufragarlo, en todo o en parte, con cargo a fondos públicos y para aquellas personas en quienes concurran los requisitos que se establezcan a tal efecto —¿en todo caso las partes con derecho a la asistencia jurídica gratuita?, ¿con independencia de que tengan reconocido este derecho?—; pero téngase presente que,

además de que la norma no exige imperativamente actuación alguna, condiciona que así se haga a las disponibilidades presupuestarias.

En la relación de prestaciones que integran el contenido material del derecho a la justicia gratuita, la ley ha añadido una más (apartado 11): la asistencia gratuita de abogado en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias cuando su intervención en el proceso judicial que pudiera seguir sea preceptiva, siempre que se exija como presupuesto de procedibilidad haber acudido a alguno de tales medios; y se reconocerá también el derecho a la gratuidad en aquellos casos en que, no siendo obligatoria la intervención de este profesional, la parte contraria actúe con él. Nos encontramos ante una disposición similar a la recogida en el art. 10 de la Directiva 2003/8/CE, de 27 de enero, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. Una y otra participan de un fundamento común: garantizar la efectividad del derecho de defensa a quienes carezcan de recursos para litigar y a quienes se encuentren en situaciones de vulnerabilidad reconocidas legalmente. De no poder contar con tal asistencia, la actividad negociadora adolecería de asimetría y expondría al sujeto vulnerable a las consecuencias negativas derivadas de su posición de desigualdad tanto en el desarrollo y conclusión del procedimiento extrajudicial como en el eventual proceso judicial ulterior al quedar este último condicionado por el objeto de aquel e incidir en el pronunciamiento sobre costas y su tasación la conducta y las propuestas vertidas en él.

Estas referencias mínimas abocan a la incertidumbre o una respuesta insatisfactoria en una serie de cuestiones ligadas a la anterior:

- a) Limitar la gratuidad a la asistencia letrada comporta tener que pechar con otros gastos generados por el propio procedimiento negocial o necesarios para su correcto desenvolvimiento. La rúbrica del art. 11 LOESPJ —«honorarios de los profesionales que intervengan»— invita a entender que se refiere no solo a los abogados y, sin embargo, son los únicos a los que el precepto dedica sus disposiciones; falta toda referencia a otros cuyo dictamen, parecer o apoyo puede convenir y justificarse para que la negociación se desarrolle en condiciones de igualdad y pueda concluir con arreglo al querer de las partes sin otros condicionantes que los de su libre voluntad. Es el caso de los peritos, los intérpretes, los traductores o los facilitadores, por citar los ejemplos más señalados.
- b) La gratuidad no alcanza a los gastos que origine la intervención de un tercero neutral o la gestión de la entidad o institución administradora del medio elegido para intentar una solución negociada. El art. 15 de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LMed), al referirse al coste de este concreto medio, establece que se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario y añade que tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes una provisión de fondos. Queda inequívocamente establecida la premisa; hay un coste que pagar¹⁷; y queda igualmente establecida la consecuencia: son las partes quienes han de asumirlo. Y aún más, puesto que también se dispone el posible efecto anudado a la falta de provisión solicitada: la conclusión del procedimiento, previa apertura de

un plazo para subsanar. Nada hay en la ley —en ninguna de las leyes de referencia: LAJG, LMed, LOESPJ— que permita sostener que la parte a la que se le reconozca el derecho a la asistencia jurídica gratuita estará exenta de abonar los gastos mencionados¹⁸. Si no atiende ese pago y, por ese motivo, se pone fin al procedimiento negocial, corresponderá al juez en el proceso ulterior valorar si su falta de participación en el medio al que haya sido convocado —o derivado— es razón suficiente —«justa causa» o «causa que lo justifique», según los términos recogidos en el art. 394 LEC— a los efectos que no recaigan sobre ella las consecuencias desfavorables del pronunciamiento sobre costas.

- c) Las dificultades reseñadas pueden verse paliadas en aquellos casos en que se hayan establecido procedimientos extrajudiciales gratuitos de solución de controversias, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el art. 11.2 LOESPJ: «Se asegurará la existencia de mecanismos públicos para la solución de conflictos de acceso gratuito para las partes». El camino se allana para la persona en situación de vulnerabilidad cuando su posición sea la de reclamante¹⁹ —el pasajero, el prestatario, el consumidor, el paciente...—; pero si es ella la destinataria de la reclamación, hay que tener en cuenta que la elección del medio a utilizar se confía al acuerdo de las partes, si bien, a falta de este, se empleará aquel que se haya propuesto antes (art. 5.4 i.f. LOESPJ). El medio elegido, en tal caso, puede que no sea gratuito, lo que puede deparar que, a la vista del coste con el que haya de pechar el requerido, este rehúse participar en él, lo que de nuevo nos conduce, con las miras puestas en el proceso ulterior, a la posibilidad de subsumir tal circunstancia en la justa causa a valorar en el pronunciamiento sobre costas.
- d) Si se ha resuelto favorablemente la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para que despliegue sus efectos en el medio de solución de la controversia previo al proceso, parece lógico que ese reconocimiento se extienda al proceso ulterior que se incoe por la falta de acuerdo, de modo que no será necesaria una nueva solicitud para instarlo. El art. 7 LAJG extiende la asistencia jurídica gratuita de la que se ha disfrutado en la instancia a la interposición de los recursos y a la ejecución; cabe defender, con apoyo en una interpretación teleológica, que de igual modo que se aplica a las actuaciones sucesivas se aplique a las precedentes, más aún, teniendo en cuenta que son necesarias para proceder. No obstante, en el caso de que las partes hubieran acudido a un procedimiento de Derecho colaborativo, será necesaria una nueva designación de abogado, ya que uno de los principios que informan este medio negocial es la renuncia de los abogados que hayan intervenido en él a hacerlo en el proceso judicial ulterior; Esta nueva designación no debe comportar una nueva solicitud del reconocimiento del derecho, lo que evitará la demora que acarrearía su tramitación.
- e) Ese mismo canon interpretativo abona que las disposiciones contenidas en el art. 16 LAJG respecto de la suspensión del proceso y de la interrupción o suspensión de la prescripción o caducidad de la acción, respectivamente, resulten de aplicación al

procedimiento negocial previo cuando se haya cursado una solicitud de reconocimiento del derecho a la justicia gratuita.

- f) La lectura conjunta de los arts. 241 y 243.2 LEC conduce a concluir que los gastos soportados con ocasión del procedimiento negocial previo no serán reembolsables aun cuando en el proceso posterior se obtenga un pronunciamiento favorable en costas: el art. 241 no incluye entre las partidas que enumera —las comprendidas en el concepto de costas— los desembolsos o pagos requeridos por el desarrollo del medio utilizado, sin éxito, para la solución de la controversia; y el art. 243.2 excluye de la tasación los honorarios que no se hayan devengado en el pleito. Esta conclusión actúa como un factor disuasorio de la defensa de los derechos y se acentúa en el caso de las personas en situación de vulnerabilidad que no sean beneficiarias de la justicia gratuita que, ante la expectativa de no poder obtener ese reintegro, se verán más inclinadas a una solución pactada, aunque no sea esta realmente la querida²⁰. Ciertamente una norma de signo contrario también podría producir un efecto disuasorio, al hacer posible que, en el caso de ser condenadas, tuvieran que reembolsar las soportadas por su contrario. Pero, en todo caso, se podrían incluir factores correctores que tuvieran en cuenta, por ejemplo, quién propuso el medio empleado o si este obligó a gastos de desplazamiento o provocados por otras actuaciones que, de haber sido otro el medio elegido o el lugar para llevarlo a cabo, se hubieran podido evitar o que fijaran ciertos límites o se confiara su determinación al juzgador en aplicación del criterio de proporcionalidad. La doctrina del TJUE proporciona argumentos a favor de la inclusión en la condena en costas de los gastos afrontados en el procedimiento negocial que haya precedido al proceso: la Directiva 2004/748/CE, de 29 de abril, en materia de propiedad intelectual, recoge la regla general según la cual las costas procesales, siempre que sean razonables y proporcionadas y los demás gastos en que haya podido incurrir la parte vencedora corra a cargo de la parte perdedora; y, en su aplicación, la STJUE de 28-4-2022 (C-559/2020, *Koch Media*) señaló que los gastos de asistencia derivados del requerimiento extrajudicial previo quedan comprendidos en el concepto «demás gastos», con la ponderación ya dicha. La traslación de este criterio extramuros de la litigación en materia de propiedad intelectual —algo más que defendible por la identidad de *ratio*— puede deparar una interpretación conforme a lo aquí defendido y, si fuera el caso —esto es, como consecuencia del planteamiento de una cuestión prejudicial— un cambio normativo.

5. CARGAS Y CONSECUENCIAS GRAVOSAS PARA QUE LA PARTE FUERTE SE AVENGA

Otro de los modos mediante los cuales el legislador se propone potenciar la solución de las controversias con el acuerdo alcanzado en un procedimiento negocial consiste en

disuadir a la parte fuerte de acudir al proceso jurisdiccional. Al hacer recaer sobre ella cargas y consecuencias gravosas en el caso de no llegar a un acuerdo, si se dan determinadas condiciones, o de demorar o no llevar a cabo su cumplimiento, se mostrará más proclive al arreglo amistoso y a hacerlo efectivo, para satisfacción de la parte débil. Sirvan dos ejemplos para ilustrar lo dicho.

El art. 19.1 TRLGDCU, modificado por la DF 26ª LOESPJ, impone al empresario la carga de contribuir a una solución consensuada de una controversia que tuviera su base en una cláusula de idéntica significación que otra ya declarada nula por abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o por sentencia firme que constara inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación o por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Requiere, por tanto, una conducta proactiva del empresario o profesional. La norma se halla en sintonía con los razonamientos que sustentan la doctrina recogida en la STJUE de 13-7-2023 (C-35/22, *Cajasur Banco*)²¹. En ella sea señala que, si bien es cierto que, en principio, recae sobre el consumidor la carga de realizar la gestión previa que establezca el ordenamiento nacional antes de acudir a la vía judicial, «en el ámbito de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un empresario o profesional y un consumidor, en que se ha dictado una abundante jurisprudencia, tal obligación debería recaer sobre ambas partes contratantes», lo que le lleva a concluir que «cabe igualmente esperar de las entidades bancarias que tomen la iniciativa de ponerse en contacto con sus clientes cuyos contratos contengan tales cláusulas, antes de que estos presenten demanda, para anular los efectos de esas cláusulas». Las resonancias de esta doctrina en el citado art. 19 se aprecian en el vencimiento agravado que dispone para el caso de que el empresario condenado no hubiera mantenido una conducta colaborativa en el procedimiento negocial concluido sin acuerdo: se le impondrá de oficio una indemnización por mora, sujeta a un tipo de interés y a un cómputo rigurosos²².

El segundo ejemplo lo proporciona la disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre; en el ámbito de la litigación de consumo y, en concreto, de la resolución alternativa de litigios relativos a la protección de los usuarios del transporte aéreo. La referida disposición —modificada por la DF 27ª LOESPJ— si bien remite a una orden ministerial la regulación del procedimiento, establece ciertas normas dirigidas a facilitar la avenencia de las partes y evitar estrategias obstaculizadoras y dilatorias del acuerdo y su cumplimiento. La resolución queda confiada a una única entidad (la Agencia Estatal de Seguridad Aérea), el procedimiento es de aceptación obligatoria y la decisión es vinculante para la compañía aérea pero no para el pasajero, la decisión del procedimiento extrajudicial —debidamente certificada por la entidad acreditada— es título ejecutivo, la impugnación de la decisión por la compañía aérea se somete a un plazo de dos meses, la incomparecencia en el proceso judicial de alguna de las partes se entiende como conformidad con la decisión de la entidad acreditada, en el proceso judicial nunca se impondrán las costas al pasajero.

6. LA IDONEIDAD DE LOS ABOGADOS Y TERCEROS NEUTRALES QUE INTERVENGAN EN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIAL

Ya ha habido ocasión de recordar y reiterar que el derecho de defensa, en virtud de su ley reguladora, se extiende a los medios adecuados de solución de controversias. Y el derecho de defensa incluye, entre otros contenidos, el derecho de información (procedimientos de que dispone, viabilidad de la pretensión, oportunidad de acudir a un medio adecuado de solución de controversias, coste del procedimiento...), el derecho a la calidad de la asistencia jurídica, el derecho a la calidad y accesibilidad del servicio y el derecho a un lenguaje claro (entrelazado con el derecho a entender y a ser entendido).

Todo este haz de derechos adolece de un nada desdeñable grado de indeterminación: así, por ejemplo, no es claro ante quién se reconoce el derecho a ser informado de los procedimientos legalmente previstos para defender sus derechos e intereses²³, qué parámetros se tendrán en cuenta para entender satisfecho el derecho a la calidad de la asistencia y del servicio, qué adaptaciones cabe efectuar y de qué instrumentos es oportuno servirse para que las comunicaciones se practiquen y la negociación se desarrolle en un lenguaje claro y, sobre todo, qué consecuencias han de anudarse en caso de inobservancia o lesión de alguno de tales derechos.

El derecho de defensa —y, en particular, el impreciso derecho a la calidad de la asistencia jurídica— descansa, en buena medida, en que los profesionales que la presten cuenten con «una formación legal continua y especializada según los casos» (art. 8 LODD).

- a) Específicamente, para el llamado procedimiento de Derecho colaborativo, el art. 19 LOESPJ exige que los abogados que asesoren a las partes estén acreditados en Derecho colaborativo y que los terceros neutrales que intervengan sean expertos en la materia sobre la que verse la controversia.
- b) Esta condición, inherente al medio bautizado como opinión de persona experta independiente (art. 18 LOESPJ), se concreta en este caso en que ha de acreditar que está en posesión de los títulos oficiales que garanticen los conocimientos técnicos sobre la materia objeto de su informe, al mismo tiempo que se dispone que su actuación deberá seguir los estándares propios de la actuación profesional que haya sido encomendada.
- c) En el caso de la mediación, el art. 11.2 LMed establece que «[e]l mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos impartidos por instituciones debidamente acreditadas»²⁴; esta prescripción se complementa con lo previsto en la DF 8ª LMed, modificada en su apartado segundo por la DF 20ª LOESPJ, que exige una formación previa y una formación continua de los mediadores, específicamente para los que deseen actuar en el ámbito del Derecho de familia, que se concretará en los cursos a recibir, cuya duración y contenido vendrán determinados por las Administraciones públicas competentes; la norma precisa algunos de los contenidos que ha de incluir esa formación²⁵: módulos de igualdad, de atención a las personas con

discapacidad, de detección de violencia de género que tenga en cuenta la perspectiva de discapacidad, de perspectiva de género y de infancia y de diversidad sexual, de género y familiar. El segundo párrafo del apartado referido exige, asimismo, que el curso a realizar incluya formación en necesidades específicas de los mayores de sesenta y cinco años con el fin de garantizar su participación de mediación en condiciones de igualdad.

El éxito de los medios adecuados de solución de controversias se habrá de medir no solo por el número de acuerdos alcanzados y el efecto reductor de los índices de litigiosidad, sino por el grado de satisfacción de los derechos cuya infracción está en el origen del conflicto, lo que, a su vez, se habrá de valorar atendiendo al resultado y al modo que conduce a él. Lo dicho adquiere una especial intensidad cuando alguno de los protagonistas de la controversia sea una persona en situación de vulnerabilidad, puesto que esta circunstancia lo expone a un mayor riesgo de sufrir una lesión o un perjuicio, lo que justifica que se dispense una mayor protección. Y uno de los instrumentos para lograrlo consiste en que el asesoramiento que reciba se preste por profesionales con la adecuada formación y que la labor que ha de desempeñar el tercero neutral que intervenga se encomiende a quien cuente también con ella²⁶. Hemos visto que esta es una preocupación del legislador en los casos antes referidos, a los que podríamos añadir aquellos otros en que el procedimiento de conciliación se lleva a cabo ante el letrado de la Administración de Justicia, el notario o el registrador, si bien en el primer caso, sería aconsejable la introducción de una norma de competencia que precisara que lo fuera de la sección especializada si la hay en esa demarcación.

A este respecto, no dejamos de tropezar con la indeterminación de ciertos aspectos que, de inmediato suscitan algunos interrogantes. Limitaré estas consideraciones a dos de ellos.

a) En lo que se refiere a la formación, cabe preguntarse quién la garantiza.

En el caso de los mediadores, según hemos visto, esta responsabilidad recae sobre las Administraciones públicas competentes. Tratándose de una controversia en materia de Derecho de familia, todo parece indicar que la preferencia recaerá sobre aquellos mediadores que acrediten una especialización en este ámbito, pero no debemos olvidar que son las partes quienes eligen al mediador o se dirigen a la institución de mediación.

Si el medio elegido es la conciliación privada, las exigencias del art. 15 LOESPJ se limitan a que quien haya de gestionar la actividad negociadora cuente con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate y a que se halle inscrito como ejerciente en uno de los colegios profesionales enumerados en el citado precepto (abogacía, procura, graduados sociales, economistas, notariados, registradores de la propiedad o cualquier otro colegio que esté reconocido legalmente). Como cabe advertir, el grado de indeterminación de la primera de las exigencias es palmario y la segunda lo es de carácter formal, sin que con ella se entienda garantizada una adecuada formación para gestionar el procedimiento negociador de una controversia que tenga como protagonista a una persona en situación de vulnerabilidad. Al descansar la elección del conciliador en las partes —de mutuo acuerdo o solo por una de ellas (art. 15.3 LOESPJ)—, escapa a todo

control externo —salvo el del profesional al que se dirijan— su adecuada formación y aptitud para realizar el encargo.

Si el medio es un procedimiento de Derecho colaborativo, la intervención de los abogados queda condicionada a su acreditación en Derecho colaborativo (art. 19.1 LOESPJ). Si, en cambio, el medio es la negociación por las partes a través de sus abogados (art. 5.1 LOESPJ) no se añade nada respecto de la referencia genérica contenida en el art. 8 LODD de que han de seguir una formación legal continua y especializada, según los casos. Como ya he tenido ocasión de señalar en otro lugar (Herrero Perezagua, 2025), el art. 23 LODD confía al Consejo General de la Abogacía Española el desarrollo de los procedimientos de capacitación y acreditación en materia de formación legal continua y especializada, pero limita sus efectos a «permitir el acceso a una especialización profesional vinculada a dicha formación y sin que en ningún caso puedan suponer una restricción al ejercicio de la profesión». Una disposición de este tipo suscita otras preguntas atinentes a la posibilidad de control de la actividad así realizada; o a la necesidad de alguna otra norma habilitante para que otro tipo de organismos, señaladamente las Universidades, puedan acreditar tal formación; y, si así, fuera, aún restaría por determinar qué rango habrá de tener esa norma; y si no fuera así, cabría plantearse si podrá el Consejo General del Poder Judicial fijar los criterios que estime oportunos para la finalidad referida y asumir o delegar el control de su cumplimiento que, en su caso, se referirían a los procesos y procedimientos judiciales y a los que cabría acudir por analogía para los procedimientos extrajudiciales previos.

b) En lo que se refiere a las consecuencias que cabe anudar a la falta de formación, cabe preguntarse cuáles son y, en su caso, cómo se actúan.

El silencio a este respecto es mayor. Solo en el caso del procedimiento de Derecho colaborativo cabe inferir del tenor literal del art. 19.1 LOESPJ que la falta de acreditación en Derecho colaborativo de los abogados que asesoren a las partes viciará el procedimiento que en su caso se haya seguido, es decir:

- 1º) Si el procedimiento concluye sin acuerdo y se presenta la correspondiente demanda ante los tribunales, habrá que entender que no se ha cumplido con el presupuesto de procedibilidad exigido por la ley, lo que puede ser apreciado de oficio o denunciado a instancia de parte.
- 2º) Si el procedimiento concluye con acuerdo y se pretendiera su elevación a escritura pública, el notario, al que le corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley (art. 12.5 LOESPJ), no la otorgará. Y si, a pesar del defecto concurrente, se otorgara y se instara su ejecución, el tribunal habrá de dictar, de oficio, auto denegando su despacho (art. 552.1 LEC) y, en el caso de que la despache, el ejecutado podrá oponerse alegando su nulidad por no cumplir el acuerdo los requisitos legales exigidos (art. 559.1.3º LEC).
- 3º) Si en el desarrollo de la actividad negociadora, una de las partes advirtiera la falta de acreditación del abogado de la otra parte, así habrá de señalarlo a los efectos del propio procedimiento y del eventual proceso ulterior.

Respecto de los demás medios extrajudiciales de solución de controversias, nada precisa la ley. Tratándose de la debida protección que ha de dispensarse a las personas en situación de vulnerabilidad, cabría sostener que si en el procedimiento negocial seguido no se ha contado con las medidas y los ajustes necesarios —y, entre ellos, la adecuada formación de los terceros intervinientes que han de valer por su correcto desarrollo— para garantizar que se ha llevado a cabo en condiciones de igualdad y asegurado el entendimiento de lo pretendido, lo ofrecido y lo acordado conforme a la libre y real voluntad de tales personas, las actuaciones estarán viciadas hasta el punto de constituir una infracción del orden público, entendiendo que nos encontramos ante un nuevo valor esencial de nuestro ordenamiento comprendido en este concepto²⁷. La legitimación, en tales casos, debería reservarse a la persona en situación de vulnerabilidad, con exclusión de la que pudiera corresponder a la parte fuerte para que no pueda instar la anulación del acuerdo por la inobservancia de unos requisitos establecidos en favor del vulnerable. El art. 1302 CC puede servir de modelo a este respecto.

NOTAS

1. Lo dicho no debe conducir a descargar enteramente sobre el proceso la corrección de los desequilibrios de las relaciones jurídico-materiales; los mecanismos correctores que se han de actuar en el proceso son aquellos dirigidos a conjurar la perpetuación de la desigualdad en la prestación de la tutela judicial, pues si tal cosa se produce, provocaría el quebranto de uno de los postulados elementales de la justicia, como es que las partes dispongan de iguales medios para defender sus posiciones. Pero lo que no cabe obviar es la naturaleza instrumental del proceso jurisdiccional, por lo que parafraseando a García-Rostán, es oportuno recordar que son exigencias del sistema y de la buena técnica que sean las normas de Derecho sustantivo las que arbitren cuál deba ser el comportamiento apropiado de los sujetos que se encuentran una posición de fuerza o ventaja y las de Derecho Procesal las que, en su caso de conflicto, garanticen su aplicación (2021: 16).

2. A este respecto, véase Arnaiz Serrano, 2024 y 2025; Calaza López, 2024, Herrero Perezagua, 2025.

3. La redacción del precepto dista de ser afortunada puesto que alude a los casos en que «se ejercite una acción, petición o controversia»: el verbo empleado —ejercitar— conviene tan solo al primero de los elementos enumerados —una acción—; por su parte, las peticiones se dirigen, plantean o formulan; si lo que se busca, en cambio, es la solución de una controversia, lo apropiado es que esta se someta al medio o cauce que se estime adecuado o preferible.

4. STC 40/2002, de 14 de febrero.

5. Así como el art. 5.2 LOESPJ utiliza los términos «con excepción» para enumerar las materias en que no se exigirá una actividad negociadora previa, el art. 5.3 dice, en cambio, que «[n]o será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias» en los casos que relaciona a continuación.

6. En los supuestos de discapacidad, es necesario introducir algún matiz. Salvo los casos de internamiento por razón de trastorno psíquico y aquellos otros en que las medidas de apoyo incluyan funciones representativas (art. 249.III CC), las medidas que se acuerden han de atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera, es decir, que quedan comprendidas en el marco de la auto-

nomía de la voluntad de la persona con discapacidad que es a quien corresponde determinar la medida apropiada para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. No estamos, por tanto, en tales casos, ante la indisponibilidad de la materia; la exclusión de los medios adecuados de solución de controversias obedece a la existencia de otros cauces previos al proceso para establecer la provisión de apoyos, como son la escritura notarial —cuando, de conformidad con lo preceptuado en el art. 255 CC, la persona que los requiera los haya previsto y así se hayan recogido por el notario autorizante— y el expediente de jurisdicción voluntaria —cuando, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 42 bis a y 42 bis b LJV, el procedimiento concluya sin oposición—.

7. Tampoco el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad —un sistema no implantado—, contiene limitación alguna de carácter subjetivo. Las restricciones vienen determinadas por la materia objeto de la controversia (cfr. art. 2.1). Sobre estos aspectos, Caro Catalán, 2021.

8. Al respecto, Garciamartín Montero, 2021: 59 y ss.

9. En la definición del ámbito de aplicación de los medios adecuados de solución de controversias que lleva cabo el art. 3 LOESPJ se incluyen los conflictos transfronterizos. Cuestión distinta es si el medio empleado se ha desarrollado conforme a las previsiones de otro ordenamiento y si cabe, en tal caso, someterlo al control del tribunal español para entender cumplido el presupuesto de procedibilidad.

10. Con un amplio desarrollo, López Sánchez, 2021.

11. A modo de síntesis, el procedimiento por el que se articula la reclamación es este: 1) el objeto de la reclamación es el reconocimiento expreso del carácter abusivo de las cláusulas con la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente satisfechas; 2) la persona o entidad a la que se dirija la reclamación dirá si rechaza la abusividad de las cláusulas, exponiendo los motivos de tal rechazo, lo que cierra la posibilidad de alegar otros distintos en el eventual proceso ulterior; 3) dirá si es procedente o no la devolución; 4) efectuará un cálculo de la cantidad a devolver de manera desglosada; 5) el consumidor expresará su acuerdo o rechazo con el cálculo y la cantidad ofrecida; 6) si hay acuerdo, y no se hace efectiva la devolución en un determinado plazo, queda expedita la vía judicial.

12. Así se disponía también en el art. 655 bis LEC antes de iniciar la vía de apremio.

13. Y conviene dejar igualmente anotado que la finalidad perseguida por la norma respondía al propósito de encontrar una solución habitacional para las personas en situación de vulnerabilidad económica para lo que no resulta apropiado el proceso en que se pretende la tutela del derecho de quien sufre el despojo o la perturbación, puesto que atender a lo primero —algo que corresponde a los poderes públicos mediante la adopción de las correspondientes medidas— no debe suponer un menoscabo del derecho de quien acude a los tribunales para su reparación.

14. Más bien hay que encontrarla en que este es también el cauce por el que articular los casos de ocupación ilegal en los que la situación de vulnerabilidad es predicable del propietario despojado, en especial si se trata de una persona física no dedicada al negocio inmobiliario, a lo que se suma la dificultad o imposibilidad de procurar y seguir un procedimiento negocial frente a los infractores que, con frecuencia, se suceden en la ocupación y cuya identificación no se conoce ni se puede conocer. El legislador hubiera podido discriminar para que solo resultaran beneficiados de esta protección reforzada quienes son merecedores de ella.

15. Como señala López Sánchez (2021: 64 y 65), el proceso plenario en el que se discuta lo que fue objeto del sumario previo, «se viene a restablecer la simetría que ha sido distorsionada en el previo proceso especial en razón de la voluntad del legislador de proteger determinadas situaciones en atención a su pro-

bable verosimilitud. Que, en estos casos, que han sido ya objeto de un pronunciamiento jurisdiccional, se obligue a quien ha obtenido un pronunciamiento previo, de carácter sumario, y seguramente desfavorable, a intentar una negociación para resolver de forma definitiva la cuestión controvertida, carece de todo sentido, sobre todo porque no va a encontrar ninguna acogida favorable a la negociación en quien ya ha visto protegido su interés mediante un pronunciamiento de carácter sumario».

16. Con especial incidencia en la ocupación ilegal, Cuenca Casas (2024: 246), se muestra crítica con el hecho de que la Ley por el derecho a la vivienda haga descansar sobre los particulares las medidas que en ella se establecen para limitar los desahucios y desalojos: «Son los poderes públicos los que deben facilitar que este derecho [a la vivienda] sea efectivo, pero no son los particulares los que tienen que sacrificar su derecho de propiedad para que otro sujeto goce de una vivienda digna». Y con referencia directa al fenómeno de la ocupación ilegal —aunque el argumento podría extenderse a los casos en que se carece de título para mantenerse en la posesión del inmueble— señala: «Sí está plenamente justificada la obligación, por ejemplo, de poner en conocimiento de la Administración pública competente que una persona va a ser desalojada con el objeto de que pueda proveer un alojamiento, Pero hacer esto es un cosa y obligar al propietario a mantener al ocupante ilegal en el uso de la vivienda otra muy distinta cuando se trata de un ocupante vulnerable (cosa que sucederá casi siempre). Esto último supone trasladar al propietario privado las competencias de los poderes públicos».

17. Por lo que respecta a la mediación, las partes tendrán que haber sido informadas de su coste, o de las bases para su determinación, con el desglose de los conceptos que lo integren, a los efectos de que en la sesión constitutiva puedan las partes expresar el deseo de desarrollar la mediación [art. 19.1.b) LMed]. Conocidos estos datos, la parte puede instar el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita y puede, también, sabedora de que excede los umbrales requeridos para ello y de las dificultades para asumir los gastos de que ha sido informada, decidir que no sigue el procedimiento.

18. Las normas autonómicas pueden extender la gratuidad a los servicios de mediación que gestionen o con los que colaboren. Así, por ejemplo, el art. 41 de la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana, dispone que, «[e]n todo caso, tendrán derecho a la gratuidad en la mediación aquellas personas que cumplan los requisitos para ser beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita», un derecho que podrá ser reconocido a otras personas físicas y jurídicas que cumplan los requisitos que se establezcan en el desarrollo reglamentario de la ley.

19. Recuérdese, a este respecto, que el derecho de información es uno de los contenidos integrados en el derecho de defensa (art. 6 LODD); objeto de esa información será, entre otras cosas, dar noticia de los procedimientos que el ordenamiento pone a disposición de los interesados para hacer valer sus derechos, entre ellos, aquellos a través de los que se articulan los medios adecuados de solución de controversias.

20. Un supuesto tal vez más llamativo es el que apunta Lafuente Torralba (2014: 392) y respecto del que proponía la introducción de una concreta disposición legal; decía el autor que, «de lege ferenda, sería razonable incluir los gastos de la mediación en las costas del ulterior proceso: el caso de que una de las partes incumpla el acuerdo alcanzado y la otra se vea en la necesidad de instar su ejecución forzosa. En esta hipótesis, la repercusión del coste íntegro de la mediación a la parte incumplidora constituiría un eficaz estímulo para el acatamiento espontáneo del acuerdo, al tiempo que permitiría sancionar la mala fe de quien, tras concluir un acuerdo trabajosamente alcanzado, no se aviene a cumplirlo de modo voluntario. Y ello sin perjuicio de matizar este régimen con una regla flexibilizadora similar a la contenida en el art. 583.2 LEC, de modo que el ejecutado pudiera evitar la indicada consecuencia si justificase que no pudo cumplir antes por causa que no le fuera imputable».

21. El fondo del asunto queda sintetizado así por la propia sentencia: «ha de considerarse que, mediante sus cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectivi-

dad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, en caso de que el consumidor no realice, ante el profesional con el que ha celebrado un contrato que contiene una cláusula abusiva, una gestión antes de acudir a la vía judicial, ha de cargar con sus propias costas causadas en el procedimiento judicial que ha incoado contra ese profesional para hacer valer los derechos que le confiere la Directiva 93/13 si este se allana a la demanda antes de contestarla, aun cuando se haya apreciado que esa cláusula es abusiva».

22. Estos son los términos del art. 19: «el órgano judicial que condena a la restitución de cantidades al empresario impondrá de oficio una indemnización por mora que consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100. Estos intereses se considerarán producidos por días». Aún añade dos precisiones, una respecto del interés —«transcurridos dos años desde la condena a la restitución de cantidades, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100»— y otra respecto del cómputo —el dies a quo será la fecha del abono de las cantidades que deban ser restituidas y el dies ad quem el de la total restitución de la cantidad debida—.

23. El Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de LODD, fechado el 26 de enero de 2023, deduce del contexto que se refiere a los poderes públicos sin que, tampoco, se concrete mínimamente en qué consiste del correlativo deber de estos (apdo. 71).

24. Oportuna y tempranamente ya advertía Martín Diz (2012: 141) la doble responsabilidad que recae sobre el mediador, ligada estrechamente a su adecuada formación: por un lado, la de crear el clima y las condiciones oportunas e idóneas para que las partes puedan solucionar el conflicto y, por otro, la de velar por la pureza del procedimiento de mediación.

25. La disposición salva, en este sentido, parte de las críticas vertidas respecto de su redacción anterior, como las que apuntaba Lafuente Torralba (2014) cuando señalaba: «Ciertamente que a esa titulación general la ley añade la exigencia de una formación específica en materia de mediación, pero ésta queda en una absoluta penumbra: ni se concreta el tipo de cursos que capacitan para ser mediador (requiriendo, por ejemplo, que sean de postgrado o máster), ni se fija su carga lectiva o duración mínima, ni los contenidos básicos que han de incluirse en sus programas. Tampoco se aclara cuáles son esas “instituciones debidamente acreditadas” que han de impartirlos, quién acredita a tales instituciones y con arreglo a qué criterios. Por último, es especialmente preocupante que no se exija al mediador una cierta preparación técnica jurídica; preparación que, sin requerir el nivel de un titulado en Derecho y mucho menos el de un abogado en ejercicio, resulta de vital importancia si tenemos en cuenta que requisito fundamental para la validez (y sobre todo para la ejecutividad) del acuerdo es que su contenido no sea contrario al ordenamiento jurídico (art. 25.2 LMACM). En consecuencia, existe el peligro de que un mediador lego en Derecho emprenda —y haga emprender a las partes— un viaje hacia ninguna parte, volcando esfuerzos inútiles en la conclusión de acuerdos flagrantemente ilegales». Como advertirá al lector, no obstante la modificación llevada a cabo por la LOESPJ y ciertas precisiones recogidas en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre —que parte de una «concepción abierta de la formación»—, algunas de las críticas recogidas en esta larga cita mantienen su vigencia.

26. En el marco de lo estrictamente jurisdiccional, es contante la llamada de los operadores jurídicos a la especialización de los tribunales. Esta corriente justifica, asimismo, como señala De Lucchi López-Tapia (2023: 850), que la especialización se exija también a los profesionales que intervienen en la gestión del conflicto a través de los diferentes medios adecuados para su solución, advirtiendo, a su vez, que la desigual especialización aboca a una justicia desigual en función del lugar de residencia del ciudadano.

27. Como señala Parra Lucán (2018: 22), «es razonable que si la autonomía privada requiere en algún momento de la tutela del Estado para imponerse, este únicamente se muestre dispuesto a prestársela a aquellas expresiones de voluntad o de libertad que no contraríen los valores del propio ordenamiento».

BIBLIOGRAFÍA

- Arnaiz Serrano, Amaya (2024): «Abogar por los derechos. Desafíos de una ley fundamental», *Revista Jurídica de Cataluña*, 4, 757-784.
- (2025): «El derecho de defensa no cabe en una norma. Desafíos de la Ley Orgánica del Derecho de Defensa», *Revista General de Derecho Procesal*, 65.
- Calaza López, Sonia (2024): «El árbol de la ciencia procesal: acción & defensa en clave permanente», *Actualidad Civil*, 112.
- Caro Catalán, José (2021): «La tutela no jurisdiccional de los derechos de las personas con discapacidad», en A. Álvarez Alarcón (coord.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 485-506.
- Cuena Casa, Matilde (2024): «¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda?», en L.C. Mate Satué et al. (coords.), *El derecho a la vivienda en tiempos de incertidumbre*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 225-251.
- De Lucchi López-Tapia, Yolanda (2023): «El reto de la proyectada especialización orgánica procesal en familia, infancia y capacidad», en F. Jiménez Conde et al. (dirs.), *Logros y retos de la Justicia civil en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 845-856.
- García-Rostán Calvín, Gemma (2021): *La vivienda habitual en la ejecución forzosa*. Cizur Menor (Navarra) Thomson-Aranzadi.
- (2025, en prensa): «El proceso como cauce para las políticas públicas en materia de vivienda», en E. Pillado González y, M.D. Fernández Fustes (dirs.), *Derecho Procesal y ciudadanía*.
- (2025B): *Soluciones negociadas y eficiencia procesal* (con Herrero Perezagua y Tomás Tomás). Madrid, La Ley.
- Garciamartín Montero, Regina (2021): *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
- Herrero Perezagua, Juan F. (2025, en prensa): «Una mirada a la Ley Orgánica del Derecho de Defensa desde el proceso civil», *Las transformaciones procesales: reformas y derivas. Liber amicorum Teresa Armenta Deu*, Barcelona: Marcial Pons.
- Lafuente Torralba, Alberto José (2014): «La formación del mediador y el coste de la mediación: dos aspectos cruciales aunque menospreciados por la Ley 5/2012, de 6 de julio», en J. Murga Fernández y S. Tomás Tomás (dirs.), *Il Diritto patrimoniale di fronte alla crisi economica in Italia e in Spagna*, Milano: Wolters Kluwer-CEDAM, 385-398.
- López Sánchez, Javier (2021): «El carácter general del requisito de procedibilidad de haber acudido a un medio adecuado de solución de controversias: a propósito del proceso monitorio», *Revista General de Derecho Procesal*, 55.
- Martín Diz, Fernando (2012): «Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada», en A.J. Pérez-Cruz Martín y X. Ferreiro Baamonde (dirs.), *Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional) A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011*, A Coruña: Universidade, 131-146. Disponible en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9198/ponencias_08_Martin_Diz_131-146.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Parra Lucán, María Ángeles (2018): *La autonomía privada en el Derecho Civil*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- Viola Demestre, Isabel (2024): «El procedimiento de conciliación o intermediación en la Ley por el derecho a la vivienda: retos y desafíos», en L.C. Mate Satué et al. (coords.), *El derecho a la vivienda en tiempos de incertidumbre*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 477.

VULNERABILIDAD, PRUEBA PRECONSTITUIDA Y
DERECHO (EFECTIVO) A LA DEFENSA*

VULNERABILITY, PRE-CONSTITUTED EVIDENCE
AND (EFFECTIVE) RIGHT TO DEFENSE

José Francisco Etxeberria Guridi

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*

RESUMEN

La LO 8/2021 ha alterado sustancialmente el régimen jurídico relativo a la prueba preconstituida en relación con determinadas personas en situación de vulnerabilidad que declaran como testigos. Ahora ha de procederse obligatoriamente a la preconstitución probatoria en estos casos, siendo muy excepcional la presencia de los testigos en el plenario. En este escenario entran en juego dos circunstancias a ponderar, muy relevantes ambas. Por un lado, la necesidad de adoptar medidas de protección sobre las personas vulnerables que han de declarar; por otro lado, la necesidad de respetar el derecho a la contradicción y a la defensa de la persona investigada.

PALABRAS CLAVE

Vulnerabilidad, prueba preconstituida, testigos menores, testigos con discapacidad, derecho a la contradicción, derecho a la defensa.

ABSTRACT

Organic Law 8/2021 has substantially altered the legal regime regarding pre-established evidence in relation to certain vulnerable individuals who testify as witnesses. Pre-constituted evidence must now be taken in these cases, and the presence of witnesses in court is very exceptional. In this scenario, two highly relevant circumstances come into play. On the one hand, there is a need to adopt protective measures for vulnerable individuals who must testify; on the other, there is a need to respect the right to contradiction and defense of the person under investigation.

KEYWORDS

Vulnerability, pre-constituted evidence, minor witnesses, witnesses with disabilities, right to contradiction, right to defense.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.133>

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto "Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)" —CIPROM 2023-64 GVA—.

VULNERABILIDAD, PRUEBA PRECONSTITUIDA Y DERECHO (EFECTIVO) A LA DEFENSA

José Francisco Etxeberria Guridi

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Sumario: 1. Introducción. 2. La preconstitución probatoria como mecanismo protector en situaciones de vulnerabilidad. 2.1. Brevísima aclaración conceptual. 2.2. Reconocimiento de la preconstitución probatoria como mecanismo protector en situaciones de vulnerabilidad en el plano supranacional. 3. Ámbito subjetivo de aplicación: los testigos en situación de vulnerabilidad. 3.1. Diferencias con otros supuestos de preconstitución probatoria del testimonio. 3.2. Testigos comprendidos en el art. 449 ter LECrim. 4. Ámbito objetivo de aplicación: los delitos en los que procede. 5. La práctica de la prueba preconstituida. 5.1. Medidas adicionales de protección en la práctica de la prueba preconstituida. 5.2. Garantías vinculadas al principio de contradicción. 6. La excepcional intervención del testigo en el juicio oral. 7. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Constituye lugar común poner en valor las bondades que presenta la práctica de prueba preconstituida en determinados contextos. Tradicionalmente el foco de atención se ha centrado en supuestos en los que existe un riesgo efectivo de imposibilidad material de reproducción de la prueba, generalmente testimonial, en el plenario, que cada día que pasa cuenta con una previsión de celebración más lejana en el tiempo. La del testigo que manifiesta la imposibilidad de concurrir al juicio oral por haber de ausentarse del territorio nacional o la del testigo respecto del cual existan motivos suficientes para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de aquel crucial momento procesal (art. 448 LECrim), son muestras ilustrativas al respecto.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte se está instalando con fuerza la idea, asentada en argumentos científicos, de que la preconstitución probatoria puede resultar igualmente efectiva y útil en situaciones distintas a las anteriores y por motivos igualmente diversos. Nosotros vamos a referirnos exclusivamente en este estudio al supuesto de los testigos que por cuestiones de naturaleza heterogénea pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad. Situación en la que representa un papel protagónico la condición de víctima del delito, pero a la que pueden sumarse otras vinculadas a la edad —minoría o edadismo—, el género o la discapacidad, entre otras. En tales casos, a diferencia de los indicados en el párrafo anterior, no existe propiamente imposibilidad material por parte de los testigos de concurrir a prestar su testimonio en el juicio oral. En puridad, quien haya de declarar como testigo está disponible en el momento de la vista y no imposibilitado para presentarse físicamente en la misma. Son otras las razones que hacen aconsejable que el testigo no deba declarar reiteradamente en distintos momentos del proceso. Destaca entre ellas la necesidad de proteger al testigo frente a la probable revictimización o frente a represalias. Pero puede ocurrir también que por las condiciones del testigo sea más idóneo recoger su testimonio en un momento inicial del proceso, cercano a los hechos, para reforzar la calidad de éste.

La anterior tesis no plantea en sí misma ninguna desaprobación, en la medida en que resultan inobjectables las finalidades de proteger debidamente a la víctima-testigo vulnerable o de garantizar la calidad del testimonio. Pero ello puede repercutir negativamente en la parte investigada-acusada en cuanto que su derecho a la defensa y a la contradicción puede verse afectado. Como ocurre en muchas ocasiones en el ámbito del proceso penal, la solución adecuada se encuentra en el justo equilibrio entre ambos términos de la ecuación.

Nuestro estudio se va a limitar a analizar el supuesto concreto contemplado en el art. 449 ter LECrim —y los relacionados con él— que se incorpora al texto procesal por la LO 8/2021, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Y ello por dos motivos concretos: por un lado, porque en dicho precepto se contempla la preconstitución probatoria en el contexto de dos situaciones de vulnerabilidad —testigo menor de 14 años y persona con discapacidad necesitada de especial protección—; y, por otro lado, porque dicha preconstitución probatoria se configura con carácter preceptivo dadas las circunstancias contempladas en dicho precepto.

2. LA PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA COMO MECANISMO PROTECTOR EN SITUACIONES DE VULNERABILIDAD

2.1. BREVÍSIMA ACLARACIÓN CONCEPTUAL

Antes de referirnos a la funcionalidad de la prueba preconstituida merece detenernos concisamente en la misma como categoría. Hemos de adelantar que el concepto «prueba preconstituida» es fruto de la elaboración doctrinal. Al menos hasta la aprobación de la LO 8/2021. Hasta ese momento la norma procesal penal por excelencia, la LECrim, no

utilizaba el término, si bien su empleo resultaba y resulta frecuente entre la doctrina y la jurisprudencia. A partir de esa fecha y por efecto de aquella LO se incorpora en determinados preceptos de la LECrim dicho término. Empero, la incorporación no va acompañada de aclaración conceptual alguna, aunque sí es cierto que en las ocasiones en que lo hace está presente mayoritariamente el art. 499 ter LECrim. No disponemos, pues, de criterios normativos suficientes para definir la prueba preconstituida o para diferenciarla de la denominada «prueba anticipada», distinción donde ha reinado cierta confusión (Guzmán, 2006: 165 y ss.). Ambas tienen en común que se practican en un momento procesal distinto al del juicio oral, que resulta el adecuado (art. 741 LECrim), pues en el mismo se garantizan la inmediación, concentración, oralidad y publicidad, principios configuradores de la práctica de la prueba apta para desvirtuar la presunción de inocencia. Por tal motivo se ha mantenido, incluso, la artificiosidad de tal distinción al carecer la misma de consecuencias prácticas (Nieva, 2024: 5-6).

Como se ha dicho, si hasta la reforma operada por la LO 8/2021 el término prueba preconstituida era desconocido por la LECrim, no ocurre lo mismo con el de prueba anticipada. La doctrina, sin plena coincidencia, ha considerado que la preconstitución probatoria se vinculaba a los supuestos en los que por su propia naturaleza, la diligencia investigadora en cuestión no es reproducible en el juicio oral, de ahí que la propia norma procesal contemple los requisitos y presupuestos con que ha de practicarse en todo caso en la fase preparatoria. La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado con la ocupación y detención de lo que o quien se hallen en dicho lugar sería muestra de ello. Mientras que la prueba anticipada se reservaría para los supuestos en que la diligencia practicada en la fase preparatoria es repetible por su esencia en el acto del juicio oral, pero ante el riesgo de que pueda perderse se anticipa dicha práctica con las garantías que de ordinario rodean su realización en el plenario.

La LO 8/2021 ha venido a descuadrar esa distinción al referirse con la expresión prueba preconstituida a los supuestos en los que, por su naturaleza, la diligencia en cuestión es en principio repetible en el plenario, pero en el supuesto concreto existe un riesgo de que no ocurra así o, como en el caso que nos ocupa, siendo posible no sea oportuna o recomendable su reiteración. Lo que sí parece incuestionable es que la LECrim ha reservado el uso de la expresión «prueba anticipada» a la que tiene lugar una vez acordada la apertura del juicio oral, pero antes de que den comienzo las sesiones del mismo. La anticipación de la prueba en estos casos puede tener lugar por dos motivos, bien porque fuera de temer por cualquier causa que las pruebas «no se puedan practicar en el juicio oral», bien porque siendo posible su práctica «pudieran motivar su suspensión» (art. 657.III LECrim) aunque no se emplee en tal precepto la expresión anticipada. Sí lo hacen otros preceptos, como el relativo a la petición de anticipación probatoria en el escrito de acusación (art. 781.1 LECrim) o en el escrito de defensa (art. 784.2 LECrim) o en el auto en que se resuelve sobre la admisión o rechazo de las pruebas propuestas y de su práctica anticipada, en su caso (art. 785.3 LECrim). La decisión sobre la anticipación probatoria corresponde, pues, al órgano competente para el enjuiciamiento y ante él tiene lugar su práctica, aunque con anterioridad a las sesiones del plenario.

Este ha de ser, pues, el criterio diferenciador entre la prueba preconstituida y la anticipada. Aquella se despliega en la fase de instrucción y ante el órgano judicial competente para su conocimiento (juez o jueza de instrucción), mientras que la segunda se practica en la fase de enjuiciamiento y ante quien ha de conocer y fallar, pero con anterioridad al inicio de la vista. Esta parece ser también la opción del prelegislador en la propuesta de reforma integral de la LECrim (Anteproyecto de LO de Enjuiciamiento Criminal — ALOECrim—) presentado en 2020. En el texto mencionado se reserva la expresión de prueba anticipada a la que tiene lugar en la fase de enjuiciamiento y ante el tribunal sentenciador (art. 592.3 ALOECrim: «Una vez abierto el juicio oral, sólo podrá solicitarse la práctica de prueba anticipada ante el tribunal sentenciador antes del inicio de las sesiones del plenario en los términos establecidos en el artículo 641 de esta Ley»). Sin embargo, cuando se aprecie el riesgo de pérdida de la prueba con anterioridad al juicio oral y haya que proceder a su aseguramiento, el texto del ALOECrim sustituye la ahora vigente prueba preconstituida por el que denomina «incidente de aseguramiento de las fuentes de prueba». Incidente que presenta innegables similitudes con la prueba preconstituida actual. Sin obviar la principal disparidad, a saber, la dirección de la fase preparatoria del futuro proceso penal, denominada «procedimiento investigador», corresponde al Ministerio Fiscal y no a un órgano judicial, con lo que para garantizar la imprescindible presencia de una autoridad judicial en el incidente de aseguramiento de pruebas se torna preciso crear una figura nueva, o mejor dicho hacer extensiva una figura ya existente en los procedimientos competencia de la Fiscalía Europea: la figura del Juez de Garantías cuando el incidente de aseguramiento se materialice en el procedimiento investigador, y la figura del Juez de la Audiencia Preliminar cuando el incidente se promueva en la fase intermedia (art. 592 ALOECrim). El texto referido, aunque su tramitación parlamentaria no haya fructificado, será objeto de nuestra atención, pues contiene no pocas e interesantes referencias sobre la materia que nos ocupa.

2.2. RECONOCIMIENTO DE LA PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA COMO MECANISMO PROTECTOR EN SITUACIONES DE VULNERABILIDAD EN EL PLANO SUPRANACIONAL

El legislador español, al incorporar al ordenamiento los mecanismos de protección que en el marco procesal están orientados a las personas en situación de vulnerabilidad, se ha inspirado para ello, en ocasiones de forma vinculante, en no pocos instrumentos normativos supranacionales, internacionales algunos, de ámbito regional europeo los otros (García, 2022: 9-16). Sólo una consideración integral de sus contenidos permite conducir al concreto objeto de este estudio, pues aquellos instrumentos normativos supranacionales no siempre coinciden en su objeto o en su ámbito de aplicación. Algunos de ellos se centran principalmente en el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, por ejemplo, las Reglas de Brasilia de 2008 que cuentan con una versión actualizada de 2018. Pero si arañamos superficialmente el texto, inmediatamente surgen referencias a la minoría de edad, la discapacidad o la condición de víctima del delito como situaciones de vulnerabilidad, entre otras muchas (género, pobreza, migración, pertenencia étnica, orientación

sexual, etc.). Sobre este punto, conviene detenerse en la regla (3) relativa al concepto de las personas en situación de vulnerabilidad, esto es, «Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico».

A partir de ahí, otros muchos instrumentos normativos abordan las causas o factores de vulnerabilidad de modo más específico, bien atendiendo a la condición de discapacidad, por ejemplo, la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmado en Nueva York el 13 diciembre de 2006; bien atendiendo a la condición de mujer, así, la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que, sin referencias específicas a medidas de protección, ya proclamaba la igualdad de trato ante la justicia; o bien atendiendo a la condición de menor, por ejemplo, la Convención de la ONU de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que proclama medidas concretas de protección de los niños en situación añadida de vulnerabilidad y, con carácter más general, que todas las medidas concernientes a los niños que se adopten, entre otros, por los tribunales de justicia considerarán primordialmente el interés superior del niño (art. 3.1).

Sin embargo, si hubiera de destacarse un factor de vulnerabilidad que reclama particulares medidas de protección y apoyo en su relación con el sistema de justicia es el de la condición de víctima del delito. Por tal motivo, se encuentran referencias numerosas a la necesidad-conveniencia de preconstituir la prueba mediante la grabación de su declaración o audiencia, de modo que las grabaciones puedan ser utilizadas como prueba en el proceso sin que resulte precisa la comparecencia en la vista. La Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, sobre víctimas de delitos constituye un texto de referencia al respecto. También lo es por la circunstancia de tomar en consideración las debidas particularidades cuando se suman a la condición de víctima otros factores de vulnerabilidad como puedan ser la condición de menor o de persona con discapacidad. Tras esta Directiva, que sustituye una previa Decisión marco de 2001 sobre el estatuto de la víctima, se suceden otros muchos instrumentos, bien en el ámbito de la UE, bien en el del Consejo de Europa o en el ámbito suprarregional, en los que igualmente se contemplan medidas de protección y apoyo equivalentes a la prueba preconstituida. Instrumentos normativos que abordan de forma específica a las personas en situación de vulnerabilidad víctimas de modalidades delictivas concretas y determinadas. Así, entre otros, la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, de lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas —modificada recientemente por la Directiva (UE) 2024/1712, de 13 de junio de 2024—; o la Directiva (UE) 2024/1385, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, con evidentes coincidencias con el Convenio del Consejo de Europa, de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul).

Interesa destacar en estos momentos que los últimos instrumentos normativos contemplados enfocan su atención a determinadas categorías de víctimas en situación de vulnerabilidad —menores, mujeres, etc.— de determinadas modalidades delictivas —violencia doméstica, de género, trata de seres humanos, pornografía, etc.— pero sin ignorar la posible concurrencia de otros factores de vulnerabilidad que pueden agravar la, ya de por sí, situación de necesaria protección particular de la víctima. La Directiva 2011/93/UE mencionada, relativa a los abusos y explotación sexuales y a la pornografía infantil, contempla, por ejemplo, que la persona menor víctima de tales infracciones pueda hallarse en una situación especialmente vulnerable al concurrir a su vez una discapacidad física o psíquica (art. 3.5.ii). Lo mismo cabría predicar de la Directiva 2011/36/UE sobre trata de seres humanos, que condiciona el modo de asistencia y apoyo a las víctimas de tales delitos a la concurrencia de otras necesidades especiales añadidas, como la discapacidad, salud, etc. (art. 11.7).

Por último, merece especial atención la citada, y recientemente aprobada, Directiva (UE) 2024/1385, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que incorpora el concepto de «discriminación interseccional» para referirse a las víctimas de esas modalidades delictivas en quienes, además, concurren de forma combinada otro u otros motivos de discriminación de los mencionados en el art. 21 CDFUE y que se traduce en un mayor riesgo de sufrir violencia y en la exigencia de adoptar medidas de apoyo específico respecto de estas víctimas con «necesidades interseccionales» (art. 33) y de protección (art. 21). En esencia, la discriminación interseccional implica diferenciarla de la categoría de discriminación múltiple entendida como una mera suma de motivos discriminatorios. Más que una mera adición, la discriminación interseccional supondría una nueva realidad discriminatoria, más intensa y específica (Cavalcante, 2018: 18). Esta reflexión ha de ser igualmente válida en el caso de la concurrencia en la víctima en situación de vulnerabilidad de varios factores que intensifican en definitiva dicha situación y que se convierte en criterio a considerar en la evaluación individual de las víctimas.

3. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: LOS TESTIGOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

3.1. DIFERENCIAS CON OTROS SUPUESTOS DE PRECONSTITUCIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO

La primera de las cuestiones a esclarecer se vincula con la determinación de los sujetos a los que resulta aplicable la preconstitución probatoria. Nos referimos a la que el legislador parece imponer vinculantemente. En efecto, como se ha indicado son varios los casos en los que el legislador procesal contempla la preconstitución probatoria de la declaración del testigo al margen del que ahora nos atañe, esto es, el previsto en el art. 449 ter LECrim. Son supuestos en los que concurre un riesgo de pérdida probatoria o de imposibilidad de reiteración en el plenario. La imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del terri-

torio nacional o por temer de forma racionalmente bastante la muerte o la incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral (art. 448 LECrim) son muestra de ello, o como de forma más genérica se dispone para el procedimiento abreviado, cuando por el lugar de residencia «o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral» (art. 777.2 LECrim).

De concurrir estas circunstancias, la norma procesal contiene también en esos casos un mandato dirigido a la autoridad judicial de la instrucción para que se proceda imperativamente a la preconstitución probatoria («practicará» inmediatamente, «mandará» practicar inmediatamente). Análoga fórmula imperativa a la que se emplea en el supuesto que nos ocupa (art. 449 ter LECrim: «acordará en todo caso»). Para entender las diferencias existentes en la obligatoriedad de preconstitución en los supuestos indicados hemos de remitirnos a lo dispuesto por la norma procesal respecto de la celebración del juicio oral.

En principio, las declaraciones prestadas por el testigo durante la instrucción y preconstituidas como prueba deberían ser reiteradas en el acto del juicio oral si el riesgo de pérdida de la fuente de prueba no se ha materializado, de manera que la reproducción en el acto del juicio de la grabación que recoge la declaración del testigo sólo operaría si resultara materialmente imposible la reiteración presencial. Así se deducía claramente del art. 730 LECrim antes y después de la reforma operada por la Ley 4/2015, sobre el estatuto de la víctima. Con la nueva redacción del precepto resultante de la LO 8/2021 no parece que se pueda deducir esa conclusión con la misma claridad. Sí en cambio del nuevo art. 703 bis LECrim que también se incorpora *ex novo* con la misma LO. Dispone este último precepto que, salvo las excepciones que veremos más adelante, «no será necesaria la presencia del testigo en la vista» cuando en aplicación de lo dispuesto «en el artículo 449 bis y siguientes» se haya practicado la declaración del testigo como prueba preconstituida. El siguiente precepto al que se refiere con «y siguientes» no es otro que el art. 449 ter LECrim, esto es, el que refiere a los testigos menores de 14 años o con discapacidad necesitadas de especial protección, no en otros supuestos. De la misma manera, la excepción a la regla de que no es necesaria la presencia del testigo en la vista se refiere igualmente a los supuestos previstos en ese mismo precepto 449 ter (art. 703 bis LECrim).

Este entendimiento es el que resulta igualmente de lo dispuesto para semejantes situaciones en el ALOECrim 2020 con el que se denomina «incidente de aseguramiento de las fuentes de prueba» (arts. 591 y ss.). Este incidente de aseguramiento discrimina con meridiana claridad la situación del testigo que, por razón de su edad o discapacidad, no deba ser sometido al examen contradictorio de las partes en el juicio oral, de los restantes casos en los que se procede también al aseguramiento de la prueba (declaraciones de otros testigos, peritos o del investigado). La regla general al respecto consiste precisamente en que el «resultado del incidente para el aseguramiento de la prueba solo accederá al juicio oral si llegara a producirse la falta efectiva de disponibilidad del medio de prueba que lo motivó», esto es, si se materializa el riesgo de pérdida en cuya previsión se produjo el aseguramiento. Sin embargo, esta regla no es de aplicación en el caso de los testigos que por su edad o situación de discapacidad no deban someterse a un examen contradictorio en el juicio (art. 602 ALOECrim).

Salvando las distancias, esta es también la norma en el proceso civil para la anticipación de la prueba «cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto» (art. 293.1 LEC), que no es otro que el acto del juicio. También aquí, la prueba practicada anticipadamente podrá realizarse nuevamente en el juicio si en el momento de proposición de prueba «fuera posible llevarla a cabo» (art. 295.4 LEC).

El aspecto diferenciador de los supuestos de preconstitución probatoria mencionados ha de centrarse, pues, en si es materialmente posible la reiteración del testimonio en el plenario, en un caso, o si, siendo materialmente posible, concurren otros motivos (calidad del testimonio, victimización secundaria) por los que no la hacen conveniente, en el otro caso.

En corroboración de lo indicado, no puede dejar de contemplarse la tendencia que se impone durante los últimos años en el marco de la digitalización de la justicia y en la progresiva incorporación de las tecnologías de la información que pueden aplicarse en los supuestos indicados. Esto es, resulta sin duda preferible que el testigo que se haya ausentado al extranjero o que por precaución haya ya depuesto durante la instrucción, declare telemáticamente desde el lugar en que se encuentre en el acto del juicio en lugar de reproducir sin más durante el mismo una grabación previa. Como se verá más adelante, la contradicción y la defensa no cuentan con la misma garantía en la fase inicial de la instrucción o en la fase de juicio oral.

Abundan en los últimos años reformas legales en las que se faculta o, a veces, se fuerza a la presencia telemática recurriendo a los «medios técnicos necesarios» como la «videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes» para la práctica de declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales, actos de juicio, vistas, audiencias, comparecencias «y, en general, todas las actuaciones procesales» (arts. 229 y 230 LOPJ, 258 bis, 325, 731 bis y 306 LECrim y 137 bis LEC). El acceso a los medios telemáticos será más fácil con las nuevas Oficinas de Justicia que se han de constituir en los municipios con la LO 1/2025 entre cuyos servicios a prestar se cita la práctica de actuaciones procesales mediante videoconferencia u otros sistemas de telepresencia (art. 439 quater.2 LOPJ). Esta sería también la opción de la reciente Recomendación Rec(2023)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2023, en materia de derechos, servicios y apoyos de las víctimas, para minimizar las dificultades en los supuestos de víctimas transfronterizas y de cooperación internacional (art. 20).

Como ha señalado la doctrina, el recurso a los medios telemáticos resulta particularmente controvertido cuando sea el investigado, acusado o condenado quien haya de depone por esos medios (Bellido, 2023: 11; Rodríguez, 2024: 5; Laro, 2025: 5), pues no son pocos los instrumentos normativos que exceptúan de lo anterior las declaraciones del investigado en determinados casos (art. 258 bis.2 LECrim) o que lo condicionan a la prestación del consentimiento por éste [Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril de 2014, relativa a

la orden europea de investigación en materia penal —art. 24—; Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio —arts. 8 y ss.—; Reglamento (UE) 2023/2844, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial —art. 6—].

3.2. TESTIGOS COMPRENDIDOS EN EL ART. 449 TER LECRIM

Hecha la anterior matización, resta descender al concreto ámbito de aplicación de la preconstitución probatoria «imperativa» contemplada en el art. 449 ter LECrim y que se refiere a los testigos menores de 14 años o con discapacidad necesitada de especial protección, expresiones que tampoco despejan todas las dudas al respecto.

Una primera cuestión se centra en si, además de la condición de testigo menor de 14 años o con discapacidad necesitada de especial protección, ha de concurrir por añadidura la de ser víctima de delito. El primero de los preceptos de la LO 8/2021 que incorpora el que ahora nos ocupa proclama como objeto de aquella «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia» (art. 1.1). De otra parte, la LO opta por un concepto flexible de violencia entendida «como toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital» (art. 1.2.I). Si bien la mayor parte de los ejemplos constitutivos de violencia que refiere acto seguido tienen una repercusión penal indudable (párrafo II).

Del articulado y del Preámbulo de la LO 8/2021 no puede deducirse con claridad la necesaria suma de la condición de testigo menor de 14 años o con discapacidad y la de víctima del delito, al menos de forma directa. Sí es cierto que el Preámbulo proclama respecto de la prueba preconstituida que se trata de un instrumento adecuado para evitar la «victimización secundaria» y particularmente eficaz cuando se trata de víctimas correspondientes a la categoría que nos ocupa atendiendo a su «especial vulnerabilidad». Pero también lo es que en otros apartados del Preámbulo se hace referencia, no sólo a la circunstancia de que los niños, niñas y adolescentes sean víctimas de violencia, sino también a que «hayan presenciado una situación de violencia». O a que la preconstitución de la prueba puede contribuir, no sólo a evitar la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables, sino también a evitar que «el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato».

En conclusión, si bien es cierto que la preconstitución probatoria se configura como medida de protección esencialmente cuando se trata de víctimas menores que han de declarar, y así se contempla en los numerosos instrumentos normativos con perspectiva victimológica, entendemos que no han de concurrir necesariamente ambas circunstancias para proceder a la aplicación de lo contemplado en el art. 499 ter LECrim (Casanova, 2022:

84). Lo determinante, en nuestra opinión, a la hora de recurrir a la medida de protección que nos ocupa es la concurrencia de una situación de vulnerabilidad en el testigo. La victimización es sin duda causa de vulnerabilidad, pero también lo es la edad o la discapacidad como viene señalado por las Reglas de Brasilia —versión actualizada de 2018— (Regla 4). En el contexto de la norma procesal, de concurrir ambas situaciones nos hallaríamos ante una doble condición de vulnerabilidad que podría triplicarse de coincidir en el testigo la victimización, la minoría de edad y la discapacidad. Así se pronunció igualmente la FGE en su Circular 3/2006 afirmando que «el mero hecho de la minoría de edad hace merecedor al testigo de un tratamiento especial, la intensidad de la protección puede graduarse, atendiendo a la edad del menor, al dato de si el mismo es o no víctima del delito, a la naturaleza y gravedad de los hechos, a si guarda relación de parentesco con el imputado». Esto es, la víctima menor es vulnerable por el hecho de ser menor de edad (Rodríguez, 2023: 99).

Es también la situación de vulnerabilidad, más que la concreta y exclusiva condición de víctima, la que atiende el ALOECrim 2020 para proceder al incidente de aseguramiento de fuentes de prueba, equivalente a la prueba preconstituida que nos ocupa. Así, respecto de las declaraciones del testigo menor de edad se dispone que «si por razón de la edad y situación de vulnerabilidad el testigo no debe ser sometido al examen contradictorio de las partes en el acto del juicio oral, se procederá a asegurar la fuente de prueba conforme a lo dispuesto en el artículo 600 de esta ley» (art. 469.6). De idéntico modo se procederá si el testigo es una persona con discapacidad y resulta necesario atendiendo al grado de discapacidad (art. 470.3). Como se ha afirmado *supra*, en estos casos la reproducción de lo grabado no depende de si se materializa o no el riesgo de dejar de comparecer en el juicio; sino que, por razón de la edad o de las condiciones personales del testigo —discapacidad—, no deba someterse al examen contradictorio de las partes o cuando, por el tiempo transcurrido, pueda haberse producido una merma relevante de la calidad informativa del testimonio (art. 602).

La más reciente y relevante reforma procesal, la llevada a cabo por la LO 1/2025, modifica la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor, poniendo también el acento en la situación de vulnerabilidad del testigo, no sólo en la condición de víctima, a la hora de preconstituir la prueba. Así, el Ministerio Fiscal instará a la Sección de Menores la práctica de la declaración de la víctima «o de un cualquier otro testigo», con las garantías de la prueba preconstituida, de conformidad con lo dispuesto en la LECrim cuando concurren alguno de los supuestos siguientes: a) Cuando exista riesgo de imposibilidad de concurrir al juicio oral; b) Cuando se trate de «una persona especialmente vulnerable. En todo caso, tendrá esa consideración toda persona menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección».

En resumidas cuentas, la situación de especial vulnerabilidad asume la centralidad de la preconstitución probatoria del testimonio, siendo las de testigo menor de 14 años o persona con discapacidad necesitada de especial protección, modalidades específicas y no exclusivas de aquella categoría más general.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse por las razones por las que el legislador ha optado por fijar el límite de edad en los 14 años. La Exposición de Motivos de la LO 8/2021 se justifica por la especial vulnerabilidad, al igual que la más reciente reforma de la Ley de responsabilidad del menor por la LO 1/2025. Pero se sostiene igualmente que sería el grado de madurez suficiente que se presume a partir de esa edad lo que fundamentaría su fijación (Magro, 2021: 23; García, 2022: 32). En todo caso, establecer un límite de edad concreto no exime de toda incertidumbre acerca de la madurez. El propio TS se ha referido poco antes de la aprobación de la LO 8/2021 a que la presunción de madurez se corresponde con una «horquilla» que oscilaría entre los 12 y 14 años para comprender el sentido del derecho a la dispensa, no sin antes afirmar tras análisis de su propia jurisprudencia que «no es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez» (STS 329/2021, de 22 de abril).

De la literalidad del precepto analizado, quedarían al margen de la preconstitución probatoria obligatoria las declaraciones de los testigos menores de edad pero mayores de 14 años. Acudiendo al criterio de la presunción de madurez en tal caso, los referidos habrían de deponer en el plenario sin perjuicio de que se procediera a la grabación de la declaración por medios audiovisuales conforme al art. 433 *in fine* LECrim o art. 26.1.a) Ley 4/2015. Ante esta tesitura parece oportuna una interpretación conforme con el interés superior del menor en el contexto del espíritu de la LO 8/2021 o de la Ley del Estatuto de la Víctima haciendo equivaler la imposibilidad material de reiteración del testimonio en el plenario con la inadecuación de someter a contradictorio al testigo menor en dicha fase por el riesgo de causarle perjuicios (Pillado, 2022: 560-561; Arangüena, 2022b: 1111). A todo ello habrían de añadirse las dificultades que en determinados supuestos dudosos puede plantear la determinación con certeza de la edad del testigo —si es menor de edad o menor de 14 años— y que para el caso de la víctima la Ley 4/2015 resuelve con una presunción a favor de la menor edad (art. 26.3), solución trasladable en nuestra opinión a los testigos no víctimas.

Las dificultades son mayores, si cabe, en la delimitación subjetiva de lo que ha de entenderse por «persona con discapacidad necesitada de especial protección» a que se refiere el art. 449 ter LECrim, indeterminación no exenta de críticas (Gómez, 2015: 2014: 324; Villacampa, 2015: 290). Por ejemplo, cabe plantearse si ha de concurrir junto a la discapacidad la condición de niño, niña o adolescente, pues en estos casos nos hallamos ante «sujetos especialmente sensibles y vulnerables» (Exposición de Motivos de la LO 8/2021). O si han de coincidir a su vez la discapacidad necesitada de especial protección y la condición de víctima. En este último caso, la determinación de las necesidades especiales de protección viene precedida de una evaluación individual en la que se valorarán las características y circunstancias personales de la víctima y, entre otras, si se trata de una persona con discapacidad (art. 23.2.a.1º Ley 4/2015). La evaluación individualizada adquiere así un innegable protagonismo en este contexto (García, 2017: 4). Una vez acreditada la discapacidad y la necesidad de medidas especiales de protección, entre estas últimas medidas la Ley 4/2015 contempla la aplicación de la prueba preconstituida en las condiciones de la LECrim (art. 26.1.a).

Si bien la Ley 4/2015 se centra en las personas con discapacidad necesitadas de especial protección que son víctimas, el art. 449 ter LECrim no lo exige en su literalidad con lo cual volvemos a la necesidad de determinar el fundamento de tal medida de especial protección. Al respecto se ha afirmado que las indicadas personas, junto con los menores, integran los colectivos más vulnerables (García, 2022: 24), constituyendo la discapacidad una de las posibles causas de vulnerabilidad (regla 4 de las Reglas de Brasilia).

Sentada la anterior premisa, disponemos de una definición legal de lo que ha de entenderse por discapacidad, y es la contenida en el art. 25 CP (y «a los efectos» del mismo), esto es, «aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Esta definición es incorporada por la LO 1/2015 de modificación del CP y que, confiesa en su Preámbulo, pretende en este punto una adecuación a lo contemplado en la Convención Internacional de Nueva York de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No es de extrañar, por lo tanto, que la definición del CP coincida con la de discapacidad de la Convención de Nueva York (art. 1) excepto en lo referido al «carácter permanente» de la deficiencia, ya que la Convención opta por la duración prolongada («a largo plazo») de la misma. El carácter permanente o no de la deficiencia tiene su trascendencia, pues lo decisivo es que la misma impida o limite la participación plena y efectiva en la sociedad, más que su condición de permanente o temporal. De hecho, las Reglas de Brasilia tanto en su versión original de 2008 como en la actualizada de 2018 comprenden para los efectos las deficiencias ya sean de naturaleza permanente como temporal. Relacionado con lo previsto en el párrafo anterior, el Preámbulo de la LO 1/2015 reconoce igualmente que la razón de la protección penal reforzada de las personas con discapacidad lo es «en atención a su especial vulnerabilidad».

El propio CP (art. 25) completa el apartado definitorio disponiendo que «asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente». Es recurrente la remisión a este precepto del CP entre quienes procuran delimitar lo que ha de entenderse en el plano procesal (art. 499 ter LECrim) por persona con discapacidad necesitada de especial protección (García, 2022: 33). La complejidad del entendimiento de este concepto jurídico indeterminado no puede solventarse, en nuestra opinión, con este párrafo segundo del art. 25 CP que parece referirse a las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad de obrar y que no tiene por qué estar vinculado con la necesidad de especiales medidas de protección. Tal y como se contempla desde el plano de la victimología (Directiva 2012/29/UE y Ley 4/2015 esencialmente) las medidas de asistencia y apoyo son de una naturaleza diversa a las medidas de protección, que pueden darse de forma conjunta o no.

La concreción del concepto exige en primer término tomar conciencia de que se parte de una premisa errónea al considerar al colectivo de personas con discapacidad como un grupo homogéneo obviando que existen distintos tipos de discapacidad derivadas de deficiencias de diversa naturaleza (física, mental, intelectual sensorial) que pueden darse de forma conjunta o no y que tienen una incidencia distinta en la capacidad de autogobierno y actuación (Arangüena, 2022a: 590-591; 2022b: 1102). Se hace preciso, por consiguiente, realizar por personas expertas una valoración del grado de discapacidad y su afectación a las habilidades para testificar, más complejas en el caso de limitaciones cognitivas derivadas de una discapacidad intelectual (Köhnken *et al.*, 2015: 16) que en las de carácter físico o sensorial. En concreto, habrá de resultar de la valoración indicada si entre las medidas de especial protección que exige la concreta situación de discapacidad se encuentra la de la preconstitución probatoria en los términos del art. 499 ter LECrim. Pues hay que tener presente que el legislador no excluye automáticamente, como es el caso de los menores de 14 años, que los testigos personas con discapacidad necesitadas de especial protección declaren en el plenario aunque adoptando medidas como la evitación de la confrontación visual y sin estar presentes en la sala (art. 707 LECrim).

Del ámbito de aplicación de la prueba preconstituida cabe concluir que se dan dos escenarios muy diversos en el plano subjetivo. En uno de ellos, cuando el testigo sea menor de 14 años, la preconstitución opera casi automáticamente al tratarse de una situación objetiva y fácilmente constatable, a salvo los supuestos que planteen dificultades de fijación de la edad, por carecer de documentación acreditativa, por ejemplo. En el caso de la persona con discapacidad, en cambio, será del todo preciso proceder de modo similar a lo contemplado en la normativa de protección de las víctimas realizando la evaluación individual correspondiente por personas expertas al objeto de concretar si concurre la situación de discapacidad, la naturaleza de ésta y si entre las medidas de protección necesarias se encuentra la de preconstituir la prueba si la reiteración del testimonio en el plenario puede suponer una nueva fuente de perjuicios. Entiende la Fiscalía General del Estado (FGE) que no se precisa, en estos casos, un pronunciamiento judicial o administrativo en tal sentido (FGE, 2022: 1156).

4. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: LOS DELITOS EN LOS QUE PROCEDE

Junto al requisito subjetivo de tratarse de testigo menor o con discapacidad en los términos arriba indicados, el art. 449 ter LECrim exige además que se trate de la instrucción por alguno de los delitos que se mencionan en una extensa relación que tienen en común su aparente gravedad: homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo. En estos su-

puestos la preconstitución probatoria deviene imperativa. Sería potestativa (Pillado, 2022: 558), si atendemos a la literalidad del último inciso del precepto en cuestión («podrán ser aplicables»), cuando se trata de delitos leves. En este último caso nos hallaríamos ante una verdadera prueba anticipada al carecer de fase de instrucción el procedimiento por este tipo de delitos y practicarse la declaración fuera del juicio oral, pero ante el órgano competente para el enjuiciamiento (Arangüena, 2022*b*: 1110).

Cabe cuestionarse por las razones justificativas del amplio catálogo de delitos indicado. Muchos de ellos coinciden con el listado contenido en la Ley 4/2015 con motivo de las circunstancias a valorar en la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección (art. 23.2). A su vez, este último listado es casi coincidente con el contenido en la Directiva 2012/29/UE (art. 22.3). En el supuesto de que el art. 449 ter LECrim esté considerando que el testigo, menor de 14 años o persona con discapacidad necesitada de especial protección, es a su vez víctima de alguno de los delitos indicados, la normativa al respecto nos da las claves para entender el porqué del listado. En concreto, el considerando (57) de la Directiva 2012/29/UE afirma que las víctimas de los delitos arriba mencionados y las víctimas con discapacidad o menores «tienden a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias», lo que justificaría la preconstitución de la prueba en el listado del art. 449 ter LECrim.

Pero el anterior argumento no es suficiente cuando los testigos a que se refiere el art. 449 ter LECrim no sean a su vez víctimas. En este supuesto la justificación no es otra que la situación de vulnerabilidad en que se coloca al menor o persona con discapacidad al relacionarse con el sistema de justicia penal o la conveniencia de una rápida exploración por motivos epistemológicos de calidad del testimonio. Escenario que, por supuesto, se da en el caso de las víctimas, pero no exclusivamente. En este punto nos sumamos al espíritu que informa el ALOECrim 2020, esto es, lo determinante en la preconstitución probatoria (incidente de aseguramiento de la fuente de prueba) radica en que la situación de vulnerabilidad del testigo por razón de la edad o discapacidad determine que no deba ser sometido al examen contradictorio de las partes en el acto del juicio oral. Siendo esto así entendemos que un catálogo cerrado de delitos no tendría mucho sentido y habría que priorizar el resultado de la evaluación individual de la situación de vulnerabilidad del testigo.

Además, conviene no perder de vista que, más allá de los tribunales domésticos, las instancias de justicia supranacional han justificado la preconstitución probatoria en el juicio ponderativo de otros derechos vinculados al proceso equitativo y al derecho a la defensa en supuestos excepcionales que presentan casi siempre un perfil muy similar, esto es, víctimas menores de edad casi siempre inferior a 10 años, que a su vez lo son de delitos contra la libertad sexual y cuyo testimonio constituye por regla general la única prueba de cargo disponible. Este escenario puede chocar con el modelo de prueba preconstituida por el que opta el legislador español de una extensión considerable en su ámbito de aplicación objetivo. El justo equilibrio al objeto de evitar las consecuencias irreparables desde la perspectiva del principio contradictorio puede venir dado por la excepción contemplada en el art. 703 bis LECrim al que nos referiremos.

5. LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Una vez delimitados los ámbitos subjetivo y objetivo en que procede practicar de forma obligatoria la prueba preconstituida respecto de los testigos menores de 14 años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, corresponde exponer la forma en la que se desarrollará la misma. Sobre este punto podemos diferenciar dos perspectivas que inciden en los distintos sujetos intervinientes. Por un lado, desde la perspectiva del testigo en situación de vulnerabilidad por edad o discapacidad, la ley contempla una serie de medidas orientadas a reforzar la protección del testigo durante su audiencia. Por otro lado, teniendo en cuenta la pretensión del legislador de evitar en la medida de lo posible la comparecencia del testigo menor o con discapacidad, se ha de garantizar que la preconstitución probatoria se rodee de las garantías adecuadas en aras a que pueda legítimamente incorporarse al acervo probatorio que puede resultar eficaz, en su caso, para desvirtuar la presunción de inocencia. Esto último se concentra en esencia en el respeto de la debida contradicción.

5.1. MEDIDAS ADICIONALES DE PROTECCIÓN EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Tal y como se viene sosteniendo a lo largo de este estudio, la preconstitución de la prueba mediante la grabación audiovisual de la declaración y su reproducción en el plenario sin que resulte necesaria la presencia física del testigo en él, constituye de por sí una medida de protección del testigo en situación de vulnerabilidad. Pero, además, la LECrim contempla una serie de medidas adicionales a considerar en el momento procesal de su práctica que vienen a reforzar la protección dispensada al testigo para que la propia audiencia o declaración anticipada del mismo tenga lugar en condiciones tales que eviten causar algún tipo de perjuicio o agravar el ya causado mediante la comisión del delito. Lo cierto es que, si bien el art. 449 ter LECrim ya prevé relevantes medidas al respecto, las mismas han de ser completadas con otras desperdigadas en otros tantos preceptos a lo largo de la norma procesal indicada, y también en las disposiciones específicas sobre protección de víctimas.

Sobre este punto es de destacar la posibilidad de que la audiencia se practique a través de «equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional» (art. 449 ter. II LECrim). Por un olvido del legislador (Arangüena, 2022a: 597) el párrafo comienza con la exclusiva referencia expresa al testigo menor de 14 años para esta posibilidad, sin mención de la persona con discapacidad, si bien el mismo párrafo más avanzado en su redacción ya se refiere a las circunstancias «de la persona menor o con discapacidad». Por si fuera necesario, refuerza la interpretación extensiva de la recepción de la declaración «por medio de personas expertas» lo contemplado en la Ley 4/2015 para las víctimas menores de edad, con discapacidad necesitadas de especial protección o de violencias sexuales (art. 26.1.b), reproducción casi literal de lo prevenido en la Directiva 2012/29/UE (art. 23.2.b).

La referencia a la intervención de los equipos psicosociales es de la máxima relevancia al no limitarse a servir de mero intermediario con la autoridad judicial en la audiencia o toma de la declaración haciendo traslado de las correspondientes preguntas, sino que lo hace con pleno conocimiento de las circunstancias y antecedentes del testigo, lo que ha de contribuir sin duda a una mayor eficacia en su práctica. Dispone el precepto en cuestión que el equipo psicosocial prestará un apoyo «interdisciplinar e interinstitucional» en la medida en que habrán procedido a la recepción del trabajo de profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiado las circunstancias personales, familiares y sociales de aquél. Esta labor previa de preparación resulta esencial, no sólo para prevenir la provocación de mayores perjuicios al testigo en el momento de la declaración, sino también para la mejora en el «rendimiento de la prueba» a la que se refiere el precepto que analizamos. La forma en la que se aborda la fase de recuperación de la información al testigo, a diferencia de lo que acontece con las fases de codificación y retención de la misma, sí es susceptible de llevarse a cabo de manera adecuada y controlada, minimizando en lo posible un impacto negativo (Ministerio de Justicia, 2022: 18). Aunque ello pueda redundar en determinados casos en dilaciones que, por otra parte, se han de evitar a la víctima (art. 21 Ley 4/2015) cuando sea conveniente recibir la declaración en los momentos más próximos a los hechos delictivos al objeto de evitar el deterioro del testimonio (Pillado, 2022: 549).

La referencia al apoyo interdisciplinar e interinstitucional ha de entenderse realizada a las actuaciones de todo tipo (terapéutico, educativo, familiar, social, etc.) que se hayan llevado a cabo en relación con el testigo y que permitirán adaptar la entrevista a las circunstancias la edad y desarrollo, nivel cognitivo y social, antecedentes culturales y estado emocional de la persona entrevistada (Ministerio de Justicia, 2022: 42-43). Este tipo de informes no pueden considerarse de naturaleza pericial debido a la existencia de una vinculación previa de sus elaboradores con el testigo a examinar (Subijana y Echeburúa, 2022: 108-109).

El art. 449 ter LECrim dispone en su párrafo segundo que el juez, previa audiencia de las partes, «podrá recabar un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor». No parece que con estos términos se refiera el legislador al informe pericial psicológico sobre credibilidad del testimonio, al que nos referiremos más adelante. Más bien, parece referirse a si la audiencia o exploración ha sido posible o las dificultades que pueden haberse planteado, al margen de la posterior valoración sobre su credibilidad. Por ejemplo, mostrar en el caso de las personas con discapacidad intelectual las dificultades en el procesamiento de la información y la función ejecutiva y dificultades de comunicación, que pueden influir en la codificación, recuperación y comunicación de sus experiencias, o que no se ha podido prestar un testimonio válido, debido a las dificultades de comprensión o expresión lingüísticas, problemas relacionados con su memoria episódica o, por otra parte, se aprecie la sospecha de resistencias, conflictos de lealtades, contaminación de su relato, debido a sucesivos interrogatorios previos no realizados por expertos, etc. (Ministerio de Justicia, 2022: 30-32).

Junto a la intervención de personas expertas en la audiencia, ha de considerarse igualmente como de naturaleza tuitiva la previsión contemplada en lo tocante a evitar la con-

frontación visual entre el testigo y la persona investigada si hubiera comparecido a la práctica de la diligencia. El precepto en cuestión se refiere para tales fines a la utilización, si fuese necesario, de cualquier medio técnico (art. 449 ter.III LECrim). Son numerosas las disposiciones normativas sobre protección de las víctimas que contienen previsiones análogas, incluso la configuración como un auténtico derecho a que se evite el contacto directo entre víctima y victimario (art. 20 Ley 4/2015). Utilización de medios telemáticos que ha de ser garantizada «especialmente» cuando las declaraciones sean prestadas por víctimas menores de edad o con discapacidad (art. 258 bis.3.a LECrim). O sin que resulte precisa la condición de víctima cuando la comparecencia, entre otros, del testigo «resulte particularmente gravosa o perjudicial» (arts. 325 y 731 bis LECrim).

Además, el efecto protector pretendido con la evitación de la confrontación visual entre el testigo y el presunto victimario en el momento de la audiencia puede incrementarse considerablemente si el uso de medios técnicos se combina con el recurso a un espacio o entorno amigable y cómodo para el menor o persona con discapacidad de manera que se atenúen en lo posible las consecuencias nocivas que un escenario como el de la sede judicial, extraño y hostil, puede provocar. Aunque no se haga referencia expresa a estos espacios en el art. 449 ter LECrim, su uso no debe plantear inconvenientes atendiendo a lo previsto con carácter general para la protección de las víctimas (art. 25.1.a Ley 4/2015: «que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas a tal fin») y con carácter particular cuando las víctimas sean menores de edad o personas con discapacidad, en cuyo caso puede incluso prestarse la declaración desde un lugar ajeno al Palacio de Justicia, esto es, «desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento o protección» (art. 258 bis.3.a LECrim). Incluso respecto de testigos menores de edad o personas con discapacidad, no necesariamente víctimas, se prevé la posibilidad de evitar la confrontación visual y de ser oídos sin estar presentes en la sala (art. 707 LECrim).

Sobre este punto ya se ha acreditado en la práctica la positiva experiencia que implica el uso de las denominadas «cámaras Gesell» (Beltrán, 2021: 138; Luaces, 2022: 1-23; Pillado, 2022: 556; García, 2022: 51; Ministerio de Justicia, 2022: 47) y ha sido igualmente alabado por el TS y avalado por el mismo al interpretar que las cámaras Gesell se incluyen en la referencia que la LECrim hace en diversas de sus disposiciones a la utilización de medios técnicos como la videoconferencia (STS 519/2022, de 26 de mayo y las que en ella se citan). La recientemente aprobada LO 1/2025 ha incorporado a la LOPJ sendas previsiones en relación con las Secciones de Violencia sobre la Mujer (art. 89.10) y con las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia (art. 89 bis.6) conforme a las cuales el CGPJ «deberá estudiar, en el ámbito de sus competencias, la necesidad o carencia de dependencias que impidan la confrontación de la víctima y el agresor durante el proceso, así como impulsar, en su caso, la creación de las mismas». Compromiso que ha de contribuir sin duda a la materialización efectiva y a la generalización de espacios adecuados como los mencionados. El acto de recibir declaración en un entorno amable y adecuado —cámara Gesell, por ejemplo— puede hacerse extensivo a otras personas en situación de vulnerabilidad como pueden ser las víctimas personas de edad avanzada (FGE, 2022: 1156).

5.2. GARANTÍAS VINCULADAS AL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Como se ha expuesto en la introducción, es el plenario el momento procesal oportuno para la práctica de la prueba, pues en él se garantiza en su integridad la oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción efectiva. Estas garantías, en particular la que implica el principio de contradicción, han de ser igualmente observadas y respetadas en el caso de la prueba preconstituida (Moreno, 2017: 177; Montesinos, 2017: 219). Cuando la LECrim aborda los requisitos conforme a los cuales ha de desarrollarse con carácter general la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida en los casos legalmente previstos, menciona en primer término la garantía por parte de la autoridad judicial del principio de contradicción (art. 449 bis LECrim) a lo que se añade para el supuesto más concreto que nos ocupa, y de forma más ilustrativa si cabe, que su práctica se llevará a efecto «con todas las garantías de la práctica de la prueba en el juicio oral» (art. 449 ter LECrim).

Resulta esencial, por lo tanto, que las medidas de protección que se adopten en relación con las personas en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los testigos menores de 14 años o con discapacidad necesitadas de especial protección, no suponga como contrapartida una lesión de los derechos y garantías procesales de la persona investigada. O al menos que no lo sea en términos absolutos o inadmisibles desde el punto de vista del derecho a un proceso justo. Esta cautela ha estado presente en los diversos instrumentos normativos que se han citado *supra*. Así, la Directiva 2012/29/UE, sobre los derechos de las víctimas, subraya en sus considerandos que la concreción de las medidas exactas de protección de las víctimas, determinadas mediante la evaluación individual, se hará «sin perjuicio de los derechos de la defensa y de conformidad con las normas de discrecionalidad judicial» (considerando 58). Estos elementos definitorios del marco perimetral en el que tiene legítima cabida la prueba preconstituida, esto es, derechos de defensa y facultades de apreciación de los tribunales, se reiteran en el articulado de la Directiva dando cierre al Capítulo IV sobre protección de las víctimas necesitadas de protección especial (art. 23). No menos ilustrativo sobre este punto resulta lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), de 25 de octubre de 2007, ratificado por España, que tras apelar al superior interés del niño y a la necesidad de respetar sus derechos, pero antes de desplegar las medidas protectoras, proclama en el precepto titulado «principios» que cada Parte velará por que las medidas aplicables con arreglo al presente capítulo «no menoscaben los derechos de defensa ni la exigencia de un juicio justo e imparcial, de conformidad con el artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

Esta última apelación al CEDH nos da pie a una mínima pero necesaria referencia a la doctrina del TEDH sobre los supuestos a los que nos referimos, pues el indicado anteriormente art. 6 CEDH garantiza el derecho a un proceso público, salvo que, entre otros motivos, lo exijan los intereses de los menores (apartado 1) y a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra (apartado 3.d). Derecho este último que, junto a los restantes del apartado 3 a garantizar «como mínimo», constituye un aspecto específi-

co del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH) en entendimiento del TEDH. Destacando aquellos pronunciamientos que inciden más directamente en la cuestión que nos concierne, el TEDH parte del hecho de que, como regla general, conforme al art. 6 CEDH, «todas las pruebas se deben normalmente practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas». Admite, sin embargo, que la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con dicho precepto. Sobre este punto reconoce el TEDH un cierto margen de arbitrio a los tribunales nacionales para decidir si es necesario o aconsejable recibir el testimonio de un testigo, dado que el art. 6 CEDH «no confiere al acusado un derecho ilimitado a exigir la comparecencia del testigo en el juicio».

Por otro lado, la no comparecencia del testigo de cargo en el acto del juicio debe ser compensada con el reconocimiento al acusado de la «oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento». Sólo de esta manera se considerarán respetados los derechos de la defensa. En este contexto, el TEDH resume de la siguiente manera las mínimas garantías (*minimum guarantees*) relativas al acusado que han de ser respetadas: a) el sospechoso debe ser informado de que va a declarar el menor; b) debe ofrecérsele la oportunidad de observar la declaración, bien durante su desarrollo, bien posteriormente en una grabación audiovisual; y c) debe disponer de la oportunidad de formularle preguntas, directa o indirectamente, en el curso de su primera entrevista o en un momento posterior. Garantías entre las que se comprenderían, incluso, la práctica de la audiencia del testigo mediante personas expertas: «*As a general rule, paragraphs 1 and 3(d) of Article 6 cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his lawyer*» (SSTEDH asunto A.S. c. Finlandia, de 28 de septiembre de 2010; asunto Gani c. España, de 19 de febrero de 2013; asunto González Nájera c. España, de 11 de febrero de 2014). Doctrina que será acogida por nuestros tribunales (SSTS 178/2018, de 12 de abril; 579/2019, de 26 de noviembre; SSTC 174/2011, de 7 de noviembre; 57/2013, de 11 de marzo, entre otras).

Ahora bien, ¿cómo se traslada esta coincidencia doctrinal y jurisprudencial sobre la exigencia de la garantía de contradicción al texto de la ley al abordar la preconstitución probatoria? Para dar respuesta a esta cuestión se han de tomar en cuenta una serie de disposiciones de carácter general para la prueba preconstituida y otras específicas para el caso de los testigos en situación de vulnerabilidad que tratamos.

El debido respeto a la garantía de contradicción exige, en primer término, que el investigado sea informado de que se le recibirá audiencia al testigo en situación de vulnerabilidad a tales efectos, ya que con carácter general las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento (art. 302 LECrim). Como se verá, la intervención letrada que asista a la persona investigada en la práctica de la diligencia es inexcusable, por lo que se le requerirá a aquel que nombre abogado o abogada si no lo tuviere, o de lo contrario se le nombrará de oficio (art. 448 LECrim). Sin embargo, la presencia de la persona investigada en el acto de práctica de

la prueba preconstituida no es presupuesto de su validez, pues su ausencia no impedirá la práctica siempre que hubiera sido debidamente citada, si bien su defensa letrada «en todo caso, deberá estar presente» (art. 449 bis LECrim). En definitiva, la esencia de la contradicción obliga a conceder a la persona investigada y a su defensa la oportunidad de participar en la práctica de la prueba preconstituida, pero su ausencia no impedirá su celebración.

El TEDH diferencia ambos escenarios con nitidez. El derecho al proceso equitativo (art. 6.1 CEDH) en conexión con el derecho a interrogar al testigo de cargo (art. 6.3.d CEDH) resultaría lesionado si a la persona investigada no se le concede la oportunidad de intervenir en la declaración y a formular preguntas a los testigos de cargo (entre otras, la STEDH asunto A.S. c. Finlandia, de 28 de septiembre de 2010), pero no se lesionaría tal derecho cuando concedida la oportunidad de formular preguntas al testigo, se rechaza la misma (entre otras, la STEDH asunto B. c. Finlandia, de 24 de abril de 2007: «*where the defence had been afforded, but had turned down, the possibility to have questions put to the child complainant*»). Esta doctrina ha sido acogida igualmente por nuestros tribunales que no aprecian lesión de la garantía de contradicción cuando concedida tal posibilidad, su falta de materialización efectiva es imputable exclusivamente a las partes pasivas del proceso y no a una actuación judicial constitucionalmente censurable (STS 19/2019, de 23 de enero).

Dicho lo anterior, parecería suficiente para entender garantizada la contradicción con conceder a la persona investigada la oportunidad de intervenir en la práctica de la prueba preconstituida, pero el legislador ha considerado además oportuno, acertadamente en nuestra opinión, forzar de alguna manera su efectividad. Esto es, junto a la mera ocasión de participar en la declaración, el legislador exige la obligatoria presencia de la defensa letrada, hasta el punto de que si ésta deja de comparecer injustificadamente o concurren razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto (art. 449 bis.II LECrim).

Aprovechada por la persona investigada la oportunidad reconocida de intervenir en la práctica de la declaración, la circunstancia de que el testigo sea menor de 14 años o persona con discapacidad necesitada de especial protección no es óbice para una intervención plena y activa en la misma. Si bien es cierto que no podrán interrogar directamente al testigo, sí lo harán de forma indirecta trasladando las preguntas a la autoridad judicial que previo control de su pertinencia y utilidad las facilitará a las personas expertas. Evitando, como se ha dicho ya, la confrontación visual con el testigo. Además, una vez realizada la audiencia del testigo, las partes podrán interesar aclaraciones procediendo de la manera indicada anteriormente (art. 449 ter LECrim), lo que redundará, sin duda, en una más efectiva garantía de la contradicción.

No ha estimado oportuno el legislador adoptar medidas más coercitivas en orden a asegurar con mayor intensidad la contradicción, como la posibilidad contemplada en el ALOECrim 2020 de forzar la presencia de la persona investigada que no comparece al incidente de aseguramiento de la fuente de prueba ordenando su detención si se estima necesaria su presencia (art. 599.2). En efecto, esta propuesta de reforma integral de la norma procesal penal contempla como novedad la que denomina «detención para la

ejecución de actos y resoluciones» cuando, sin perjuicio de lo dispuesto para la detención preventiva, «dicha medida sea imprescindible para asegurar la práctica de una diligencia, medio de prueba, acto, notificación o requerimiento que exija de su presencia en calidad de investigada, acusada, condenada o penada, de testigo o de perito» (art. 196 ALOECrim). Tampoco ha contemplado la posibilidad de que la prueba preconstituida practicada en la fase de instrucción pueda ser complementada con posterioridad antes de su incorporación al plenario. Esta opción sí está recogida en el ALOECrim 2020 a través del denominado «incidente para la ampliación de la prueba asegurada» cuando con posterioridad al acto de aseguramiento «se descubren hechos nuevos o hechos de los que no se hubiera tenido conocimiento con anterioridad, que sean relevantes para evaluar la credibilidad del testigo» (art. 603.1).

Considerando que la práctica de la prueba preconstituida supone el momento procesal crucial en la configuración con futura eficacia probatoria del testimonio, y considerando la conveniencia de recibir declaración al testigo el menor número de veces posible, cabe plantearse si procede complementar la audiencia o exploración del testigo menor o con discapacidad con la solicitud de un informe pericial psicológico de análisis de la credibilidad del testimonio. La LECrim no lo dice expresamente, aunque podría interpretarse que a esa categoría se refiere el art. 499 ter al disponer que la autoridad judicial podrá, previa audiencia de las partes, recabar del perito un informe dando cuenta «del desarrollo y resultado de la audiencia del menor». Sin embargo, el objeto, la metodología a seguir, los resultados perseguibles, etc. son distintos en un caso y en otro como se ha indicado *supra* (Ministerio de Justicia, 2022: 30-32). Hubiera sido deseable que el legislador hubiera procedido con mayor claridad diferenciando ambos tipos de informes periciales. Así lo hace el ALOECrim 2020, que distingue, por un lado, el informe del perito sobre el desarrollo y resultado de la exploración en términos muy similares a los del art. 449 ter LECrim y, por otro lado, la realización de un dictamen pericial sobre la credibilidad de la declaración (art. 600.3 ALOECrim). Sobre este último aspecto, la propuesta de reforma procesal recoge un precepto específico al respecto («pruebas periciales sobre la credibilidad de los testimonios de menores de edad») exigiendo la utilización de procedimientos y criterios respaldados por la comunidad científica de referencia y publicados en revistas especializadas, de los que se dejará constancia en el informe pericial (art. 486 ALOECrim). Incluso estimamos más correcto, como hace dicho Anteproyecto, condicionar este último dictamen pericial sobre credibilidad a la instancia previa de cualquiera de las partes (art. 600.3), en aras a garantizar la imparcialidad judicial en la práctica de la prueba.

La prueba preconstituida practicada en esas condiciones habrá de documentarse en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, debiendo comprobar el Letrado de la Administración de Justicia la calidad de la grabación (art. 449 bis.III LECrim). En algunos ordenamientos próximos se prevé la sustitución de la grabación audiovisual por una exclusivamente sonora si el interés del menor lo justifica (art. 706-52 CPP francés). También lo contemplan las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños, de 17 de noviembre de 2010, si fuera necesario para evitar daños o victimizaciones secundarias al menor.

Por último, practicada como se ha indicado la prueba preconstituida, su valoración probatoria queda condicionada a la reproducción de la grabación en el acto del juicio oral a instancia de cualquiera de las partes (arts. 449 bis, 703 bis, 730.2 y 788.2 LECrim).

6. LA EXCEPCIONAL INTERVENCIÓN DEL TESTIGO EN EL JUICIO ORAL

La novedad más destacable de la modificación del art. 449 ter LECrim que analizamos radica, como se ha dicho, en la obligatoriedad de preconstituir la prueba en los supuestos en él contemplados. Procediendo de esa manera y respetando la debida contradicción, se reproducirá en la vista la grabación audiovisual a instancia de parte. Expresando literalmente que no será necesaria la presencia del testigo en el juicio. Con todo, ha optado el legislador, con acierto en nuestra opinión, por no revestir esa regla general de tintes absolutos o categóricos. Así, dispone el nuevo art. 703 bis LECrim que la autoridad judicial «solo» podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio «con carácter excepcional». Contempla el legislador al respecto dos situaciones distintas con cierta confusión. Por un lado, cuando la intervención en juicio del testigo menor de catorce años o discapacitado: a) sea interesada por alguna de las partes; b) se considere necesaria por el juez; y c) así lo justifique en una resolución motivada (párrafo segundo). Por otro lado, cuando la misma intervención en juicio sea acordada por la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento a instancia de parte «cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes» (párrafo tercero).

La valoración positiva de esta cláusula de escape deviene de una circunstancia fácil de comprender. A pesar de que insista el legislador en la necesidad de garantizar la contradicción en la preconstitución probatoria, lo cierto es que por el momento procesal en que tiene lugar (inmediatamente, con la mayor proximidad temporal respecto de los hechos) y las circunstancias en que puede haberse practicado (ausencia del investigado, defensa letrada de oficio, etc.) resulta difícil que dicha contradicción pueda haber sido efectiva. Entiende, con razón, el TS que la contradicción en la fase de instrucción y la que puede tener lugar en la fase de plenario no son comparables. Dice al respecto que «por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral». La contradicción se garantizaría en su plenitud sólo en el juicio oral, «pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla». La contradicción en la prueba sumarial preconstituida es, sin embargo, distinta, pues «se produce cuando existe una simple inculpación, generalmente vaga, por cuanto el acto investigativo esencial tanto para delimitar debidamente dicha inculpación como para apoyarla tendrá lugar precisamente en este acto de preconstitución» (STS 579/2019, de 26 de noviembre), esto es, «bajo presupuestos cognitivos, relacionados con el objeto procesal, distintos» (STS 289/2024, de 21 de marzo). Argumentos similares acerca de la más que probable deficiencia contra-

dictoria en la fase inicial de la instrucción han sido puestos de manifiesto por la doctrina (Cabezudo, 2010: 155-156; Serrano, 2015: 1167).

Por tal motivo, estimamos acertado que con la excepcionalidad que se menciona, la persona investigada, sobre todo, pueda solicitar la presencia del testigo en el plenario y acordarlo la autoridad judicial. Para ello se precisa la instancia de parte, la necesidad de la presencia y la debida motivación judicial. La necesidad de la presencia testifical en sede plenaria entendemos que ha de vincularse, precisamente, con la insuficiencia de la garantía de contradicción en la fase preparatoria. Puede responder igualmente a que no se hayan respetado el resto de requisitos analizados más arriba (deficiencias técnicas en la grabación, por ejemplo). Pero en el primer caso no pueden ignorarse las consecuencias que para otros derechos y garantías pudiera ocasionar su lesión. Así, las consecuencias que para el proceso equitativo o debido del art. 6 CEDH pudieran derivarse conforme a la jurisprudencia del TEDH.

Ello nos remite al requisito de la motivación de la resolución judicial acordando la presencia del testigo en el juicio oral. Con anterioridad a la incorporación del art. 449 ter LECrim exigía la jurisprudencia que el tribunal enjuiciador había de motivar la denegación de la presencia del testigo menor acreditando mediante informe pericial el perjuicio que la reiteración del testimonio habría de ocasionarle (STS 579/2019, de 26 de noviembre). Con el imperativo legal de preconstituir la prueba en esos casos consagrada por el indicado precepto no sería necesaria la motivación al objetivizarse tal circunstancia (STS 107/2022, de 10 de febrero). Entendemos, sin embargo, que no sólo procede motivar la resolución si se acuerda la presencia del testigo, sino también cuando se deniega si la parte que interesa dicha presencia acredita mínimamente en su solicitud que desde la preconstitución se han practicado diligencias o conocido hechos o fuentes de prueba ignorados en aquel momento que pudieran incidir en el resultado de aquélla. En nuestra opinión, el automatismo con que se impone la preconstitución probatoria en estos casos y la no presencia del testigo en el plenario implicaría el traslado de la carga de justificar mínimamente la necesidad de tal presencia a la parte que lo solicita y ello vinculado con la incidencia en la calidad de la contradicción. Se trataría, en definitiva, de anticipar a este momento las alegaciones que la jurisprudencia exige plantear en la fundamentación de un recurso con ocasión de la lesión de la defensa contradictoria. Así, trasladando aquí lo contemplado por la STS 289/2024, de 21 de marzo, al solicitar la presencia del testigo en el juicio oral habría de justificarse «en qué medida la no práctica de la prueba plenaria pudo, a la postre, reducir sus expectativas defensivas, argumentando, por ejemplo, que la información que sobre el hecho justiciable podía disponer en el momento de la declaración de la Sra. Estrella (testigo) resultaba insuficiente para alcanzar niveles de contradicción efectiva en el interrogatorio».

Planteada en términos similares la solicitud, no cabe duda de que la autoridad judicial haciendo uso de las facultades de apreciación reconocidos para casos similares por la normativa de protección de las víctimas en consideración al derecho de defensa (art. 23 Directiva 2012/29/UE) vendrá obligada a motivar la resolución denegatoria de la presencia del testigo. No hay que perder de vista que implica una restricción en el derecho a la defensa, en su caso, que exige motivación, máxime atendiendo a la amplitud de los supuestos

comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma y lo estrictos y poco dados a los automatismos que pueden ser algunos tribunales (TEDH, por ejemplo) en el entendimiento del derecho a la defensa y del proceso equitativo y sus restricciones.

La excepcional participación del testigo en el acto del juicio oral no ha de traducirse, evidentemente, en la presencia de aquél en la sala de vistas al modo ordinario, sino con las cautelas de protección ya mencionadas para evitar la confrontación visual con la persona acusada, la posibilidad de ser oídos sin estar presentes en la sala utilizando la tecnología necesaria (art. 707 LECrim), incluso con la participación de personas expertas a través de las cuales trasladar las cuestiones pertinentes, procediendo a la anticipación de la prueba si fuera preciso.

7. CONCLUSIONES

Las reformas operadas por la LO 8/2021 han mutado la ya existente posibilidad de preconstituir prueba en el caso de las declaraciones testificales en una obligación cuando los testigos sean menores de 14 años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Este cambio ha supuesto una mejora notable desde una doble perspectiva. Por un lado, aminorando las opciones de perjuicio derivado del contacto del testigo en situación de vulnerabilidad con el sistema de justicia penal. Máxime cuando a ello se le añade con frecuencia otra causa de vulnerabilidad como es la de haber sido víctima del delito con los consabidos riesgos de victimización secundaria. Por otro lado, ello puede derivar en un beneficio para la propia calidad epistemológica del testimonio, pues como se ha acreditado científicamente, el transcurso del tiempo y el riesgo de contaminación pueden afectar directamente a dicha calidad, sobre todo en testigos como los mencionados. Pero, los beneficios que reporta la imperativa preconstitución probatoria para el testigo y, también, para la calidad del testimonio, pueden afectar negativamente en el derecho a la defensa y a la contradicción de la persona investigada si se le priva de la oportunidad de interrogar al testigo en el plenario, momento procesal adecuado para el desarrollo de la actividad probatoria al garantizarse en él con plenitud las garantías procesales al respecto. Por ese motivo, ha de juzgarse muy positivamente la posibilidad de que, siquiera de modo excepcional, se pueda solicitar y acordar motivadamente la presencia del testigo en el juicio oral. Presencia que, en nuestra opinión, ha de justificarse en supuestos en los que exista evidencia de que la contradicción en la fase de instrucción no ha sido satisfactoria en el contexto de cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

Arangüena Fanego, Coral (2022a): «Personas con discapacidad y proceso penal. Última reforma de la LECrim (LO 8/2021) y perspectivas de futuro», en S. Barona Vilar (edit.), *Justicia poliédrica en período de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 585-604.

- (2022b): «Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3, 1096-1126.
- Bellido Penadés, Rafael (2023): «Presente y futuro de la videoconferencia en materia penal (proceso penal español y cooperación judicial penal internacional en la UE)», *Revista General de Derecho Procesal*, 59, 1-67.
- Beltrán Montoliu, Ana (2021): «Víctimas vulnerables: Especial referencia al estatuto del menor a la luz de la lo 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 3, 108-149.
- Cabezudo Rodríguez, Nicolás (2010): *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Casanova Martí, Roser (2022): «La prueba preconstituida como mecanismo de protección de las personas menores víctimas de violencia sexual en el proceso penal a la luz del nuevo art. 449 ter LECrim», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, 78-91.
- Cavalcante Carvalho, Alana M. (2018): «Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad», *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, 7, 15-25.
- Fiscalía General del Estado (2022): *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid: Fiscalía General del Estado-Ministerio de Justicia.
- García Rodríguez, Manuel J. (2017): «Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, 41, 1-33.
- (2019): *Código de los Derechos de las Víctimas*, 3ª edición, Sevilla: Instituto Andaluz de la Administración Pública. <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-10/derechovictimas.pdf>.
- (2022): «Ventajas de la nueva regulación de la prueba preconstituida para la declaración de las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección en el proceso penal», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2258, 1-75.
- Gómez Colomer, Juan L. (2015): *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- Guzmán Fluja, Vicente (2006): *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Köhnken, Günter, Antonio L. Manzanero y María Teresa Scott (2015): «Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones», *Anuario de Psicología Jurídica*, 25, 13-19.
- Laro González, Elena (2025): «La declaración por videoconferencia en materia penal desde la perspectiva europea y española», *Revista de Estudios Europeos*, 85, 150-170.
- Luaces Gutiérrez, Ana I. (2022): «La prueba preconstituida en menores de edad tras la LO 8/2021: especial referencia a la utilización de Cámaras Gesell como instrumento para evitar la victimización secundaria», *La Ley. Derecho de Familia*, 34, 1-23.
- Magro Servet, Vicente (2021): «Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *Diario La Ley*, 9862, 1-31.
- Ministerio de Justicia (2022): *Guía de buenas prácticas para la declaración en el proceso penal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección: intervención desde la psicología forense, en particular en la prueba preconstituida*, Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica.
- Montesinos García, Ana (2017): «La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral», en O. Fuentes Soriano (coord.), *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 218-228.
- Moreno Catena, Víctor (2017): «La prueba preconstituida», en M.I. González Cano (dir.) y M.I. Romero Pradas (coord.), *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 149-315.
- Nieva Fenoll, Jordi (2024): «La prueba preconstituida: un concepto erróneo e imposible», *Diario La Ley*, 10532, 1-9.

Pillado González, Esther (2022): «La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización», en S. Barona Vilar (edit.), *Justicia poliédrica en período de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 541-562.

Rodríguez Lainz, José Luis (2024): «Las actuaciones procesales por videoconferencia en el proceso penal tras la publicación del Real Decreto-Ley 6/2023», *Diario La Ley*, 10465, 1-23.

Rodríguez Tirado, Ana M. (2023): «Acceso al sistema de justicia penal de las víctimas vulnerables menores de violencia sexual. La prohibición de la mediación penal», *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 7, 81-129.

Serrano Massip, Mercedes (2015): «La protección del menor víctima de delito durante el interrogatorio o exploración en el proceso penal», en J.L. Gómez (coord.), *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer*, vol. II, Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I.

Subijana Zunzunegui, Ignacio J. y Enrique Echeburúa Odriozola (2022): «El conflicto de roles con respecto a la prueba pericial psicológica en el proceso judicial», *Anuario de Psicología Jurídica*, 32, 107-114.

Villacampa Estiarte, Carolina (2015): «La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID», en J.M. Tamarit (coord.), *El Estatuto de las Víctimas de Delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 241-303.

LA PALABRA DE LOS VULNERABLES
SOBRE LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL*

THE VOICE OF VULNERABLE PEOPLE

On the Assessment of Testimony from Persons with Intellectual Disabilities

Marina Gascón Abellán

Catedrática de Filosofía del Derecho

Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Valorar la fiabilidad de un testimonio no es asunto sencillo. La dificultad aumenta cuando el testigo es menor, o está sometido a estrés, o a influencias de cualquier tipo, o cuando sus facultades perceptivas o intelectivas están disminuidas. De hecho, los estudios de psicología del testimonio han puesto de relieve esta dificultad y han aportado sugerencias muy valiosas sobre cómo llevarlo a cabo en los diferentes supuestos. Uno de los supuestos especialmente problemáticos tiene lugar cuando el declarante está afectado por una discapacidad intelectual. En estos casos, la valoración de su testimonio está rodeada de mitos y falsas creencias que, o bien lo privan de credibilidad sin justificar por qué, o bien le conceden una gran credibilidad, pero de nuevo sin justificar por qué. Abordo aquí esta cuestión para: 1) sostener que ninguna de estas dos posturas es aceptable; y 2) examinar qué ajustes hay que hacer para garantizar una declaración de calidad (primero) y para valorar correctamente su fiabilidad (después). Solo así se hará efectivo su derecho de acceso a la justicia y se obtendrá una decisión epistémicamente fundada.

ABSTRACT

Assessing the reliability of a testimony is not a simple matter. The difficulty increases when the witness is a minor, or is under stress, or to influences of any kind, or when his perceptive or intellectual faculties are diminished. In fact, the studies of the psychology of the witness have highlighted this difficulty and have provided very valuable suggestions on how to carry it out in the different cases. One of the especially problematic cases occurs when the declarant is affected by an intellectual disability. In these cases, the evaluation of his testimony is surrounded by myths and false beliefs that either deprive him of credibility without justifying why, or grant him great credibility, but again without justifying why. I address this issue here to: 1) maintain that neither of these two positions is acceptable; and 2) examine what adjustments have to be made to guarantee a quality statement (first) and to correctly assess its reliability (after). Only in this way will your right of access to justice be effective and an epistemically founded decision will be obtained.

PALABRAS CLAVE

Testimonio del niño, psicología del testimonio, discapacidad intelectual, valoración del testimonio, credibilidad.

KEYWORDS

Child's testimony, psychology of the witness, intellectual disability, evaluation of the witness, credibility.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.134>

* Redactado en el marco del Proyecto CIPROM 2023-64, *Justicia sostenible en estado de mudanza global*.

LA PALABRA DE LOS VULNERABLES. SOBRE LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Marina Gascón Abellán

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: 1. Planteamiento. 2. La dificultad de valorar el testimonio. 2.1. La posibilidad del error. 2.2. Lo que nos enseña la psicología del testimonio. 3. Valorar el testimonio de las personas con discapacidad intelectual. 3.1. Las barreras. 3.1.1. El carácter especialmente intimidante del entorno judicial. 3.1.2. La complejidad del lenguaje, la duración e incertidumbre del proceso y las prisas. 3.1.2.1. Un lenguaje difícil de entender. 3.1.2.2. El tiempo: esperas largas, duración incierta y mucha prisa. 3.1.3. Prejuicios y estereotipos. 3.1.4. El desconocimiento: la gran barrera. 3.2. Medidas para superar barreras (primero) y valorar correctamente (después). 3.2.1. Remover barreras. 3.2.1.1. Ajustes de procedimiento. La entrevista. 3.2.1.2. El facilitador judicial. 3.2.1.3 El apoyo de los expertos. 3.2.1.4. La formación del personal. Notas. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (2006) ha supuesto un antes y un después en su inclusión social, y el reconocimiento de su derecho a acceder a la justicia en condiciones de igualdad con los demás forma parte esencial de este avance. De los múltiples aspectos que rodean este derecho, me quiero referir aquí a uno que afecta de manera particular a las personas con *discapacidad intelectual* y

*del desarrollo*¹: el valor de su palabra. Es un asunto especialmente relevante, porque la decisión de un órgano administrativo o de un tribunal de justicia depende muchas veces de lo declarado por ellos. Y porque en las instituciones y en la jurisprudencia sobre el testimonio de estas personas hay todavía una clara orientación capacitista que es necesario superar.

El capacitismo es una construcción social que entiende como “normales” o “naturales” ciertas capacidades del cuerpo y la mente de los individuos, de manera que quienes no encajan en esa “normalidad” son considerados como inferiores. El capacitismo instaaura, deliberada o inconscientemente, un sistema de exclusión de los diferentes (los que se salen de la norma). Por eso, aunque es verdad que el capacitismo —en la medida en que manifiesta unas preferencias por ciertas características físicas o intelectuales— afecta a todas las personas, también lo es que no afecta a todas por igual: sus efectos se exacerban con las personas con discapacidad².

El capacitismo se expresa en diferentes prácticas y actitudes. Algunas son muy evidentes, como la reclusión de personas con discapacidad en centros específicos, o la imposición o la denegación de tratamiento por motivos de discapacidad. Otras son más sutiles e impregnan el funcionamiento cotidiano de nuestra sociedad y sus instituciones, aunque “permanecen ocultas” (Álvarez Ramírez, 2023)³. Esto es precisamente lo que sucede en el sistema de justicia. Hay una orientación capacitista en su funcionamiento institucional, y muy en particular en todo lo que rodea al *testimonio* de los discapacitados intelectuales, del que frecuentemente se desconfía.

¿Pero hay razones para desconfiar, sin más, de la palabra del discapacitado intelectual? ¿Por qué habría que poner automáticamente bajo sospecha el testimonio de una persona cuya capacidad perceptiva, comunicativa o intelectiva está disminuida? ¿Por qué no habría que prestar atención a lo que dice? ¿Por qué razón habría que poner a esas personas en una permanente “minoría de edad”? ¿Por qué habría que excluirlas de la posibilidad de acceder *efectiva y no solo formalmente* al sistema de justicia (como víctimas, acusados o testigos) en igualdad de condiciones que los demás?

Abordo aquí esta cuestión con dos objetivos. De un lado, para descartar los mitos, estereotipos y falsas creencias que impregnan la valoración del testimonio de las personas con discapacidad intelectual y exhortar a su valoración racional. De otro lado, y aún antes, para examinar qué ajustes hay que hacer en el procedimiento de prestación del testimonio de las personas con discapacidad intelectual para que su declaración sea confiable.

2. LA DIFICULTAD DE VALORAR EL TESTIMONIO

2.1. LA POSIBILIDAD DE ERROR

Valorar la fiabilidad de lo que dice un testigo no resulta sencillo y cualquiera que se aproxime a la tarea con un mínimo de rigor lo sabe. El testigo puede *mentir* (o sea, puede creer que lo que afirma no es la verdad). O puede ser sincero (o sea, puede creer que lo

afirma es la verdad) pero, aun así, equivocarse: pudo tener errores de *percepción*⁴ o puede tener ahora errores de la *memoria*⁵. De hecho, los criterios que la jurisprudencia se esfuerza en articular para valorar la credibilidad subjetiva de un testigo apuntan justamente —con mayor o menor fortuna— a descartar estos tres elementos⁶.

Prueba de esa dificultad son los errores judiciales que se cometen. Según los datos de *The Innocence Project*⁷, en los Estados Unidos los testimonios falsos o imprecisos (incluyendo la identificación fotográfica errónea o la identificación errónea en rueda de reconocimiento) han sido un factor contribuyente a las condenas erróneas en el 70% de las más de doscientas cincuenta exoneraciones conseguidas por ellos hasta ahora. Pero también los datos ofrecidos por *The National Registry of Exonerations* (un registro que proporciona información detallada sobre las casi tres mil setecientas exoneraciones conseguidas en todo el país desde 1989) muestran que los testimonios errados o inexactos han tenido una importante presencia en las condenas erróneas detectadas⁸. Son igualmente significativos los datos para Canadá que proporciona *The Canadian Registry of Wrongful Convictions*⁹. O los que proporciona para el Reino Unido el *Miscarriage of Justice Registry*¹⁰, o para Europa *The European Registry of Exonerations*¹¹.

Los datos señalados revelan la importante presencia de testimonios falsos o inexactos en las exoneraciones conseguidas. Pero hay que insistir: “en las exoneraciones conseguidas”; es decir, en los errores judiciales que han sido detectados a través de los mecanismos procesales legalmente previstos. Lo que indudablemente sugiere que el número de errores judiciales cometidos por esa causa y que “permanecen ocultos” podría ser muchísimo mayor.

Naturalmente los errores pueden venir potenciados por una praxis judicial de corte marcadamente subjetivista, según la cual valorar la fiabilidad de un testimonio no consiste en evaluarla racionalmente conforme a los criterios más arriba comentados, sino en convencerse psicológicamente, “íntimamente” o “en conciencia” de que el testigo dice la verdad. Una concepción de la valoración del testimonio alimentada además por las supuestas virtudes cognoscitivas atribuidas a la inmediatez en el marco de la oralidad¹². La inmediatez (es decir, el contacto directo e in-mediató del juez con el testigo) —se sostiene— sitúa al juez en una posición de privilegio que le permite percibir y examinar en directo características de la declaración (la expresión del rostro, su postura, el tono de la voz, la firmeza o vacilación en las afirmaciones, sus expresiones corporales, los gestos de turbación o sorpresa ante las preguntas y otras tantas circunstancias) “a través de las cuales puede el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración”¹³. Lo que se sostiene, en otras palabras, es que la *convicción* deriva de las *impresiones* que el juez obtiene al percibir en directo la declaración; impresiones que por su propia naturaleza no son expresables en la motivación y por lo tanto no son controlables¹⁴. Muy brevemente, en el ámbito de la inmediatez el juez es dueño de su valoración. Se comprenderá sin esfuerzo que, con esta manera de hacer las cosas, el riesgo de cometer errores es muy alto.

Esta forma de entender valoración de un testimonio y el asociado principio de inmediatez no es aceptable desde una concepción epistémicamente racional del juicio valorativo. De hecho, ha sido criticada con firmeza¹⁵ y afortunadamente otra jurisprudencia

más racional se va abriendo paso¹⁶. Sin embargo, incluso cuando se valora el testimonio de forma epistémicamente racional¹⁷ nos podemos equivocar. Brevemente, aunque todo se haga bien, el riesgo de cometer errores nunca será igual a cero.

Por lo demás, si valorar el testimonio en general (cualquier testimonio) no es un asunto trivial, valorarlo cuando lo presta una persona con discapacidad intelectual resulta mucho más complicado, y por consiguiente el riesgo de cometer errores es mayor. Y no solo eso. Cuando se valora el testimonio de una persona con discapacidad intelectual, hay una serie de prejuicios, falsas creencias y estereotipos con poco o nulo fundamento que influyen en la valoración, aunque no se expliciten, y sesgan el juicio. Pero con ello la posibilidad de cometer errores se incrementa.

2.2. LO QUE NOS ENSEÑA LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO

En las últimas décadas la Psicología del Testimonio confirma lo que se acaba de decir (lo difícil que resulta valorar un testimonio y la posibilidad de cometer errores). Se trata de un conjunto de estudios sobre la memoria que intentan determinar la calidad (exactitud y credibilidad) de los testimonios que prestan los testigos presenciales. Desde los seminales trabajos de Elizabeth Loftus¹⁸, estos estudios se han desarrollado con fuerza¹⁹ y nos han enseñado mucho.

De un lado, estos estudios nos han enseñado que la memoria no funciona como un ordenador que almacena de forma completa e intacta los recuerdos, o como una especie de vídeo que graba (es decir, codifica) y muestra imágenes y sonidos (decodifica) con exactitud y tantas veces como se desee. La memoria es activa. Modifica la información constantemente. Es un proceso “dinámico” que codifica y decodifica información en función de su relevancia, del material que ya contiene, de las emociones del sujeto, de sus experiencias pasadas, se vale de estereotipos, es maleable y se ve afectada por el paso del tiempo. Por eso no es infrecuente que en la declaración de un testigo los recuerdos puedan verse afectados por el miedo, el estrés, la angustia, el nerviosismo, y desde luego por las informaciones sobre el evento registrado que ha ido adquiriendo con el tiempo. Y, de otro lado, nos han enseñado también que, con la manera de preguntar por una información y otras técnicas, se pueden inducir “falsos recuerdos” (recuerdos de un evento que no ocurrió o una distorsión de un evento que ocurrió)²⁰. En definitiva, nos han enseñado hasta qué punto los testimonios pueden ser inexactos, aunque los testigos crean recordarlos con total nitidez.

De las enseñanzas de la psicología del testimonio derivan consecuencias importantes para la práctica jurisdiccional. De un lado, demandan de los tribunales ser más exigentes a la hora de valorar un testimonio, y más aún si las condiciones subjetivas o ambientales del testigo hacen que sus recuerdos sean más frágiles o maleables. De otro lado, ponen de relieve que el modo de preguntar, de interrogar y el ambiente tiene una importancia decisiva en la fiabilidad de un testimonio, y que por consiguiente sería erróneo abordar la valoración del testimonio prescindiendo de estos aspectos previos.

Esto último es especialmente relevante en relación con el testimonio de personas con discapacidad intelectual. La valoración de su testimonio es, por así decir, la “etapa final” de

todo el proceso de declaración ante un tribunal. Pero para valorarlo adecuadamente (o sea, para determinar si se puede —y hasta qué punto— considerar fiable) es importante tener en cuenta aspectos de la declaración que “juegan antes”: en qué momento se presta la declaración, ante quién se presta, en qué condiciones personales o de entorno se presta, cómo se presta (de qué forma se hacen las preguntas), etc. Todos estos factores resultan decisivos a la hora de atribuir fiabilidad a lo declarado.

Esto parece evidente. Si la persona con discapacidad se siente aturdida por el ambiente, inducida con preguntas capciosas a responder de determinada manera, confundida por preguntas que no comprende o simplemente excluida o ninguneada, podría reaccionar con frases o actitudes que terminen siendo mal interpretadas o podría dar respuestas falsas o inexactas. Naturalmente esto puede sucederle a cualquiera, y no solo a las personas con discapacidad. Pero cuando el declarante es una persona particularmente vulnerable, la posibilidad de que el entorno y la forma de preguntar repercutan en la declaración es mucho mayor.

En suma, la valoración no puede hacerse “en blanco”, sin considerar las condiciones personales del sujeto, el modo de interrogar y el ambiente que rodea la declaración. Y en consecuencia habrá que hacer todo lo posible para que ese interrogatorio y ese ambiente “sean los que deben ser” a fin de asegurar que la declaración sea de calidad, libre de las presiones o influencias que pudieran alterarla y que después podrían llevar a cometer errores en su valoración.

3. VALORAR EL TESTIMONIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Para entender la relevancia de lo que se acaba de decir (que es necesario prestar atención a lo que sucede “antes” de valorar la declaración) hemos de ser conscientes de las barreras que enfrentan las personas con discapacidad intelectual para acceder a la justicia.

3.1. LAS BARRERAS

En un estudio relativamente reciente (que recoge información obtenida de entrevistas en las que participan facilitadores, usuarios de los servicios de facilitación, abogados, una jueza, una fiscal, una psicóloga forense y un médico forense) se señalan las principales barreras que impiden el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Destaco a continuación algunas de las más significativas (Endara Rosales, 2021)²¹.

3.1.1. El carácter especialmente intimidante del entorno judicial

Entrar en un juzgado es difícil para cualquiera y genera mucha ansiedad.

Los juzgados son sitios fríos. Sitios donde la gente va con mucha prisa, donde todo transcurre con mucho papeleo y donde la información escasea de manera general. Todo esto de entrada aterroriza y a muchos les genera malestar, y no solo a las personas con discapacidad intelectual. De hecho, es habitual que quienes asisten a los tribunales expresen un estado de nerviosismo, puesto que ese entorno no forma parte de sus experiencias cotidianas. El nerviosismo se acrecienta, entre otras cosas, con la severidad del ambiente: la aspereza o incluso la dureza en el trato, la distancia, la falta de afabilidad, las formas de hablar (“usted”, “señoría”); la rigidez en la observación de ritos, estrados elevados, la solemnidad de las formas, la vestimenta (la distancia que marca la toga). A veces además hay una total falta de sensibilidad y empatía, e incluso comportamientos autoritarios.

Esto no tendría por qué ser así, pues las necesarias formalidades del procedimiento no están reñidas con la cercanía. Pero suele ser así. Y en este ambiente severo, dominado por un exceso de ritos, formalismos y engolamiento no es raro que la persona con discapacidad se sienta intimidada y angustiada, rompa a llorar y el juez considere que no está preparada para declarar. O que muerta de miedo —por ejemplo, “porque si hablas cuando no procede te pueden mandar callar con un grito” (Endara Rosales, 2021: 16)— termine por no querer declarar, o le cueste mucho hablar y lo haga pobremente y con monosílabos.

Por lo demás, muchas veces los operadores jurídicos obvian totalmente a las personas con discapacidad intelectual y en su lugar se dirigen a las personas que les acompañan “como si ellos no entendiesen”. Esta elusión deliberada es una forma de exclusión de las personas con discapacidad, que puede hacer que se sientan aisladas y que piensen que lo que tienen que decir importa poco.

3.1.2. La complejidad del lenguaje, la duración e incertidumbre del proceso y las prisas

El lenguaje que se emplea en la justicia, los tiempos y las prisas dificultan la comunicación y acentúan la confusión del justiciable.

3.1.2.1. Un lenguaje difícil de entender

El lenguaje jurídico, la jerga profesional que emplean los jueces, fiscales, secretarios y la propia policía, es uno de los escollos más grandes para la accesibilidad a la justicia. Y no solo para las personas con discapacidad intelectual. Los propios facilitadores declaran sentirse a veces abrumados por un lenguaje que no entienden.

En el estudio al que me estoy refiriendo, una persona con discapacidad relata que en su juicio hubo algunas palabras que no comprendió. Hay una de la que conserva un vivo recuerdo por la que enorme confusión que le creó: “perpetrarse”.

Y otra persona con discapacidad que sufrió una agresión, relatando el momento en que denuncia ante la policía, señala: “Te están hablando de una forma que no entiendes, y encima te lo están diciendo en un momento en que te han agredido y estás en shock, tienes que poner la denuncia, estás agobiada, te meten un papeleo, te hacen un batallón de preguntas” (Endara Rosales, 2021: 17).

El lenguaje no es un asunto baladí. El hecho de no comprender las palabras puede acarrear consecuencias negativas para el declarante: enfados, gritos, comportamiento indebido y por ende expulsión de la sala. O incluso consecuencias jurídicas que uno no quiere y que pueden ser de la máxima gravedad.

En el estudio mencionado, un facilitador refiere que una persona con discapacidad que cumplía condena en la cárcel le contó que el abogado le había dicho que era mejor que se “conformara”, y que eso es lo que hizo siguiendo su consejo. Entonces le preguntó si él sabía lo que eso quería decir, y le dijo que no. No lo sabía (Endara Rosales, 2021: 20).

Además, no son solo las palabras sino también el discurso y las frases. La forma de preguntar. A veces las preguntas van precedidas de un conjunto de afirmaciones que producen despiste sobre lo preguntado. O se formulan las preguntas con frases sintácticamente complejas que provocan confusión. O simplemente se pregunta utilizando frases muy largas. Pero si se utilizan frases muy largas, una persona que tenga por ejemplo dificultades en la atención no va a poder atender a toda la frase. Se va a quedar con una parte pequeña de esa pregunta y quizá termine contestando con un «sí» o un «no», pero no porque quiera afirmar o negar, sino porque solo ha entendido una parte muy pequeña de la pregunta. Esto es terrible, porque está malentendiendo esas preguntas y sus respuestas están siendo juzgadas.

3.1.2.2. El tiempo: esperas largas, duración incierta y mucha prisa

Los tiempos en la justicia son muy largos. Desde que se formula una acusación hasta que se celebra el juicio pueden pasar años. Quienes deben declarar, como acusados, víctimas o testigos, declaran sobre algo muy lejano. Esto es malo en general, pues la memoria juega muy malas pasadas, pero en el caso de las personas con discapacidad el riesgo de confusión y falsos recuerdos puede ser todavía mayor.

Además no se trata solo de tiempos de espera largos, sino de tiempos de espera inciertos. No se sabe cuánto tiempo va a durar el proceso. En ocasiones, la incertidumbre sobre la duración del proceso le da un aspecto de irrealidad que puede provocar una especie de desazón en la víctima, por la percepción de que su reclamo de justicia ha sido desatendido. En otras ocasiones esa incertidumbre provoca en el acusado un sentimiento de angustia que puede repercutir negativamente en la declaración.

Y luego están las prisas. Las personas con discapacidad intelectual muchas veces necesitan tiempo para pensar la respuesta a lo que les están preguntando. Pero la gente tiene prisa. Mucha prisa. Los jueces están sobrepasados, y cuando una declaración se demora lo ven como un obstáculo.

Así se relata en el estudio de Endara Rosales (2021) una actitud muy habitual en fiscales y jueces. “La gente se empieza a mirar, el juez tamborilea sobre la mesa, el fiscal se pone nervioso, le empieza a acribillar a preguntas, «¡bueno, a ver, conteste a la pregunta que le han hecho!», y ya es peor porque la persona no entiende. Si no le has dado tiempo para pensar y procesar la primera pregunta y después le haces cuatro preguntas seguidas, no consigues que esa persona te pueda responder” (2021: 24).

Y lo mismo pasa con los forenses. Cuando el declarante es una persona con discapacidad, su auxilio —como diré más adelante— es crucial: para identificar la discapacidad (y por tanto los apoyos que precisa), y para examinar aspectos que pudieran ser relevantes para valorar su credibilidad. Pero también ellos, muchas veces, actúan rutinariamente y con prisas.

En este tono crítico refieren una facilitadora y una abogada las prisas de los forenses: “Una exploración del forense dura veinte minutos o media hora como mucho” (facilitadora). “Va allí el forense, se mira los informes médicos que hay, explora a la persona preguntándole cuatro cosas, hace un informe y en media hora se lo ventila” (abogada) (Endara Rosales, 2021: 24).

3.1.3. Prejuicios y estereotipos

Todo a la relativo a la discapacidad en general y a las discapacidades intelectuales en particular está rodeado de estereotipos y falsas creencias.

Seguramente el primer y gran prejuicio, el que juega en todo el procedimiento y no solo a la hora de valorar la declaración, es la *infantilización* de las personas con discapacidad intelectual. Se piensa que son como niños y se las trata igual. Les hablan como a niños, les gritan como si no entendiesen. No se tienen en cuenta sus deseos y preferencias. No se les da a ellas mismas la información que les concierne sino a los adultos responsables que las acompañan. Pero de este modo tienen la sensación de que “no pintan nada”, que a nadie le interesa lo que tengan que decir. Al final se retraen. Su actitud es pasiva o no espontánea: dicen poco o con pocos detalles, o contestan con monosílabos y con desgana.

Pero donde más juegan los estereotipos y prejuicios es a la hora de valorar la declaración: cuando hay que decidir el crédito que merece su palabra.

Un estereotipo recurrente es el relativo a la *sexualidad* de estas personas, que juega cuando se declara en relación con un posible delito de agresión sexual y además no siempre en el mismo sentido. Tan pronto se piensa que son personas sin sexualidad, y se les confiere un gran crédito en relación con su falta de consentimiento. Como se piensa, por el contrario, que tienen una sexualidad desaforada, y entonces no dan credibilidad a que no hayan consentido. Hay un gran desconocimiento.

Y lo mismo sucede en relación con su *capacidad de fabulación*. Tan pronto se piensa que estas personas son *más creíbles* que las demás, porque no tienen capacidad para elaborar mentiras complejas (así, sin distinguir: como si todas las personas estuviesen en la misma situación). Como se piensa, por el contrario, que son *menos creíbles* porque tienen afectadas sus capacidades cognitivas y tienden a fabular, a inventarse historias (pero —de nuevo— sin distinguir) (González Álvarez y Manzanero, 2018: 170 ss.)²². Además, en algunos casos este estereotipo se superpone con otro que juega en el mismo sentido y se refuerzan entre sí²³.

Otra razón por la que se les da poca credibilidad —y que refleja también una falsa creencia— es la *incoherencia* de sus relatos. Una víctima con discapacidad intelectual suele ofrecer relatos bastante poco coherentes y con pocos detalles, por lo que es complicado que los jueces lo consideren fiable. Y la falta de fiabilidad es mayor cuando el testimonio de la

víctima es la única prueba relevante, como sucede típicamente en los delitos de agresión sexual. Bastará que el abogado contrario diga que el relato está lleno de lagunas y contradicciones para privarlo de credibilidad.

Naturalmente las contradicciones pueden ocurrir, no necesariamente porque la víctima mienta o fabule, sino sencillamente porque no comprende bien lo que se le pregunta (no se aclara); o porque no sabe explicarse; o porque está muy nerviosa, asustada o exhausta; o porque el abogado de la defensa le hace alguna pregunta trampa. Es decir, pueden ocurrir porque el sistema no está “ajustado” a las necesidades de estas personas. No funciona para ellas. Pero desgraciadamente no se consideran esos condicionantes. Lo único que se considera es que el relato está lleno de lagunas y contradicciones, y que no sirve.

Por eso en el estudio de Endara Rosales (2021), un abogado comenta que esto hace que se trate de “juicios muy duros” (...) porque “el sistema tal y como está” permite que sus testimonios puedan ser cuestionados con mayor facilidad (2021: 30).

De todos estos prejuicios y falsas creencias deriva en parte el hecho de que lo que dicen las personas con discapacidad intelectual, su testimonio, tenga que someterse a pruebas o valoraciones periciales para ser verificado, pruebas que por lo común no se practican con las demás personas; o que se necesiten más pruebas que corroboren (directa o circunstancialmente) su testimonio para que este sea creído.

Por lo demás, por lo que respecta al cuestionamiento de su credibilidad, los prejuicios no afectan solo a la valoración de su testimonio, sino que rodean todo el ambiente de la declaración y puede tener efectos disuasorios en el ánimo del declarante: una especie de “Me rindo. Para qué voy a decir nada si no me van a creer”.

3.1.4. El desconocimiento: la gran barrera

El desconocimiento de lo que es la discapacidad intelectual y de las necesidades que conlleva (el “no saber”) es una enorme barrera. De hecho, el desconocimiento posiblemente sea el principal obstáculo para la garantía efectiva del acceso a la justicia en las personas con discapacidad.

Los estereotipos y prejuicios son fruto de la ignorancia. Si no tenemos los conocimientos y la formación adecuada podemos pensar —por referirnos solo a los estereotipos antes mencionados— que las personas con discapacidad intelectual tienen una sexualidad descontrolada o que por el contrario carecen de ella; o que fabulan incontinentemente o por el contrario son incapaces de hacerlo. O podemos pensar que si incurren en contradicciones es porque mienten. En cambio, si tuviéramos formación sabríamos que esto no es así. Que los estereotipos son eso, estereotipos. O que las personas con discapacidad intelectual pueden incurrir en contradicciones por muchas razones, y no necesariamente porque mientan. Por ejemplo, porque les han formulado las preguntas de un modo inadecuado y no las han podido entender.

También es fruto de la ignorancia la confusión entre discapacidad intelectual y trastorno mental, lo que explica que a veces los abogados dirijan sus estrategias de defensa

a sostener que la persona es inimputable. Y —aún peor— es fruto de la ignorancia la “infraidentificación”. No es infrecuente que la discapacidad pase desapercibida entre los operadores jurídicos o entre la policía cuando la persona no presenta unos rasgos somáticos determinados (normalmente los asociados al “síndrome de Down”). Pero la infraidentificación tiene malas consecuencias para las personas con discapacidad intelectual. De un lado, porque la persona no-identificada no recibirá los apoyos y ajustes de procedimiento que necesita. De otro, porque se verterán sobre ella todos los estereotipos al uso, con lo que su palabra muy probablemente no será creída. Sin más.

Como comenta una abogada, “las cárceles están llenas de personas con discapacidad intelectual que no han sido detectadas en la detención, ni en la instrucción, ni en el procedimiento, ni en el juicio, ni en ningún momento” (Endara Rosales, 2021: 36).

3.2. MEDIDAS PARA SUPERAR BARRERAS (PRIMERO) Y VALORAR CORRECTAMENTE (DESPUÉS)

Para valorar adecuadamente el testimonio de las personas con discapacidad es necesario adoptar medidas de dos tipos. De un lado, medidas institucionales que se proyectan sobre todo el proceso de prestación de la declaración y que se encaminan a *remover las barreras* que obstaculizan que la declaración sea confiable. De otro lado, medidas *formativas o educativas* de todo el personal implicado encaminadas a asegurar que las cosas se hagan bien: en el propio procedimiento de prestación de la declaración (primero) y en su valoración judicial (después).

3.2.1. Remover barreras

Como he recordado antes, valorar el testimonio de una persona particularmente vulnerable exige superar los obstáculos existentes para que su declaración sea confiable (espontánea, sin dificultades especiales y libre de presiones personales o ambientales).

La *Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (2006)²⁴ apunta justamente en esta dirección, al obligar a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a estas personas el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia (como participantes directos o indirectos) en igualdad de condiciones con los demás.

Artículo 13. Acceso a la justicia:

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, *incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar* el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como *participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales*, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes *promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia*, incluido el personal policial y penitenciario (la cursiva es mía).

La Convención ha marcado “un antes y un después” en el tratamiento procesal de la discapacidad, impulsando un sistema de apoyos para que estas personas puedan ejercer *efectivamente* (y no solo formalmente) su derecho de acceso a la justicia. Desde entonces hasta ahora se han realizado muchos avances, sea por vía de legislación (en España la Ley 8/2021 de 2 de junio, *de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad* supone un hito en este sentido²⁵), sea mediante la adopción de protocolos y guías para garantizar la efectividad de ese derecho²⁶.

Las medidas más significativas para superar las barreras existentes son singularmente la entrevista ajustada, el apoyo del facilitador y el de los expertos.

3.2.1.1. Ajustes de procedimiento. La entrevista

Las buenas prácticas en el procedimiento de obtención del testimonio de las personas con discapacidad son cruciales, pues eso es lo que garantizará que se obtenga en condiciones de igualdad con los demás y permitirá después su valoración objetiva. De esta necesidad se hace eco el artículo 13.1 de la CDPD, al establecer expresamente que deberán hacerse los necesarios *ajustes de procedimiento* (que además sean adecuados a la edad) “para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas *como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos*, en todos los procedimientos judiciales, *con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares*”. En definitiva, los ajustes son obligatorios en todos los procedimientos (penales, civiles, familiares, mercantiles, laborales, administrativos, mediación, entre otros), incluyendo en su caso la etapa de investigación y la policial²⁷.

En particular, en relación con la declaración como afectado o como testigo, esto implica la necesidad de realizar una *entrevista* apropiada, ajustada a las necesidades singulares del declarante. Una entrevista que, en términos generales, y con independencia de los ajustes particulares que cada caso exija, requeriría los siguientes ajustes²⁸.

- a) Para empezar, tomar la declaración no en el estrado (que impone) ni con las togas (que marcan distancia), sino en sala aparte o videoconferencia y vistiendo con normalidad, para generar cercanía y empatía.
- b) Formular las preguntas en un lenguaje sencillo y claro²⁹, evitando tecnicismos innecesarios que dificultan la comprensión del entrevistado³⁰ (ni siquiera entiende lo que se le pregunta) o le inducen a confusiones sobre lo que se le pregunta (lo que entiende es distinto de lo que se le pregunta), y en consecuencia hacen que responda con el silencio (ante lo que no entiende) o con afirmaciones extraviadas o incorrectas (ante lo que ha entendido mal)³¹. Es más, si fuera necesario, se debería utilizar la comunicación alternativa, como imágenes y tableros de comunicación.
- c) Evitar preguntas compuestas y complejas, o preguntas muy cerradas o capciosas y en su lugar preguntar más abiertamente, sin influir o dirigir: por ejemplo, “cuéntame qué paso”, y dejar hablar. Hay que dejar hablar.
- d) Proporcionar más tiempo para responder y permitir descansos cuando sea necesario.

- e) Y, sobre todo, el formato de entrevista también debe ser mejorado y adaptado específicamente a las capacidades del declarante en cada caso. En relación con esto, es necesario seguir trabajando en un protocolo de entrevista específica de las personas con discapacidad a partir del procedimiento CAPALIST³².

3.2.1.2. El facilitador judicial

La figura del facilitador es un derecho de las personas con discapacidad, cuya función es apoyarlas para que puedan participar en el proceso judicial en igualdad de condiciones con las demás personas; es decir, para que comprendan la información, se expresen libremente y tomen decisiones informadas a lo largo del proceso. Por eso, entre sus funciones se incluye recoger información sobre las capacidades cognitivas del declarante que sean relevantes (identificación, consentimiento, memoria, ubicación), informar sobre sus necesidades de apoyo y explicarlas a las personas involucradas en el procedimiento (policía, jueces, personal de la oficina judicial, etc.), diseñar y proporcionar los apoyos, colaborar en la obtención del testimonio y mediar en las interacciones, etc³³. La CDPD reconoce este derecho en atención a que solo con ese apoyo podrán pasar por el proceso judicial con toda la garantía de sus derechos³⁴.

Sin embargo, como sucede en tantos otros derechos, no basta con reconocerlo y proclamar su importancia. Hay que garantizar su efectividad. Pero para ello es necesario un sistema de facilitación que 1) asegure que existan suficientes profesionales de la facilitación capacitados para realizar su trabajo y 2) que establezca un procedimiento formal para asignar la facilitación que debe regular al menos tres aspectos:

1º) *Quién y cómo puede solicitarlo*

Este es un aspecto importante que no puede quedar librado a la “suerte” del declarante. Al azar. Si los apoyos son necesarios para un acceso *efectivo* a la justicia deberían ser garantizados por el tribunal. Pero en este punto la práctica es muchas veces decepcionante, pues el apoyo, o bien no se solicita de oficio cuando es necesario, o bien es denegado cuando el abogado lo solicita, o bien se asigna cuando ya es tarde.

2º) *Cuándo debe solicitarse* (en qué momento).

También este es un aspecto crucial. El apoyo debe prestarse preferentemente desde el primer momento en que se detecta la necesidad; por tanto, si fuera preciso, habría que organizarlo antes del propio proceso judicial. En este punto hay consenso entre las personas implicadas respecto a cuál sería el momento ideal: en las personas que aparecen como víctimas, antes de la denuncia; en las personas que aparecen como infractoras, en el mismo momento en que se les informa de sus derechos (Endara Rosales, 2021: 42).

3º) *Hasta cuándo debería extenderse*

Por lo demás, también hay que determinar hasta cuándo es necesario el apoyo. Es evidente que el apoyo tiene que extenderse hasta que sea necesario. Pero ¿hasta cuándo es necesario? ¿Hasta que termine el juicio oral, en caso de que lo haya? ¿Hasta que se dicte

sentencia y la persona con discapacidad entienda su contenido? ¿Hasta que concluya todo el procedimiento? ¿Hasta cuándo?

3.2.1.3. El apoyo de los expertos

El auxilio de los expertos (fundamentalmente médicos y psicólogos forenses) es importante y puede resultar necesario.

En primer lugar, para *identificar la discapacidad*, así como su tipo y alcance, lo que no siempre resulta sencillo. Esto es fundamental, pues solo así podremos saber cuáles son los apoyos y ajustes de procedimiento que se necesitan. Además, el auxilio del experto podría ayudar a detectar casos de personas con discapacidad intelectual pero que no han sido diagnosticadas.

En segundo lugar, y centralmente, para la *evaluación de las capacidades* del testigo (primero) y el *diseño y realización de la entrevista* (después).

Y por último para auxiliar al tribunal en la *valoración de la credibilidad del testigo*, informando sobre la concurrencia de elementos o circunstancias que podrían influir en ella. En el campo de la psicología del testimonio se han desarrollado importantes procedimientos de evaluación de la credibilidad de las personas vulnerables, como el CBCA (*criteria-based content analysis*), que se basa en analizar el contenido de las declaraciones conforme a una serie de criterios; o el HELPT (método Holístico de Evaluación de La Prueba Testifical), más complejo, que, además de los criterios sobre la declaración, considera otros factores, como las capacidades del declarante, las condiciones en que se han obtenido las declaraciones³⁵.

Las tres funciones señaladas son importantísimas y por lo tanto habría que normalizar este auxilio.

3.2.2. La formación del personal

Pero para que todo lo anterior funcione de manera efectiva se necesita formación de todos los participantes en el procedimiento³⁶. Formación de los jueces, fiscales, abogados, policías, facilitadores y peritos, para la correcta implementación de las medidas encaminadas a superar barreras para garantizar el efectivo acceso a la justicia (primero). Y formación de los jueces para la correcta valoración de la declaración (después).

Respecto a lo primero (superar barreras), se necesita formación para entender lo que es la discapacidad intelectual, los mitos, estereotipos y falsas creencias que la rodean, las trabas que encuentran estas personas para acceder a la justicia, el cambio de paradigma que ha supuesto la CDPD y la legislación nacional en desarrollo de la misma, y el tipo de ajustes de procedimiento que hay que hacer para superar esas trabas. Y formación para entender qué circunstancias pueden afectar a la declaración de la persona con discapacidad, y en consecuencia qué formatos de entrevistas son adecuados y cuáles por el contrario deberían ser evitados porque se corre el riesgo de frustrar o hacer poco confiable la declaración.

En particular, hay un gran desconocimiento sobre la facilitación entre los operadores jurídicos. Si los jueces no organizan de oficio la facilitación cuando es necesaria, o no la autorizan cuando la solicita el abogado, es porque no siempre tienen claro que es un derecho de las personas con discapacidad intelectual; o lo tienen claro pero no conocen su marco normativo ni comprenden propiamente su importancia (el porqué). Y lo mismo sucede con los fiscales y los abogados. Es importante proporcionar una correcta formación sobre este aspecto.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que cuando una persona con discapacidad intelectual se ve implicada en un hecho delictivo, su primer contacto con la Administración de Justicia tiene lugar en la comisaría. Por eso, también “el personal integrante de las mismas debe contar con la formación adecuada para, en primer lugar, detectar que se encuentra ante una persona con discapacidad intelectual, y a continuación garantizar que cuente, desde este primer acercamiento, con los apoyos necesarios” (Durán Alonso, 2023: 47)

Respecto a lo segundo (la valoración judicial de la declaración), se necesita formación para abandonar los estereotipos y valorar adecuadamente la declaración y, en su caso, el informe pericial correspondiente. Este punto es relevante y merece alguna aclaración.

Realizada la declaración por la persona con discapacidad, corresponde al juez realizar su valoración. Pero hay que insistir: “al juez”. Esta insistencia puede parecer una obviedad, porque así es. Es el juez quien tiene atribuida la función jurisdiccional, y por consiguiente también la de valorar el testimonio, aunque este sea prestado por una persona con discapacidad. Pero se trata de una obviedad que merece ser recordada, pues la existencia de un facilitador y/o de eventuales peritos psicólogos que auxilien al tribunal podría sugerir que es a estos (facilitador o peritos) a quienes corresponde un papel determinante a la hora de decidir sobre la fiabilidad de esa declaración.

El facilitador debe apoyar a la persona con discapacidad para que comprenda la información, se exprese libremente y tome decisiones informadas a lo largo del proceso. Pero nada más. No puede sustituirla. Y en particular, no puede suplantarla en su declaración. Es decir, el facilitador no puede ser el “intérprete” de lo que dice el declarante, y mucho menos un intérprete cuya interpretación deba ser acogida por el tribunal. Es al juez a quien corresponde valorar la fiabilidad de lo que esa persona declara.

Y lo mismo cabe decir de los peritos psicólogos. Estos pueden desempeñar una formidable labor informando al juez sobre aspectos del testigo o circunstancias de su declaración que podrían influir en su credibilidad. Pero nada más. La valoración de esa declaración corresponde al juez y solo a él. De aquí derivan dos consecuencias importantes. De un lado, 1) el juez debe evitar la deferencia hacia lo que el perito declara en su informe y, por el contrario, debe *examinar lo fables* que resultan sus conclusiones. De otro lado, 2) debe *valorar por sí mismo la declaración* de la persona discapacitada, teniendo en cuenta los resultados de esa pericia y los demás elementos de prueba existentes³⁷.

Pero —de nuevo— para conseguir esto (1 y 2) se necesita formación.

Respecto a lo primero, formación para entender que la fiabilidad del IP depende de una serie de elementos que por consiguiente deben ser examinados: la validez de la metodología

o técnica de análisis empleada; la competencia del experto que realiza la prueba en el manejo de esa metodología; que ningún aspecto práctico relevante en la realización de la prueba haya ido mal; o que el experto transmita los resultados y conclusiones alcanzados con su pericia con claridad y rigor, sin minusvalorarlos pero sobre todo sin exagerarlos.

Respecto a lo segundo, formación para valorar el testimonio de un modo epistémicamente racional, superando posiciones sesgadas por estereotipos y por falsas creencias. En particular, no podemos seguir interpretando las contradicciones o los silencios de una declaración sin tener en cuenta las particularidades de cada situación. Ni podemos seguir anclados en la estereotipada idea de que las personas con discapacidad “son menos creíbles” o por el contrario “son más creíbles” que las demás. Es necesario superar esas infundadas máximas de la experiencia que se camuflan en la valoración del testimonio.

Suele decirse a veces que la formación es un loable objetivo, pero no resulta alcanzable. Pero esto no es así. La formación no persigue convertir a los jueces y resto de participantes en el procedimiento en expertos en psicología forense o del testimonio. Se orienta solo a dotar a ese personal de las herramientas cognoscitivas necesarias para que tanto la declaración como su posterior valoración se realicen de manera adecuada. Y no se ve por qué razón los jueces, fiscales, abogados y policías no podrían alcanzar ese conocimiento.

Solo con estos cambios (apoyos y ajustes de procedimiento, auxilio de los expertos, y formación de los diferentes actores que participan en él) podremos garantizar el acceso real (y no meramente formal) de los más vulnerables a la justicia. Solo con estos cambios habremos tomado el valor de su palabra en serio.

NOTAS

1. Siguiendo un estudio de VERDUGO (2020), la discapacidad intelectual (DI) “se caracteriza por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en la conducta adaptativa tal y como se ha manifestado en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad se origina antes de los 18 años” (p. 19).

La discapacidad del desarrollo (DD) es “Una discapacidad crónica grave de un individuo que: (a) es atribuible a un impedimento mental o físico, o a una combinación de impedimentos mentales y físicos; (b) se manifiesta antes de que la persona cumpla los 22 años; (c) es probable que continúe indefinidamente; (d) da lugar a limitaciones funcionales sustanciales en tres o más importantes áreas de actividad de la vida que involucren el cuidado personal, lenguaje receptivo y expresivo, aprendizaje, movilidad, autodirección, capacidad para vivir de manera independiente y autosuficiencia económica; y (e) refleja la necesidad del individuo de una combinación y secuencia de actividades especiales, interdisciplinarias, o servicios genéricos, apoyos individualizados y otras formas de asistencia que son de por vida o de duración extendida y que se planifican y coordinan individualmente” (p. 19). No todas las personas incluidas dentro del término DD tienen un funcionamiento intelectual limitado.

En adelante, por simplicidad lingüística, utilizaré la expresión “discapacidad intelectual” para referirme a la discapacidad intelectual y a la discapacidad del desarrollo.

2. Vid. Álvarez Ramírez, 2023. Tal obra ha sido resumida en el Informe España 2022: Derechos humanos y discapacidad, Colección Convención ONU, 34.

3. Para Álvarez Ramírez, los regímenes y prácticas basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela o la curatela son una clara referencia a la jerarquía de los capacitados sobre los no capacitados. Y lo mismo sucede en la práctica médica: la opinión de las personas con discapacidad, en calidad de pacientes, tiene menos valor que la de los expertos. Su voluntad y preferencias son rutinariamente ignoradas, descartadas o alteradas” (2023: 103-104).

4. Por el ambiente (poca luz, mucho ruido, etc.), o por las características personales del testigo (miope, sordo, borracho, drogado, etc.).

5. Esto también resulta intuitivamente claro. ¿En qué medida somos capaces de identificar a una persona a la que solo hemos visto fugaz o momentáneamente? ¿En qué medida somos capaces de recordar con precisión el curso de unos acontecimientos?

6. En España —aunque de forma un tanto deslavazada— la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando una especie de test (el denominado el Triple Test, elaborado pensando en los casos de testimonio único pero aplicable a la valoración de cualquier testimonio) que recoge esta exigencia. En virtud de este test, son tres los elementos para valorar la fiabilidad de un testimonio: 1) Ausencia de incredulidad subjetiva; o sea, que no concurren circunstancias personales del testigo que hagan dudar de la veracidad o exactitud de su declaración: motivos espurios o interés personal en el proceso que pondrían en cuestión su imparcialidad y por tanto su sinceridad (relación familiar o de enemistad con alguna de las partes, interés económico, deseos de venganza, etc.); circunstancias físicas o psíquicas que pudieran afectar su percepción (problemas de visión o de audición, edad, consumo de alcohol o drogas, etc.); o circunstancias que pudieran afectar a su memoria. Y naturalmente también hay que considerar otros elementos que tienen que ver ahora, no con las circunstancias personales del testigo, sino con su relato (lo que declara): 2) su precisión (temporal, espacial y causal) y persistencia en el tiempo; y 3) su coherencia interna (ausencia de contradicciones relevantes) y corroboración periférica (compatibilidad con elementos secundarios o periféricos).

7. The Innocence Project (una organización puesta en marcha en los Estados Unidos hace con el objetivo central de conseguir, mediante pruebas de ADN, la exoneración de personas que podrían haber sido condenadas por error) fue fundado en 1992 por Barry Scheck y Peter Neufeld en la Cardozo Law School de Nueva York. Vid. los datos en: <https://innocenceproject.org/>

8. The National Registry of Exonerations es un proyecto de varias universidades (The University of California-Irvine, The University of Michigan y The Michigan State University) fundado en 2012 junto con el CWC de la Northwestern University. Los datos en: <https://exonerationregistry.org/>

9. The Canadian Registry of Wrongful Convictions. Los datos en <https://www.wrongfulconvictions.ca/>

10. Pueden consultarse los datos de Miscarriage of Justice Registry en <https://evidencebasedjustice.exeter.ac.uk/miscarriages-of-justice-registry/>

11. EUREX. The European Registry of Exonerations. Los datos en <https://www.registryofexonerations.eu/>

12. La intermediación, vinculada a la construcción de un proceso oral y público como modo de garantizar una verdad procesal de mayor calidad que la garantizada por un proceso escrito y secreto, es un principio de “formación de prueba” de indudable valor epistémico: al exigir que el testigo declare directa o in-mediatamente ante el juez, evita las intermediaciones en la transmisión de información y posibilita un interrogatorio y contrainterrogatorio eficaces. Pero desgraciadamente se ha terminado interpretando como un mecanismo de “formación de la convicción”: es la declaración directa del testigo ante el juez —se dice— lo que permite a este captar características no verbales de la declaración (si el testigo tiembla,

titubea, si está nervioso o entero, si declara con firmeza, etc.) y a través de todo ello convencerse de si dice la verdad.

13. STS, Sala Segunda, de 22 de junio de 2004. Pero esta es una tesis sostenida tranquilamente en la jurisprudencia.

14. “La convicción que, a través de la inmediación, forma el tribunal (...) depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición [sic.] que no son expresables” (STS, Sala Segunda, de 12 de febrero de 1993).

15. Vid. Por todas, las críticas de Ibáñez (2003).

16. “La inmediación es una técnica de formación de la prueba (...) pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez” (STS 7977/2009, Sala Segunda). “La convicción del Juez en la fijación de los hechos no puede conformarse al margen de las reglas de la experiencia y de la necesidad de exteriorización. El porqué se cree a un testigo o el porqué se descarta un testimonio no puede convertirse en un ejercicio de decisionismo judicial no controlable” (STS 14/2010, Sala Segunda, FJ 2).

17. O sea, cuando la inmediación pasa a interpretarse como lo que es, un principio de formación de prueba que evita que las pruebas vengan ya formadas al proceso y permite el contradictorio, y la libre valoración pasa a interpretarse también como lo que es, un juicio cognoscitivo que ha de estar fundado en razones epistémicamente relevantes.

18. Loftus ha sido pionera en estos estudios. Puede verse, por todos, Loftus y Ketcham, 2010. Y sobre el famoso experimento de los coches, donde se muestra cómo la forma de preguntar puede alterar los recuerdos, Loftus y Palmer, 1974.

19. En castellano pueden verse los estudios de Mazzoni, 2010; Diges, 2016; Manzanero et al., 2017.

20. Es más, Loftus nos ha mostrado que es posible incluso crear falsos recuerdos autobiográficos dentro de la mente de las personas.

21. Estudio que tomaré como base para resumir las principales barreras en el acceso a la justicia.

22. Estos autores describen así la presencia de estereotipos o falsas creencias en relación con las personas con DI: con frecuencia pensamos —dicen— que son personas “problemáticas, con tendencia a inventar historias, no pueden regir sus vidas, son como niños, carecen de sexualidad, o que finalmente tienen una sexualidad desaforada”.

23. Álvarez Ramírez señala que en las personas con discapacidad impactan otros sistemas excluyentes, como el sexismo o el edadismo, lo que comporta una exclusión (compleja o interseccional) particularmente intensa. Es lo que sucede a veces con las personas de etnia gitana que tienen discapacidad intelectual, que por un proceso más de estereotipado social se suele considerar que están fingiendo o que les están tomando el pelo (2023).

24. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Disponible en <http://www.convenciondiscapacidad.es/>

25. La reforma inició ya con la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y continuó después con otras adaptaciones normativas.

26. Al estilo de la Guía de Intervención Policial con Personas con Discapacidad Intelectual (2017) elaborada por el Ministerio del Interior y la fundación “A la Par” para que la Policía y la Guardia Civil adapten sus procedimientos cuando una persona con discapacidad intelectual forme parte de la investigación policial. Disponible en https://www.policia.es/miscelanea/ufam/guia_int_pol_pers_discapacidad.pdf. O

del Protocolo de Actuación en caso de Víctimas o Testigos menores de edad y/o con discapacidad (2019) adoptado por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria. Disponible en: <https://www.icalpa.es/colegiados/actualidad/92019-protocolo-de-actuacion-en-caso-de-victimas-o-testigos-menores-de-edad>. O del Protocolo de actuación policial y judicial en supuestos de víctimas menores y personas necesitadas de especial protección, (2022) adoptada por el TSJ de Extremadura. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/High-Courts-of-Justice/H CJ-Extremadura/Work-of-the-H CJ-Extremadura/Protocols-and-accords/Protocolo-de-actuacion-policial-y-judicial-en-supuestos-de-victimas-menores-y-personas-necesitadas-de-especial-proteccion>

27. De hecho, en España, la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en todos los órdenes jurisdiccionales, ha sido modificada por la ley 8/2021, que ha introducido en su artículo 7 bis) lo que denomina “ajustes para las personas con discapacidad”. Para un análisis de los ajustes y particularidades en el caso del procedimiento penal, vid. Durán Alonso, 2023.

28. El documento “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad” (Ginebra, 2020) recoge (en especial en su Principio 3) los ajustes necesarios. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>

29. Entender qué es un lenguaje claro es una cuestión relacionada con el destinatario (¿claro para quién?). Muñoz Machado, director de la RAE, lo define así: un lenguaje claro es el que se entiende <<con facilidad>>, el que resulta en definitiva <<accesible para personas que tengan mermadas sus capacidades de comprensión, sea por razones de discapacidad originaria, o bien por razones de edad o de enfermedad que haya provocado un deterioro cognitivo” (2024). Estas mismas ideas se desarrollan en Muñoz Machado, 2024a. Remito a las consideraciones de Meix Cereceda, 2025.

30. Precisamente con esta exigencia de comprensión del entrevistado, Sancho Gargallo y Alía Robles redactaron una guía práctica dirigida a los jueces, para que, en presencia de una persona con deterioro cognitivo, se expresen “con la mayor claridad y sencillez posible” (2019).

31. La Ley 8/2021 ha supuesto un gran avance en este punto, al exigir que la comunicación (oral o escrita) con las personas con discapacidad intelectual “se haga en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades” (Morcillo Moreno, 2024: 58).

32. El protocolo CAPALIST (lista de capacidades) es un procedimiento de evaluación de las capacidades cognitivas para testificar de las personas vulnerables, a fin de diseñar una entrevista posterior fiable y precisa. Cfr. Silva et al., 2018.

33. En el procedimiento penal, esta labor la suelen desempeñar psicólogos forenses adscritos a los Tribunales Superiores de Justicia. Cfr. Cubero, 2021.

34. Se establecerán los ajustes necesarios “...para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales” (artículo 13).

35. Una explicación de estos procedimientos en Manzanero, 2023.

36. Recordemos que el art. 13.2 de la CDPD (Acceso a la justicia) contiene expresamente esta demanda de formación: “A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la Administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”. Cursiva añadida.

37. Sobre la necesidad de superar la deferencia ante los informes periciales, he argumentado in extenso en algunos trabajos previos, por ejemplo vid. Gascón Abellán, 2020 y 2024.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Ramírez, Gloria Esperanza (2023): *El capacitismo, estructura mental de exclusión de las personas con discapacidad*, Colección CERMI.ES, 85, Madrid: Ediciones Cinca.
- Andrés Ibáñez, Perfecto (2003): “Sobre el valor de la intermediación”, en *Jueces para la Democracia*, 46, 57-66.
- Cubero Flores, Francisco (2021): “El derecho a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad. Orden Jurisdiccional Penal”, en J.M. Fernández (dir.), *Guía de buenas prácticas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*. Madrid: CGPJ (101-118). Disponible en: <https://consaludmental.org/centro-documentacion/guia-buenas-practicas-acceso-justicia-discapacidad/>
- Diges, Margarita (2016). *Testigos, sospechosos y falsos recuerdos: estudios de psicología forense*. Madrid: Trotta.
- Durán Alonso, Silvia (2023): “El discapacitado intelectual ante el proceso. Especial referencia al proceso penal”, *Cuadernos de RES PÚBLICA en derecho y criminología*, 1, 41–55.
- Endara Rosales, Juan (2021): *La facilitación del acceso a la justicia. Una aproximación cualitativa a las barreras que enfrenta, las labores que realiza y los efectos que genera en el proceso judicial*, Plena Inclusión, Madrid: Ministerio de derechos sociales.
- Gascón Abellán, Marina (2020): “Prevención y Educación. El camino hacia una mejor Ciencia Forense en el sistema de justicia”, en C. Vázquez y J. Ferrer (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un punto de encuentro entre diferentes tradiciones*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- (2024): “El «control de fiabilidad» de las pruebas periciales en la lucha contra el error: una tarea (y una dificultad) compartida entre el tribunal y los abogados”, en P. Rovatti (coord.), *La defensa en el proceso penal: cuestiones fundamentales*, México: Tirant lo Blanch-SCJN.
- González Álvarez, José Luis y Antonio Manzanero (2018): *Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)*, Madrid: Pirámide.
- Loftus, Elizabeth y Katherine Ketcham (2010): *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos recuerdos*, Alba.
- Loftus, Elizabeth y John C. Palmer (1974): “Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory”, *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, 13 (5), 585-589.
- Manzanero, Antonio *et al.* (2017): “Evaluación de la credibilidad de la prueba testifical en víctimas con discapacidad intelectual”, *Revista Española sobre Discapacidad intelectual*, 48 (1), 23-36.
- Mazzoni, Giuliana (2010): *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, trad. De José Manuel Revuelta. Madrid: Trotta.
- Meix Cereceda, Pablo (2025): *Lenguaje, poder y derecho en la era de la información*. Madrid: Iustel.
- Morcillo Moreno, Juana (2024): *La directiva de accesibilidad y su implantación en España: un estudio crítico*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Machado, Santiago (2024): *Discurso de Apertura de la I Convención de la Red Panhispánica de Lenguaje Claro*, 20 de mayo. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=m1fvAVMuJ00>.
- (2024a): *Fundamentos del lenguaje claro*, Madrid: Espasa.
- Sancho Gargallo, Ignacio y Avelina Alía Robles (2019): “Guía para la exploración judicial de una persona con discapacidad”, *Actualidad Civil*, 2.
- Silva, Eva *et al.* (2018): *CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar*, Madrid: Dykinson.
- Verdugo, Miguel Ángel (2020): *Terminología y clasificación sobre discapacidades intelectuales y del desarrollo*. Instituto Universitario de Integración en la Comunidad (INICO), Universidad de Salamanca. <https://inico.usal.es/otras-publicaciones/>

COLECTIVO LGTBI, DERECHO A LA IGUALDAD Y PROHIBICIÓN
DE DISCRIMINACIÓN: ESPECIALIDADES PROCESALES*
*LGTBI COLLECTIVE, RIGHT TO EQUALITY AND PROHIBITION
OF DISCRIMINATION: PROCEDURAL SPECIALTIES*

Luis-Andrés Cucarella Galiana

*Catedrático de Derecho Procesal
Miembro del Instituto de Derechos Humanos
Universitat de València (España)*

RESUMEN

Las reformas legislativas en materia de igualdad evidencian la utilización de diferentes técnicas, para lograr la protección real y efectiva de los derechos de grupos vulnerables. Esta tendencia se aprecia claramente en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Frente a las discriminaciones estructurales se utilizan tres técnicas legislativas procesales. Por un lado, se amplía el abanico de sujetos legitimados para solicitar ante los tribunales la protección de los derechos de las personas trans y demás integrantes del colectivo LGTBI. Por otro lado, se amplían los mecanismos de publicidad del proceso y la posibilidad e intervención de terceros. Y, en tercer lugar, se modifican las normas procesales sobre carga de la prueba con el objeto de que sea más fácil probar la discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

ABSTRACT

Legislative reforms in the field of equality demonstrate the use of different techniques to achieve a real and effective protection of the rights of vulnerable groups. In this sense, it can be clearly observed in Law 4/2023, of 28 February, for the real and effective protection of transgender people and the guarantee of the rights of LGTBI people. In response to structural discriminations three legislative procedural techniques are used. On the one hand, the range of parties entitled to request protection of the rights of transgender people and other members of the LGTBI community before the tribunals are broadened. On the other hand, the mechanisms for publicity of the proceedings and the possibility of third-party intervention are expanded. Thirdly, procedural rules on the burden of proof are modified in order to make it easier to demonstrate discrimination for any reason related to sexual orientation, sexual identity, gender expression or sexual characteristics.

PALABRAS CLAVE

Vulnerabilidad; LGTBI y personas transgénero; Derecho Procesal Civil; discriminación; igualdad real y efectiva.

KEYWORDS

Vulnerability, LGTBI community and transgender people, Civil Procedural Law, discrimination, real and effective equality.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.135>

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i (PID2021-122569OB-I00: Instrumentos para la justicia civil ante los litigios-masa. En especial, acciones de representación y régimen del proceso testigo, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y «FEDER Una manera de hacer Europa».

COLECTIVO LGTBI, DERECHO A LA IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN: ESPECIALIDADES PROCESALES

Luis-Andrés Cucarella Galiana

Catedrático de Derecho Procesal

Miembro del Instituto de Derechos Humanos

Universitat de València (España)

Sumario: 1. Introducción. 1.1. Derechos de las personas LGTBI: marco convencional y constitucional. 1.2. Hitos normativos en materia de igualdad con impacto desde una perspectiva procesal anteriores a la Ley 4/2023. 1.3. Ley 4/2023: impacto procesal. 1.3.1. En general. 1.3.2. En el ámbito civil: sistemática del trabajo. 2. Ampliación de sujetos legitimados activamente para solicitar la protección del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, expresión de género o características sexuales. 2.1. Introducción. 2.2. En los procesos sobre acoso discriminatorio. 2.3. En los restantes procesos para la defensa de los derechos de las personas LGTBI. 2.3.1. Clases de tutela que pueden solicitarse. 2.3.2 Actuaciones discriminatorias que afectan a personas determinadas o fácilmente determinables. 2.3.2.1. Cuando la persona afectada interpone la demanda directamente. 2.3.2.2. Cuando la persona afectada autoriza a otros para que le sustituyan procesalmente. 2.3.2.2.1. Requisitos. 2.3.2.2.2. Sujetos a los que se puede autorizar. 2.3.2.2.3. El art. 11 ter 1 LEC no incluye a la Autoridad Independiente: interpretación sistemática para sostener su legitimación. 2.3.2.2.4. Legitimación <ex lege> del MF e interés social. 2.3.3. Actuaciones discriminatorias que afectan a una pluralidad indeterminada o de difícil determinación. 2.3.3.1. Requisitos. 2.3.3.2. Sujetos legitimados. 3. Llamamiento e intervención de terceros en el proceso. 3.1. Delimitación negativa. 3.2. Delimitación positiva. 3.2.1. Cuando estén determinadas o sean fácilmente determinables las personas afectadas por la discriminación. 3.2.1.1. Momento del llamamiento. 3.2.1.2. Estatuto del litisconsorte. 3.2.2 Cuando las actuaciones discriminatorias afecten a una pluralidad indeterminada de

personas o de difícil determinación. 3.2.3. Especialidades de la sentencia. 3.2.4. Especialidades en la ejecución forzosa. 4. Prueba de la discriminación. 4.1. Antecedentes normativos: errática senda legislativa en materia de prueba. 4.2. Tema de la prueba: elementos para la construcción de presunción de discriminación. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI: MARCO CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Ley 4/2023) aborda el desarrollo y garantía de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (LGTBI) abordando la protección de los derechos de este colectivo que tradicionalmente ha sufrido discriminación. La existencia de deficiencias estructurales o sistémicas en materia de igualdad ha colocado a los integrantes de este colectivo en situaciones de discriminación y, por ende, de vulnerabilidad.

La aprobación de la Ley 4/2023 se justifica en el marco de las exigencias internacionales en materia de derechos humanos y con el objetivo de combatir las deficiencias estructurales y proteger de manera real y efectiva el derecho a la igualdad del colectivo LGTBI. De hecho, en su preámbulo se hace referencia a los documentos y recomendaciones de la Organización de Naciones Unidas para «elevar los estándares internacionales de respeto y protección del derecho a la integridad y a la no discriminación de las personas LGTBI» (apartado I).

En el mismo sentido, la reforma hace hincapié, en relación con las personas transgénero, que la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud eliminó la transexualidad del capítulo relativo a trastornos mentales y del comportamiento, trasladándolo «al de “condiciones relativas a la salud mental” lo que supone el aval a la despatologización de las personas trans».

Los avances normativos de carácter convencional pueden apreciarse claramente también en el seno de la Unión Europea (UE) y del Consejo de Europa. En esos ámbitos se fijan estándares internacionales a los que el ordenamiento jurídico español debía adaptarse a los efectos de lograr la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI. Al respecto, el Tratado de la UE establece en sus artículos 2 y 3 la no discriminación como uno de los principales valores comunitarios. En este sentido, también hay que destacar que el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE prohíbe la discriminación por razón de orientación sexual (Rivas y Rodríguez-Piñero, 2001: 293-332).

En lo referente al Consejo de Europa, «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos comprende cuestiones relacionadas con la identidad de género y ha instado a que se garantice el cambio registral del sexo sin el requisito previo

de sufrir procedimientos médicos tales como una operación de reasignación sexual o una terapia hormonal» (apartado I Preámbulo).

En el ámbito interno, la Ley 4/2023 se encuadra bajo la órbita de las exigencias derivadas de los artículos 10.1 y 14 de la Constitución (CE), y de la jurisprudencia generada por el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo en relación con los derechos de las personas LGTBI. Es cierto que el artículo 14 CE no menciona expresamente la orientación sexual entre las eventuales razones que puedan provocar discriminación (Martín, 2010: 115-134). No obstante, se entiende incluida bajo el concepto de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». En este sentido, es preciso tener presente la STC 67/2022, de 22 de junio, en la que explícitamente se reconoce la ilegitimidad del trato discriminatorio con base a la identidad de género de acuerdo con el artículo 14 CE.

Por otro lado, señalamos que en el preámbulo de la Ley 4/2023 se hace mención de la sentencia del TC 99/2019, de 18 de julio, sobre el derecho al cambio registral de la mención al sexo, en donde se afirma que «el derecho al cambio registral de la mención al sexo se basa en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución) y constituye igualmente una proyección del derecho fundamental a la intimidad personal consagrado en artículo 18.1 de la Constitución. A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su STC 99/2019, de 18 de julio, estableció que “con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad”» (Bercovitz, 2020: 307-344).

En una obra como la presente, hemos considerado relevante prestar atención a las necesidades de protección real y efectiva de los derechos de las personas LGTBI en su condición de grupos especialmente vulnerables. Para ello, fijamos la mirada investigadora en el análisis de las técnicas legislativas procesales utilizadas para lograr la tutela real y efectiva del derecho a la igualdad de las personas integrantes de este colectivo (Vernengo, 2025).

1.2. HITOS NORMATIVOS EN MATERIA DE IGUALDAD CON IMPACTO DESDE UNA PERSPECTIVA PROCESAL ANTERIORES A LA LEY 4/2023

Con anterioridad al reconocimiento de derechos a las personas LGTBI en la Ley 4/2023, se aprobaron otras leyes que incluyen especialidades procesales para la garantía y protección real y efectiva frente a discriminaciones. Nos referimos a diferentes hitos normativos en materia de igualdad con los que el legislador buscó allanar el camino de acceso a los tribunales para denunciar las actuaciones o conductas de carácter discriminatorio y a su vez, facilitar la prueba de la discriminación.

Este contexto lo fijan las siguientes leyes:

- 1º. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, con la que se llevó a cabo la trasposición de sendas Directivas comunitarias

en la materia. En concreto, nos referimos a la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la formación profesionales, y a las condiciones de trabajo (Lousada, 2003: 859-868; Revilla, 2003: 20-40). Además, también se procedió a la trasposición de la Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios de suministro (Avilés, 2005: 6-14; Lousada, 2006: 1501-1506).

Esta Ley fue la pionera en la introducción especialidades en el proceso civil para facilitar la prueba de la discriminación, así como ampliando los sujetos legitimados para solicitar y en su caso obtener, una sentencia de condena frente a conductas o actuaciones discriminatorias por motivos de género (Armenta, 2010: 39-62; Bonachera, 2020: 273-284; Cucarella, 2018: 327-335; Cucarella, 2019; Martín, 2007: 305-328; Neira, 2021: 457-464; Pereira, 2013: 289-300; Pérez, 2015: 109-142; Valbuena, 2008: 545-565).

- 2º. Real Decreto Legislativo 1/2013, 29 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En materia procesal (arts. 74-77), destacamos la instauración de un sistema arbitral administrativo en materia de discriminación de las personas con discapacidad, o la facilitación de la prueba de la discriminación (Sánchez, 2025: 277-280).
- 3º. Ley 15/2022, 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Sus artículos 29 y 30 contemplan especialidades en materia de legitimación y prueba, respectivamente (Álvarez, 2022: 87-120; Asquerino, 2022: 264-268; Lahera, 2022; Serra, 2023: 129-157). Con esta ley se dispone la creación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, arts. 40-45 (Autoridad Independiente).

1.3. LEY 4/2023: IMPACTO PROCESAL

1.3.1. En general

Son muchos los ámbitos de las políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI que se regulan en la Ley 4/2023. No hay que perder de vista que las deficiencias estructurales que tradicionalmente han existido y que han afectado al colectivo LGTBI han justificado la aprobación de una ley específica en la materia.

Simplificando la sistemática de la Ley, el título I (arts. 4-42) regula aspectos relacionados con la actuación de los poderes públicos; el título II (arts. 43-61), medidas para la igualdad real y efectiva de las personas trans; título III (arts. 62-75), protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIofobia; y título IV (arts. 76-82), regula aspectos relacionados con infracciones y sanciones.

En este contexto, son diferentes los aspectos procesales que con carácter general se regulan (Calaza, 2023; Gete-Alonso, 2023: 7-25; Ramos, 2023). Estas normas afectan a aspectos de la Jurisdicción contenciosa, como de la voluntaria relativa a la aprobación judicial de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce (Díaz, 2024: 3-43). De hecho, la disposición final decimotercera modifica la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduciendo un Capítulo I bis Título II «de la aprobación judicial de la modificación de la mención registral del sexo de personas mayores de doce años y menores de catorce» (arts. 26 ter-26 quinquies); y un nuevo Capítulo I ter en el Título II «de la aprobación judicial de la nueva modificación de la mención registral relativa al sexo con posterioridad a una reversión de la rectificación de la mención registral» (arts. 26 sexies-26 nonies).

No obstante, como ya hemos indicado al inicio de nuestro trabajo, queremos centrarnos en la identificación, sistematización y análisis de las normas que impactan en la legislación procesal civil, de manera que podamos señalar cuáles son las técnicas que procesalmente se utilizan para lograr una protección real y efectiva del derecho a la igualdad de las personas integrantes del colectivo LGTBI. En definitiva, nuestro objetivo es verificar en qué medida la legislación procesal civil puede contribuir a eliminar las situaciones estructurales de vulnerabilidad de las personas que integran el colectivo LGTBI.

1.3.2. En el ámbito civil: sistemática del trabajo

La disposición final quinta de la Ley 4/2023 impactó directamente en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Con la misma, se introducen los artículos 11 ter LEC sobre «legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales» y 15 quater LEC sobre «publicidad e intervención en procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales». De igual manera, se da nueva redacción al artículo 217.5 LEC, en relación con la facilitación de la prueba procesal de una eventual discriminación.

Así se indica en el preámbulo de la Ley 4/2023 con las siguientes palabras: «La disposición final quinta modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Además de proceder, como en el caso del orden contencioso administrativo, a ampliar la legitimación en los procesos para la defensa de los derechos LGTBI, se añade un nuevo artículo 15 quater sobre publicidad e intervención en procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales».

Como puede apreciarse, son tres aspectos procesales en los que se hace especial hincapié para alcanzar una tutela real y efectiva del derecho a la igualdad del colectivo LGTBI. En definitiva, son tres las técnicas procesales a las que se recurre para proteger mejor el derecho a la igualdad de las personas integrantes del colectivo LGTBI:

- 1º. Ampliación de sujetos legitimados activamente para solicitar la protección del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, expresión de género o características sexuales.
- 2º. Potenciación de la publicidad de los procesos por discriminación posibilitando la intervención de terceros.
- 3º. Facilitación de la prueba de la discriminación.

A esta clasificación responde la sistemática que adoptamos en los siguientes apartados.

2. AMPLIACIÓN DE SUJETOS LEGITIMADOS ACTIVAMENTE PARA SOLICITAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL, EXPRESIÓN DE GÉNERO O CARACTERÍSTICAS SEXUALES

2.1. INTRODUCCIÓN

Como hemos indicado, los aspectos relacionados con la legitimación activa para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, expresión de género o características sexuales se regulan en el artículo 11 ter LEC (Gimeno, 2023: 229-230). En relación con esta disposición normativa, y con carácter introductorio, subrayamos dos aspectos.

En primer lugar, el legislador ha considerado oportuna la introducción de una disposición normativa específica en materia de legitimación activa cuando ya existía una regulación general en materia de legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el artículo 11 bis LEC, disposición que se introdujo con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Sin entrar a cuestionar la oportunidad de esta regulación específica, destacamos que con esta técnica se han generado dificultades hermenéuticas que, como indica la doctrina “pueden acabar siendo resueltas con menoscabo de la efectividad de la protección” (Juan, 2024: 141). La razón es que, si bien la sistemática en ambos artículos es la misma, sin embargo, no hay coincidencia a la hora de enumerar los sujetos legitimados activamente. En concreto, hay sujetos que en el artículo 11 bis LEC se les contempla como legitimados activamente y, sin embargo, no se incluyen en el artículo 11 ter LEC, o su legitimación es más restringida. Así ocurre como analizamos más adelante con la Autoridad Independiente y con las organizaciones legalmente constituidas para la defensa y promoción de los derechos humanos.

El segundo aspecto que destacamos con carácter introductorio y que nos permite ofrecer la sistemática que vamos a seguir, es que, a la hora de concretar los sujetos con legitimación activa, el artículo 11 ter LEC contempla dos situaciones:

- 1ª. Que se trate de litigios sobre acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales (art. 11 ter 3 LEC).
- 2ª. Que se trate de cualquier otro litigio para la defensa de los derechos intereses de las personas víctimas de discriminación por razones de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales (art. 11 ter 1 y 2 LEC). En este caso, a su vez, el artículo diferencia dos realidades:
 - a) Que las conductas o actuaciones discriminatorias afecten a personas determinadas o fácilmente determinables (art. 11 ter 1 LEC).
 - b) Que dichas actuaciones o conductas afecten a una colectividad indeterminada y de difícil determinación (art. 11 ter 2 LEC).

Como ya hemos anticipado, la sistemática que seguimos responde a la clasificación de situaciones que obliga a realizar el artículo 11 ter LEC.

2.2. EN LOS PROCESOS SOBRE ACOSO DISCRIMINATORIO

En este supuesto, el artículo 11 ter LEC restringe la legitimación activa «a la persona acosada» (Fernández, 2024; Sepúlveda, 2024). En concreto, el apartado 3 dispone que «la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales». Por exclusión, hay que entender que todos los sujetos que se enumeran en los apartados 1 y 2 de la disposición que estudiamos, carecen de legitimación activa en este tipo de proceso.

2.3. EN LOS RESTANTES PROCESOS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI

2.3.1. Clases de tutela que puede solicitarse

La Ley 4/2023 no contiene una disposición semejante al artículo 28 de la Ley 15/2022, integral en materia de igualdad, por lo que podemos entender que es aplicable supletoriamente. Al respecto, la disposición citada dispone que «la tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal» (Cea, 2020; Chocrón, 2023).

De esta manera, puede pretenderse de los tribunales la cesación de las conductas o actuaciones de carácter discriminatorio, así como la formulación de peticiones «de condenas

a prestación en favor de cada persona que ha sufrido discriminación (...) restablecimiento de la persona afectada en el pleno ejercicio de su derecho e indemnización de daños y perjuicios» (Juan, 2024: 141).

2.3.2. Actuaciones discriminatorias que afectan a personas determinadas o fácilmente determinables

El artículo 11 ter 1 LEC presta atención a diferentes situaciones que pueden darse desde una perspectiva procesal y sobre la base de las cuales desarrollamos los siguientes subapartados.

2.3.2.1. Cuando la persona afectada interpone la demanda directamente

En el supuesto de que las conductas o actuaciones discriminatorias afecten a una persona concreta y esté determinada, es evidente que dicha persona ostenta legitimación activa ordinaria para dirigirse a los tribunales y solicitar la protección de su derecho (Marín, 2024: 131-132). La titularidad del mismo le legitima de manera ordinaria para accionar ante los tribunales ordinarios, y en su caso, ante el TC (López, 2025).

La legitimación activa de esta persona está reconocida expresamente en el primer inciso del artículo 11 ter 1 LEC y se ostenta por titularidad del derecho que ha resultado afectado. Por esta razón, el artículo indicado dispone que «para la defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por razones de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, además de las personas afectadas (...)».

2.3.2.2. Cuando la persona afectada autoriza a otros sujetos para que le sustituyan procesalmente

2.3.2.2.1. Requisitos

Sin perjuicio de la legitimación ordinaria de la persona afectada, ésta puede valorar la opción de otorgar autorización a terceras personas para que hagan valer su derecho ante los tribunales. Esta situación se regula en el artículo 11 ter 1 LEC. Dicho apartado se caracteriza por establecer un listado amplio de sujetos que ostentan legitimación activa extraordinaria por sustitución para que puedan solicitar a los tribunales la protección de los derechos de las personas LGTBI afectadas, determinadas o de fácil determinación (Nieva, 2004).

En todo caso, es preciso reiterar que estos sujetos que puedan legítimamente accionar ante los tribunales, necesitan que la persona afectada otorgue autorización expresa y previa a la presentación de la demanda. En el sentido indicado debe entenderse el inciso siempre que «cuente con su autorización expresa» (Juan, 2024: 134).

2.3.2.2.2. Sujetos a los que se puede autorizar

De acuerdo con el artículo 11 ter 1 LEC, los sujetos que pueden ser autorizados por las personas discriminadas para el ejercicio de las acciones en defensa del derecho a la igualdad del colectivo LGTBI, son:

- 1º) Partidos políticos.
- 2º) Organizaciones sindicales.
- 3º) Organizaciones empresariales.
- 4º) Asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas.
- 5º) Asociaciones de personas consumidoras y usuarias.
- 6º) Asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias.

Cuando el artículo 11 ter 1 LEC enumera estos sujetos no menciona en ningún momento que dicha legitimación se ostente para hacer valer los derechos de las personas asociadas o afiliadas. Llama la atención la redacción de este párrafo si lo confrontamos con el 11 bis 1 LEC que regula con carácter general la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, en donde sí se hace referencia expresa a que la legitimación se ostenta respecto de las personas afiliadas o asociadas (Borges, 2020).

No obstante, es preciso indicar que el artículo 11 ter 1 LEC *in fine* dispone que los sujetos legitimados ostentan legitimación «de acuerdo con lo establecido en la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI».

Al respecto, el artículo 65 de la Ley 4/2023 no deja lugar a ninguna duda de que cuando las personas afectadas están identificadas o es fácil su determinación, los partidos políticos y los otros sujetos enumerados anteriormente solamente ostentan legitimación respecto de sus personas afiliadas o asociadas. En concreto, el artículo 65 dispone que «sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI o de sus familias estarán legitimadas, en los términos establecidos por las leyes procesales, para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas, en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, siempre que cuenten con su autorización expresa, y para demandar en juicio la defensa de los intereses difusos cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación».

Queremos añadir que no compartimos las posiciones doctrinales que sostienen que la mera afiliación equivale a la autorización (Juan, 2024: 142). La lectura de esta disposición y su integración con las que regulan el régimen de publicidad y llamamiento al proceso del artículo 15 quater LEC lo desmienten. A su vez, el artículo 11 ter 1 LEC no distingue según

la clase de tutela que se vaya a solicitar a los tribunales. Por lo tanto, si los sujetos afectados están identificados o son fácilmente identificables, debe obtenerse necesariamente y de manera expresa la correspondiente autorización.

Somos conscientes de que hay posicionamientos doctrinales que sostienen que si lo que se ejercita es una acción de cesación de conductas o actuaciones discriminatorias, dicha autorización legitimante no es necesaria. Al respecto, se afirma que «en mi opinión, la correcta interpretación de las disposiciones mencionadas debe ser la de que las entidades a las que las mismas atribuyen legitimación activa pueden si solo pretenden condena a cesación, demandar sin autorización de eventuales afectados y, consiguientemente, sin llamamiento a los mismos para que la presten» (Juan, 2024: 141-142). Sin perjuicio de que pueda pretender esta clase de tutela, esta interpretación consideramos que difícilmente puede derivarse de la literalidad de la norma que analizamos. De hecho, ni siquiera el art. 11 bis 1 LEC contempla esta diferenciación según la clase de tutela solicitada.

Por otro lado, queremos destacar que, sin pretenderlo, el legislador ha establecido una restricción en el acceso a los tribunales para la protección de los derechos de las personas LGTBI. Si se confrontan los apartados 1 de los artículos 11 bis y 11 ter LEC se puede detectar que para la defensa del derecho a la igualdad en general y la protección frente a cualquier tipo de discriminación que no sea contra el colectivo LGTBI, ostentan legitimación activa las «asociaciones y organizaciones legamente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos». Sin embargo, si se trata de proteger los derechos del colectivo LGTBI, no ostenta legitimación activa cualquier asociación u organización que proteja los derechos humanos en general, sino solamente, las que «tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias».

No alcanzamos a detectar la razón por la que se establece esta diferencia en el acceso al proceso que implica una restricción, desde nuestro punto de vista, injustificada. La concreción que hace la ley excluye la perspectiva o el paradigma de los derechos humanos. La defensa de estos derechos implica también la defensa de los derechos del colectivo LGTBI, por lo que cualquier asociación que tuviera entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos debería tener también legitimación. No obstante, la literalidad legal puede comprometer gravemente la protección del derecho a la igualdad del colectivo.

2.3.2.2.3. El artículo 11 ter 1 LEC no incluye a la autoridad independiente: interpretación sistemática para sostener su legitimación

Otro aspecto interesante que resulta del análisis del artículo 11 ter 1 LEC es que no incluye entre los sujetos legitimados activamente a la Autoridad Independiente. Por el contrario, la Autoridad se incluye entre los sujetos legitimados en el artículo 11 bis 1 LEC, regulador de la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, en general (Stefano, 2023; 115-124).

Una interpretación literal de los artículos 11 bis 1 y 11 ter 1 LEC podría conducir a sostener que la Autoridad Independiente no goza de legitimación activa cuando se trate

de defender el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales y las personas afectadas estén identificadas o sean fácilmente determinables. Sin embargo, ostentaría legitimación activa en los restantes supuestos de discriminación.

Es evidente que esta interpretación es manifiestamente insatisfactoria, pero responde desde nuestro punto de vista, a una clara falta de técnica legislativa que puede colocar a las personas del colectivo LGTBI en una situación de desventaja, procesalmente hablando, al reducir los sujetos legitimados para solicitar a los tribunales la protección frente a conductas o actuaciones discriminatorias.

No obstante, puede intentarse una interpretación sistemática que permita superar las dudas que plantea la literalidad del artículo 11 ter 1 LEC. Para ello, acudimos al Título III de la Ley 4/2023 «protección efectiva y reparación frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia», capítulo I «medidas generales de protección y reparación» (arts. 62-67).

Con carácter general, el artículo 62.4 dispone que «en la protección frente a la discriminación y la violencia por LGTBIfobia podrá intervenir en todo caso la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, con las competencias y funciones establecidas en la Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación».

Es decir, con carácter general, se prevé la legitimación de la Autoridad Independiente y se realiza una remisión explícita la Ley 15/2022. Por este motivo, cuando un poco más adelante el artículo 65 Ley 4/2023 enumera los sujetos legitimados para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación no enumera expresamente a la Autoridad Independiente.

Cuando el artículo 65 Ley 4/2023 impactó en la LEC no se incluyó a la Autoridad Independiente porque su legitimación para este tipo de procesos ya se deriva del artículo 62.4 Ley 4/2023. Creemos que, de esta manera, puede sostenerse su legitimación activa y evitar un perjuicio procesal en la protección de los derechos del colectivo LGTBI.

2.3.2.2.4. Legitimación «*ex lege*» del MF e interés social

El artículo 11 ter LEC guarda silencio sobre la posible legitimación activa del Ministerio Fiscal (MF). Sin embargo, este artículo debe integrarse con el artículo 249.1. 2º LEC en el que se dispone que en los procesos para la protección de derechos fundamentales sea siempre parte el MF (Fernández, 2014: 106-137).

Lo que implica que goza de legitimación activa y en el caso en que no sea el promotor de la demanda, se le debe dar traslado a los efectos de que pueda personarse. De hecho, el artículo 15 quater 2 LEC dispone que el MF «será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El Tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación».

Queremos dejar constancia de la existencia de posiciones doctrinales contrarias a la legitimación activa del MF. En concreto, se afirma que «no parece, en cambio que esté

activamente legitimado el MF, si bien podrá intervenir en estos procesos iniciados por sus legitimados activos» (Juan, 2024: 142). No obstante, consideramos que la regulación general que hemos señalado permite sostener su legitimación activa, siendo además, la interpretación que mejor garantiza la protección del derecho a la igualdad del colectivo LGTBI.

2.3.3. Actuaciones discriminatorias que afectan a una pluralidad indeterminada o de difícil determinación

2.3.3.1. Requisitos

La situación que analizamos es la de que las conductas o actuaciones discriminatorias a las personas LGTBI afecten a una pluralidad indeterminada o de difícil determinación. La legitimación en estos supuestos, se tiene por atribución legal, sin necesidad de solicitar una autorización previa a las personas afectadas, ya que están indeterminadas o es difícil su determinación (art. 11 ter 2 LEC).

2.3.3.2. Sujetos legitimados

El legislador procede a enumerar una serie de sujetos que, sin ser las personas LGTBI afectadas, pueden accionar ante los tribunales frente a conductas o actuaciones de carácter discriminatorio. La identificación de los sujetos se realiza principalmente en el artículo 11 ter 2 LEC y también en los artículos 15 quater 2 y 249.1. 2º LEC. Estos sujetos son:

1º) Organismos públicos con competencia en la materia. Por lo tanto, en este caso, y al amparo de lo previsto en el artículo 40 d) Ley 15/2022, entre dichos organismos debe entenderse incluida la Autoridad Independiente. Por las razones que hemos expuesto con ocasión del análisis del artículo 11 ter 1 LEC, su legitimación para este tipo de procesos se deriva también del artículo 62.4 Ley 4/2023.

De igual manera, deben entenderse legitimados organismos que eventualmente puedan prever las leyes autonómicas en materia de protección de los derechos de las personas LGTBI (Solanes, 2023: 97-122).

2º) Partidos políticos.

3º) Organizaciones sindicales.

4º) Organizaciones empresariales.

5º) Asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas.

6º) Asociaciones de personas consumidoras y usuarias.

7º) Asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias.

Llama la atención la diferente redacción de los artículos 11 ter 2 LEC y 11 bis 2 LEC en relación con estos sujetos. En el caso del artículo 11 bis 2 LEC ostentan legitimación «las organizaciones, de ámbito estatal o del ámbito territorial en el que se produzca la situación de discriminación que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación».

La legitimación se supedita a «lo establecido en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación». Es decir, es preciso integrar el artículo 11 bis 1 LEC con el artículo 29.2 de la Ley 15/2022. Este artículo dispone que «a los efectos de lo establecido en el apartado anterior, las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos tienen que acreditar los siguientes requisitos: a) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos, salvo que ejerciten las acciones administrativas o judiciales en defensa de los miembros que la integran. b) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en el ámbito estatal o, en su caso, en un ámbito territorial que resulte afectado por la posible situación de discriminación».

Por su parte, el art. 11 ter 2 LEC no realiza una remisión expresa a los requisitos legitimantes que se derivan de la Ley 15/2022. Es por ello que nos inclinamos por sostener que no son exigibles en el caso de los procesos para la protección de los derechos del colectivo LGTBI, siendo una clara muestra de los desfases normativos producidos entre la Ley 15/2022 y la Ley 4/2023.

8º) El MF.

En el mismo sentido que hemos sostenido con ocasión de la interpretación del apartado 1, aunque el artículo 11 ter 2 LEC no prevea expresamente la legitimación activa del MF, debe integrarse esta disposición normativa con el artículo 249.1. 2º LEC en el que se dispone que en los procesos para la protección de derechos fundamentales sea siempre parte el MF.

Esta regulación debe completarse con el artículo 15 quater 2 LEC que dispone que en estos procesos por discriminación que afecte al colectivo LGTBI será parte el MF cuando el interés social lo justifique, también cuando el colectivo de personas afectadas sea indeterminado. En estos casos, también, cuando la demanda no haya sido interpuesta por el MF «el Tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación».

3. LLAMAMIENTO E INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO

3.1. DELIMITACIÓN NEGATIVA

En los procesos para la protección del derecho a la igualdad del colectivo LGTBI debe darse publicidad a los mismos y procederse al llamamiento a terceros de acuerdo con lo

previsto en el artículo 15 quater 1 LEC: «en los procesos promovidos por partidos políticos, organizaciones sindicales, asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, organizaciones de personas consumidoras y usuarias y asociaciones y organizaciones legalmente constituidas, que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales y de sus familias, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de personas afectadas por haber sufrido la situación de discriminación que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual».

Si procedemos a delimitar en negativo el ámbito de adecuación de esta disposición indicamos que el llamamiento a terceros no se realiza:

- 1º) Cuando se trate de litigios sobre acoso discriminatorio (arts. 11 ter 3 LEC en relación con 15 quater 1 LEC).
- 2º) En los procesos restantes cuando se inicien a instancia de las personas afectadas (arts. 11 ter 1 LEC en relación con 15 quater 1 LEC).

A continuación, procedemos a sistematizar, en positivo, los supuestos en los que debe procederse al llamamiento a terceros al proceso (Valentín, 2006: 1095-1120).

3.2. DELIMITACIÓN POSITIVA

La publicidad y llamamiento a terceros debe hacerse cuando el proceso se inicie por sujeto distinto a las personas que hayan sido discriminadas y que estén incluidas en el listado del artículo 15 quater 1 LEC:

- 1º. Partidos políticos.
- 2º. Organizaciones sindicales.
- 3º. Asociaciones profesionales de trabajadores autónomos.
- 4º. Organizaciones de personas consumidoras y usuarias.
- 5º. Asociaciones y organizaciones legalmente constituidas, que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales y de sus familias.

La duda sobre si debe llamarse a terceros surge si el proceso se inicia a instancia de la Autoridad Independiente. Por razones sistemáticas a pesar de la deficiente técnica legislativa hemos concluido que la Autoridad ostenta legitimación activa. Es por ello que creemos que no hay razón que justifique la exclusión del llamamiento cuando el proceso se inicia a su instancia. No es justificable una diferencia de trato cuando el proceso se inicia a instancia de un partido político o de la Autoridad Independiente. En todo caso, las personas LGTBI discriminadas cuya identidad se conoce o es fácilmente determinable ostentan legitimación activa por titularidad de derecho para intervenir, por lo que debe garantizarse el llamamiento al proceso para hacer valer su derecho o interés individual (art. 62.4 Ley 4/2023, en relación con los arts. 15 ter 1 y 15 quater 1 LEC). Esta interpretación

se refuerza si se tiene presente la disposición adicional cuarta de la Ley 4/2023 en la que se contempla la aplicación supletoria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, «en todo lo que no se encuentre regulado de manera específica».

3.2.1. Cuando estén determinadas o sean fácilmente determinables las personas afectadas por la discriminación

3.2.1.1. Momento del llamamiento

El artículo 15 quater 3 LEC dispone que, en estos casos, «el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados».

Como hemos estudiado, el artículo 11 ter 1 LEC exige que para que para que los sustitutos procesales adquieran legitimación, deben obtener «autorización expresa» de las personas afectadas. En este contexto, la duda interpretativa que surge es si el trámite de autorización previa permite cumplir con el requisito previsto en el artículo 15 quater 3 LEC en el que se dispone que «el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados», a los efectos de proceder a su llamamiento.

Una interpretación estricta de ambos preceptos podría llevar a sostener que son actuaciones preprocesales diferentes. Por un lado, debería obtenerse la autorización expresa y por otro, comunicar la intención de presentar la demanda a los efectos de entender cumplido el requisito del llamamiento. Sin embargo, esta interpretación es contraria a la economía procesal y a la *ratio* de ambos preceptos. La autorización expresa previa a la demanda del artículo 11 ter 1 LEC se debe pedir, exclusivamente, con la intención de presentar dicha demanda. Sin la autorización no se obtiene legitimación. El artículo 15 quater 3 LEC exige que previamente al proceso se comunique el «propósito de presentación de la demanda», no la demanda en sí misma.

Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, la comunicación previa al proceso solicitando autorización para presentar la demanda implica *per se* una comunicación previa del propósito de presentación de la demanda. En unidad de acto se pueden entender cumplidas las exigencias preprocesales que se derivan de los artículos 13 ter 1 LEC y 15 quater 3 LEC.

Ahora bien, una vez presentada la demanda, debe llamarse al proceso al tercero. De hecho, el apartado 1 del artículo 15 quater LEC fija una regla general, sin hacer distinciones. El letrado o letrada de la Administración de Justicia debe llamar al proceso a las personas LGTBI afectadas por haber sufrido la situación de discriminación que dio origen al proceso.

Por este motivo, consideramos que necesariamente debe procederse al llamamiento por parte del letrado o letrada de la Administración de Justicia, aun cuando el demandante haya comunicado a la persona afectada la intención de presentar la demanda. Es decir, las

actuaciones previstas en el artículo 15 quater 1 *in fine* y 3 no deben entenderse excluyentes: una cosa es comunicar la voluntad de presentar la demanda y otra distinta es comunicar la demanda y ofrecer la posibilidad de intervenir en el proceso, una vez que ha sido interpuesta.

Somos conscientes de que hay un sector doctrinal que mantiene una interpretación más laxa de este requisito. De hecho, se afirma que «la autorización también puede prestarse en respuesta a los procedimientos de publicidad y llamamiento de afectados, incluso en la modalidad límite de que el afectado declare acogerse a los efectos de la sentencia dictada a consecuencia de la demanda de la entidad» (Juan, 2024: 142).

Sin embargo, la postura que sostenemos es que el que pretenda ser sustituto procesal debe comunicar a la persona afectada su intención de presentar la demanda y obtener la correspondiente autorización. Presentada la demanda, debe procederse al llamamiento por parte del letrado o letrada de la Administración de Justicia y «tras el llamamiento, la persona afectada podrá intervenir en el proceso en cualquier momento». Sin la comunicación previa no se adquiere la legitimación, mientras que el llamamiento queda en manos del letrado o letrada de la Administración de Justicia a los efectos de salvaguardar mejor los derechos de las personas afectadas.

3.2.1.2. Estatuto del litisconsorte

La intervención del tercero puede hacerse en cualquier momento durante la pendencia del proceso «pero solo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido» (art. 15 quater 3 *in fine* LEC). Se trata de un interviniente litisconsorcial, en la medida en que es titular del derecho sobre el que versa el proceso (art. 13.3 LEC). Por este motivo, no tiene las limitaciones en su estatuto que tendría un eventual litisconsorte adhesivo simple (Montero, 1984: 581-600).

3.2.2. Cuando las actuaciones discriminatorias afecten a una pluralidad indeterminada de personas o de difícil determinación

En este supuesto, el llamamiento al proceso también es posterior a la pendencia del mismo. Así se desprende del artículo 15 quater 4 LEC, que de manera similar a lo previsto en el artículo 15 LEC, dispone que «el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Letrado de la Administración de Justicia determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de las personas afectadas».

La amplitud con la que se redactan las facultades de las que dispone el letrado o letrada de la Administración de Justicia nos permite sostener que nada impide que, si se dieran las circunstancias, pueda hacerse el llamamiento tal y como se contempla en el art. 15.1 LEC para los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios. Es decir, publicando la admisión de la demanda en medios de

comunicación con difusión en el ámbito territorial en que se haya manifestado la lesión del derecho de igualdad (Portillo y de Pina, 2022).

En todo caso, transcurrido el plazo fijado, el proceso se reanuda con la intervención de todas las personas afectadas que hayan respondido al llamamiento «no admitiéndose la personación individual de personas afectadas en un momento posterior». (art. 15 quater 3 LEC *in fine*). Es decir, vencido el plazo de dos meses indicado, los terceros no pueden solicitar su intervención en el proceso de declaración, deberán esperar, en su caso, al posterior proceso de ejecución forzosa.

3.2.3. Especialidades de la sentencia

Resulta interesante destacar que, con ocasión de la regulación del llamamiento a terceros cuando no están determinados, el legislador efectúa una remisión expresa al artículo 221 LEC. De hecho, el artículo 15 quater 4 *in fine* indica que las personas afectadas que no hayan intervenido en el proceso podrán hacer valer sus derechos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 221 LEC (Vallespín, 2018: 6).

De esta manera, el legislador crea un vaso comunicante con las especialidades previstas para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias. Esta remisión explícita al artículo 221 LEC, en su aplicación al tema que nos ocupa, nos permite hacer las siguientes consideraciones que consideramos relevantes.

Las especialidades del artículo 221 LEC son aplicables en los casos en que los sujetos enumerados en el artículo 11 ter 2 LEC hayan interpuesto la correspondiente demanda para la protección de intereses difusos. Por lo tanto, la referencia que se hace a las asociaciones de consumidores del artículo 221.1 LEC debe extenderse a los restantes sujetos legitimados para la protección del derecho a la igualdad.

Por otro lado, la sentencia que se dicte en este proceso deberá sujetarse a las siguientes reglas. Así, si se hubiera pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria debe determinar individualmente las personas LGTBI afectadas en su derecho de igualdad que deban entenderse como beneficiadas por la condena (art. 221.1 1ª párr. 1 LEC en relación con el art. 15 quater 4 *in fine* LEC). Las personas LGTBI que hayan intervenido en el proceso podrán ser fácilmente identificables en la sentencia. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia debe establecer los datos, características o requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara cualquiera de los sujetos legitimados (art. 15 quater 3 LEC *in fine* en relación con los arts. 221.1. 1ª segundo párrafo y art. 11 ter 2 LEC).

Si como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, con la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso (art. 221.1. 2ª LEC en relación con el art. con el art. 15 quater 4 *in fine* LEC).

Si se hubieran personado en el proceso en calidad de intervinientes litisconsorciales las personas afectadas, la sentencia debe pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones (art. 221.1. 3ª LEC en relación con el art. 15 quater 4 *in fine* LEC).

3.2.4. Especialidades en ejecución forzosa

Con ocasión de la regulación del llamamiento a terceros en este tipo de procesos, el legislador también hace una remisión expresa al artículo 519 LEC. De hecho, el artículo 15 quater 4 *in fine* LEC indica que las personas afectadas que no hayan intervenido en el proceso también podrán hacer valer sus derechos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 519 LEC (Mascarell, 2018: 43-112; Rodríguez, 2024).

Esta remisión explícita permite acomodar lo previsto en el artículo 519 LEC referente a la ejecución de sentencias para la tutela de los derechos de personas consumidoras y usuarias a los supuestos de ejecución de sentencias de condena por violación del derecho a la igualdad de las personas LGTBI.

No obstante, indicamos que la aplicación es posible en lo que efectiva y realmente se pueda aplicar. Subrayamos esta cuestión porque gran parte del artículo 519 LEC regula aspectos relacionados con la ejecución de las sentencias dictadas en relación con condiciones generales de la contratación, cuando se ha seguido un procedimiento testigo (Ariza, 2022: 83-102; González, 2023: 357-366; Noya, 2019: 77-110; Schumann, 2024: 259-302; Vidal, 2024: 421-435). Obviamente, dicha regulación no es aplicable, puesto que caen fuera de la órbita del procedimiento testigo las demandas en materia de igualdad.

Por todo ello, la regulación que podría ser aplicada a los procesos en materia de igualdad es la que se deriva solamente del apartado 1 del artículo 519 LEC. En este sentido, cuando la sentencia de condena a que se refiere a la regla primera del artículo 221 no hubiese determinado las personas afectadas por la conducta o actuación discriminatoria beneficiados por aquella, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena (Lacueva, 2006).

Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos pueden instar la ejecución.

El MF puede instar la ejecución de la sentencia en beneficio de las personas afectadas en su derecho de igualdad.

4. PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN

4.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS: ERRÁTICA SENDA LEGISLATIVA EN MATERIA DE PRUEBA

El legislador, siguiendo directrices europeas, ha estado desde hace tiempo preocupado por regular especialidades que faciliten la prueba de eventuales discriminaciones. La razón

es sencilla. Una aplicación estricta de las normas clásicas sobre carga probatoria lleva al demandante a tener que demostrar la existencia de la eventual discriminación, cuando muchas veces, la prueba directa resulta difícil o imposible (Calaza, 2023: 1059-1063).

El primer hito normativo lo marcó la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En concreto, el artículo 36 de dicha ley dispone: «en aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Como puede apreciarse, la especialidad en materia de prueba se contempla para cualquier tipo de discriminación.

Posteriormente, y solo para discriminaciones por motivos de género, la Ley Orgánica 3/2007, 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres impactó en la LEC en el tema que nos ocupa. En concreto, su disposición adicional quinta añadió un nuevo apartado 5 al artículo 217 LEC, precediendo a reenumerar los apartados 5 y 6 que pasaron a ser 6 y 7 (Armenta, 2010: 53-61; Pérez, 2008: 249-264).

En concreto, disponía que «de acuerdo con las leyes procesales en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

El párrafo 2 añadía que «a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes».

Continuando con la exposición cronológica, la facilitación de la prueba de la discriminación por motivos de discapacidad se contempló en el artículo 77 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Aníbarro, 2013: 101-122; Etxebarría, 2011: 33-46; González, 2008: 527-540; Palacios, 2007; Seoane, 2011: 21-32).

La especialidad probatoria se previó de la siguiente manera: «aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes».

El apartado 2 añade que «lo establecido en el apartado anterior no es de aplicación a los procesos penales ni a los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras».

Posteriormente la disposición final segunda de la Ley 15/2022, para la igualdad de trato y la no discriminación dio nueva redacción al artículo 217.5 LEC (Gómez, 2023). Sin enumerar los eventuales motivos de la discriminación, la norma especial sobre carga probatoria abarcaba cualquier supuesto. En concreto, disponía que «en aquellos procesos en los que la parte actora alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad».

La evolución normativa culmina con la reforma operada por la Ley 4/2023, que de nuevo vuelve a impactar en el artículo 217.5 LEC restringiendo la especialidad a los supuestos de discriminación por motivos de sexo o las afectantes al colectivo LGTBI. En concreto, dispone: «en aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, la orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales, y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes».

Como puede apreciarse, el artículo 217.5 LEC no contempla eventuales discriminaciones por motivos étnicos, religiosos o de edad, por ejemplo. En estos casos, y para salvar esos supuestos, consideramos que debe aplicarse lo previsto en el artículo 36 de la Ley 62/2003. No obstante, subrayamos que hubiera ido oportuno reconducir la especialidad de esta disposición normativa a la LEC, de manera que cualquier supuesto de discriminación se contemplara en el artículo 217 LEC (López-Fragoso, 2001: 1-6). La deficiente técnica legislativa utilizada obliga a realizar un peregrinaje por normas dispersas, incluso en leyes extravagantes, a los efectos de que el derecho a la igualdad se pueda proteger de manera real y efectiva ante los tribunales.

4.2. TEMA DE LA PRUEBA: ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE PRESUNCIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La carga probatoria está regulada con carácter general en los apartados 2 y 3 del artículo 217 LEC. De dichos apartados resulta que el actor tiene la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente. Por su

parte, el demandado tiene la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos invocados por el actor.

Pues bien, en virtud del artículo 217.5 LEC en los procesos por discriminación que afecten a integrantes del colectivo LGTBI, la parte demandante no tiene la carga probar la existencia de la discriminación. Es la parte demandada la que debe probar la ausencia de dicha discriminación. Como indica la doctrina, se trata de «evitar al demandante las dificultades probatorias excesivas que (...), recaerían sobre él en caso de atribución de la carga según la norma general (Ortells, 2024: 316).

La duda que podría surgir de la mera lectura de esta disposición es la de si basta con que la parte demandante alegue la existencia de la discriminación para que pueda operar la consecuencia prevista en el artículo 217.5 LEC (Ormazábal, 2018: 176-178; Pérez, 2008: 218-219). En este sentido, debe analizarse con cuidado el contenido de esta disposición, pues en realidad creemos que no está contemplando una norma sobre inversión de la carga de la prueba, sino de modificación del tema de la prueba (Armenta, 2010:57-60).

Nos explicamos. No es razonable, desde una perspectiva procesal, sostener que basta con que el demandante alegue la existencia de discriminación para que el demandado tenga la carga de probar la ausencia de la discriminación y la proporcionalidad de las medidas adoptadas. Como sostiene la doctrina, esta interpretación sería «criticable» (Armenta, 2010: 58). Ello conduciría a una prueba diabólica de un hecho negativo: la ausencia de discriminación (Lorca, 2012: 54-80).

Nótese que la redacción dada por la Ley 4/2023 al artículo 217.5 LEC permite superar dificultades interpretativas que planteaba la redacción que se le dio con la reforma de la LO 3/2007 (Armenta, 2010: 58-59). De hecho, claramente se pone de manifiesto que el demandante debe aportar «indicios fundados» sobre la existencia de la discriminación. Es decir, la parte actora deberá alegar y probar indicios de la existencia de la discriminación. En todo caso, dichos indicios deben ser fundados, sin perjuicio, obviamente, de que la parte demandada pueda provocar que se desvanezcan.

En realidad, lo que el artículo que analizamos está contemplando, es la generación de una presunción. En concreto, se presume la discriminación si la demandante aporta y prueba indicios fundados de la existencia de esta. En ese caso, es cuando el demandado puede probar la ausencia de la discriminación y la proporcionalidad de las medidas adoptadas atacando los indicios invocados y probados por la actora.

Desde nuestro punto de vista, se produce el fenómeno semejante al que se deriva del artículo 69.2 de la Ley 24/2015, 24 de julio, de patentes de invención y modelos de utilidad, en el que se dispone que «si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el procedimiento patentado». Esta norma es la heredera del artículo 61.2 de la Ley 11/1986, 20 marzo, de patentes y modelos de utilidad con la que se modifica el *thema probandi* sin afectar al *onus probandi* (Cucarella, 2019: 402-408).

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez del Cuvillo, Antonio (2022): «La Ley Integral para la Igualdad: Un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 165, 87-120.
- Aníbarro Pérez, Susana (2013): «La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Civitas*, 160, 101-122.
- Ariza Colmenarejo, María Jesús (2022): «Extensión de efectos de la sentencia recaída en proceso testigo en clave de cosa juzgada», en P. González Granda, P. Damián Moreno y M. J. Ariza Colmanarejo (dirs.), *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos: libro homenaje a Valentín Cortés Domínguez*, Madrid: Colex, 83-102.
- Armenta Deu, Teresa (2010): «El derecho a la igualdad entre mujer y hombre: tutela procesal civil», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1, 39-62.
- Asquerino Lamparero, María José (2022): «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2022*, 264-268.
- Avilés, María Antonia (2005): «Comentario a la Directiva 2004/113/CE», *Aequalitas: revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 17, 6-14.
- Bercovitz Róriguez-Cano, Rodrigo (2020): «Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019, pleno, 18 de julio de 2019», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 112, 307-344.
- Bonachera Villegas, Raquel (2014): «La mujer en el derecho procesal español». *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, 110, 45-67.
- Borges Blázquez, Raquel (2020): «Derecho procesal e igualdad. La legitimación activa para la protección del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Especial referencia al artículo 11 bis», en A. Montesinos García y M. J. Catalán Chamorro (coords.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch, 273-284.
- Calaza López, Sonia (2023): «Artículo 217. Carga de la prueba», en M. Díaz Martínez (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1059-1063.
- (2023a): «Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales (LGTBI): Libertad, igualdad y fraternidad», *Actualidad civil*, 3, 20-35.
- Cea Dáncona, María Ángeles (2020): *Discriminación múltiple y acciones antidiscriminatorias*, Madrid: Dextra.
- Chocrón Giráldez, Ana María (2023): «La acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación», *Indret*, 4, 83-109.
- Cucarella Galiana, Luis Andrés (1999): *El proceso civil en materia de patentes*, Granada: Comares.
- (2018): «Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Legitimación activa de los sindicatos en casos de discriminaciones masivas», en O. Fuentes Soriano, M. I. González Cano y F. Jiménez Conde (coords.), *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales: I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 327-335.
- (2019): *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y jurisdicción. Especialidades en los procesos por discriminación: amparo ordinario, constitucional y europeo*, Madrid: La Ley Wolters Kluwer.
- Díaz Alabart, Silvia (2024): «El cambio de la mención registral de sexo de los menores en la Ley Trans de 2023», *Revista de Derecho Privado*, 108, 1, 3-43.
- Etxebarria, Xavier (2011): «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva ética», *Siglo Cero: revista española sobre discapacidad intelectual*, 42 (1), 237, 33-46.
- Fernández Lega, Annaïck (2014): «La intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés público en procesos no penales. Especial atención a su labor de promoción y defensa del interés social y los derechos de los ciudadanos», *Lex social: revista de los derechos sociales*, 4 (1), 106-137.

- Fernández Nieto, Livina (2024): «Los “Planes LGTBIQ+” y la obligatoriedad de su implantación», *Diario La Ley*, 10555, 1-5.
- Gete-Alonso Calera, María del Carmen (2023): «La Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: cambios conceptuales y de configuración de las situaciones personales», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 38, 7-25.
- Gimeno Beviá, Jordi (2023): «Artículo 11 ter. Legitimación para la defensa del derecho a la iguala e trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión e género o características sexuales», en M. Díaz Martínez (coord.), *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 229-230.
- Gómez Fuentes, Alicia (2023): «La carga de la prueba tras la reforma operada por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Diario La Ley*, 10217, 2-10.
- González García, Saúl (2023): «El procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia ¿Una solución jurisdiccional a la litigación en masa?», en G. Schumman Barragán, F. Jiménez Conde, J. Banacloche Palao y F. Gascón Inchausti (coords.), *Logros y retos de la justicia civil en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1-7.
- González Martín, Nuria (2008): «Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 8, 527-540.
- Juan Sánchez, Ricardo (2024): *Derecho Procesal Civil*, en M. Ortells Ramos (coord.), Pamplona: Thomson Aranzadi Reuters, 141-148.
- Lacueva Bertolaci, Rodrigo (2006): *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios. Art. 519 LECiv*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Lahera Forteza, Jesús (2022): «Dimensión laboral de la Ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación», *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales*, 181, 15-30.
- López Cabrera, Samuel (2025), «El modelo de Tribunal Constitucional español: ¿verdadero garante?», *Diario La Ley*, 10705, 5-15.
- López-Fragoso Álvarez, Tomás Vicente (2001), «La carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 487, 1-6.
- Lorca, Antonio (2012): «Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi. Modelo español y peruano», *Ius et veritas*, 45, 54-80.
- Lousada Arochena, Fernando (2003): «Las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002», *Aranzadi Social*, 5, 859-868.
- (2006) «La Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, 1501-1506.
- Marín, Juan Carlos (2024): «La legitimación ordinaria en el derecho procesal civil», en O. Poblete Iturrate y F. A. Cilveti Medina (coords.), *Las partes en el proceso: IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Bogotá: Tirant lo Blanch, 131-187.
- Martín Diz, Fernando (2007): «Garantías procesales en materia de protección judicial del derecho de igualdad», en A. Figueruelo Burrieza; M. L. Ibáñez Martínez y R. M. Merino Hernández (coords.), *Igualdad ¿para qué?: a propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Granada: Comares, 305-328.
- Martín Sánchez, María (2010): «La prohibición de discriminación por orientación sexual», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 58, 1, 115-134.
- Mascarell Navarro, María José (2018): «Adhesión a la sentencia colectiva de condena de los consumidores y usuarios no determinados individualmente (la vía del art. 519 LEC)», *Justicia*, 2, 43-112.
- Montero Aroca, Juan (1984): «Intervención adhesiva simple en el proceso civil», *Justicia*, 3, 581-600.
- Neira Pena, Ana María (2021): «La perspectiva de género en la docencia del derecho procesal. Una innovación imprescindible para educar en igualdad», en J. Picó i Junoy, V. Pérez Duadí, C. Navarro

- Villanueva y E. Cerratos Guir (coords.), *La enseñanza del derecho en tiempos de crisis: nuevos retos docentes del derecho procesal*, Barcelona: Bosch, 457-464.
- Nieva Fenoll, Jordi (2004): *La sustitución procesal*, Barcelona: Marcial Pons.
- Noya Ferreiro, María Lourdes (2019), «Extensión de efectos de la sentencia y el pleito testigo ¿Una apuesta por la eficacia?», *Revista española de Derecho Administrativo*, 200, 77-110.
- Ormazábal Sánchez, Guillermo (2018): «La adaptación del derecho procesal español a las directivas antidiscriminatorias de la UE. Especial atención a la distribución de la carga de la prueba», en F. Jiménez Conde (dir.) y O. Fuentes Soriano y M.I. González Cano (coords.), *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 163-188.
- Ortells Ramos, Manuel (2024), *Derecho Procesal Civil*, en M. Ortells Ramos (coord.), Pamplona: Thomson Aranzadi Reuters, 316-325.
- Palacios Rizzo, Agustina y Francisco Bariffi (2007): *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid: Cinca.
- Pereira i Puigvert, Silvia (2013): «El principio de igualdad de género y el derecho antidiscriminatorio», en J. Picó i Junoy (coord.), *Principios y garantías procesales: Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos*, Barcelona: Bosch, 289-300.
- Pérez Daudí, Vicente (2015): «La «carga de la prueba» como medio procesal para la protección del derecho a la igualdad en el orden civil», *Justicia: revista de Derecho Procesal*, 1, 109-141.
- Pérez Gil, Julio (2008): «La carga de la prueba en la ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en E. Gómez Campelo y F. Valbuena González, *Igualdad de género: una visión jurídica, Jornadas Igualdad efectiva: realidad o ficción*, Burgos: Universidad de Burgos, 249-264.
- Portillo Cabrera, Estefanía y Francisco Miguel de Pina Cortés (2022): «Publicidad e intervención de perjudicados en las acciones colectivas de consumidores. Aplicación práctica, análisis jurisprudencial y futura regulación ante la nueva Directiva 2020/1828 relativa a acciones de representación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 859-868.
- Ramos Hernández, Pablo (2023), «Comentarios a la ley trans y LGTBI. Análisis del texto normativo», *Diario La Ley*, 10252, 1-10.
- Revilla Esteve, Eugenia (2003): «Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, en aplicación del principio de igualdad de trato entre los hombres y mujeres», *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 14, 20-40.
- Rivas Vañó, Alicia y Miguel Rodríguez-Piñero Royo (2001): «Orientación sexual y Derecho europeo», en C. R. Fernández Llesca y F. M. Mariño Menéndez (coords.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 293-332.
- Rodríguez Achútegui, Edmundo (2024): «Nueva regulación de la extensión de efectos en el art. 519 LEC», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 24-30.
- Sánchez París, Sergio (2025): «Igualdad y no discriminación por razón de discapacidad», en M.A. Sevilla Duro (dir.) y Y. López Nieto (coord.), *Supuestos prácticos de Derecho constitucional. Segunda edición revisada y ampliada*, Madrid: Atenea, 277-280.
- Schumann Barragán, Guillermo (2024): «El procedimiento testigo y la extensión de efectos de la sentencia», en J. Banacloche Palao y F. Gascón Inchausti (coords.), *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023*, Madrid: La Ley, 277-280.
- Seoane, José Antonio (2011): «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica», *Siglo Cero: revista española sobre discapacidad intelectual*, 42 (237), 21-32.
- Sepúlveda, Álex (2024), «La obligación de tener un Plan de Igualdad LGTBI en marzo», *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, 394, 35-40.

- Serra Cristóbal, Rosario (2023): «Avances en materia de igualdad en España», en L. A. Cucarella Galiana (coord.), *Tutela colectiva de derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible: integración, Jurisdicción e igualdad*, Madrid: Dykinson, 129-157.
- Solanes Corella, Ángeles (2023): «ODS. 16. No discriminación y organismo de igualdad de trato en la Unión Europea», en L. A. Cucarella Galiana (coord.), *Paz, Justicia e Inclusión: objetivos de desarrollo sostenible en derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 97-122.
- Stefano, Bini (2023): «La Autoridad Independiente para la igualdad de trato y la no discriminación», en T. Kahale Carrillo (coord.), *Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación*, Murcia: Laborum, 115-124.
- Valentín Requena, José María (2006): «Llamamiento de terceros al proceso». *Revista Jurídica de Catalunya*, 105(4), 1095-1120.
- Valbuena González, Félix (2008): «La Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde una perspectiva orgánico-procesal», *Revista de derecho procesal*, 1, 545-565.
- Vallespín Pérez, David (2018): «La intervención de terceros en los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios», *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, 132, 6.
- Vernengo Pellejero, Nancy (2025): *Discursos sin odio. derechos, garantías y protección procesal el colectivo LGTBIQ+*, Barcelona: Atelier.
- Vidal Fernández, Begoña (2024): «El pleito testigo en el orden jurisdiccional civil y la extensión de efectos de la sentencia», en F. Alba Cladera, F. Jiménez Conde y F. López Simó (coords.), *La eficiencia de la justicia a debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 421-435.

LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO
ACOMPAÑADO EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL*

THE SPECIAL VULNERABILITY OF UNACCOMPANIED FOREIGN
MINORS IN CONFLICT WITH CRIMINAL LAW

Esther Pillado González

*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo*

Paula Martínez Molaes

*Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Vigo*

RESUMEN

Pese a que la infancia es universalmente reconocida como vulnerable, el sistema penal no está adaptado a sus necesidades, sobre todo, en aquellas situaciones en las que se atribuye un hecho delictivo a un menor extranjero no acompañado, pues su fragilidad derivada de la edad se ve agravada por factores procedentes de su condición de migrante que se encuentra en el territorio nacional sin compañía de sus progenitores u otro adulto responsable. La discriminación indirecta, el desconocimiento cultural y la falta de formación de operadores jurídicos refuerzan su exclusión. A lo largo de estas páginas, se aboga por una evaluación individualizada del menor en una etapa temprana del proceso que evidencie sus necesidades concretas a efectos de la adopción de las medidas que aseguren una justicia más inclusiva y equitativa para estos menores.

ABSTRACT

Although childhood is universally recognized as a vulnerable stage, the criminal justice system is not adapted to its needs —especially in cases where the alleged offender is an unaccompanied foreign minor. In such instances, the vulnerability associated with age is compounded by factors stemming from their status as migrants in the national territory without the presence of parents or another responsible adult. Indirect discrimination, cultural misunderstanding, and the lack of training among legal professionals further reinforce their exclusion. Throughout these pages, an individualized assessment of the minor at an early stage in the process is advocated, in order to identify their specific needs and adopt measures that ensure a more inclusive and equitable justice system for these minors.

PALABRAS CLAVE

Menor extranjero no acompañado, vulnerabilidad, justicia penal juvenil, evaluación individual, igualdad y no discriminación, garantías procesales.

KEYWORDS

Unaccompanied foreign minor, vulnerability, juvenile criminal justice, individual assessment, equality and non-discrimination, procedural safeguards.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.136>

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)», subvencionado por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalitat Valenciana en la convocatoria 2024 (Ref. CIPROM 2023-64 GVA).

LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Esther Pillado González

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

Paula Martínez Molares

Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

Sumario: 1. Introducción. 2. Vulnerabilidad y minoría de edad. 3. El menor extranjero no acompañado en conflicto con la ley penal. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. Factores de vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado. 3.3. Posición del menor extranjero no acompañado en el proceso penal de menores. 4. La evaluación individual del menor extranjero no acompañado sospechoso o acusado. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, la llegada de menores extranjeros no acompañados a España y a los Estados de la frontera sur de la UE ha ido adquiriendo relevancia desde la perspectiva de su protección jurídica; en especial, la dicotomía entre su condición de menores y extranjeros en el marco de una política migratoria cada vez más restrictiva, los desafíos que suponen para los sistemas de protección y las posibilidades reales de integración en los Estados receptores o la articulación de un sistema de reubicación en otros territorios¹. Se trata

de un fenómeno migratorio autónomo con respecto a la migración de adultos, ya que las circunstancias y los factores que influyen en el proyecto migratorio de los niños y las niñas hacen necesario distinguirlos de otros actores que intervienen en los flujos migratorios. Si bien, la migración de estos menores se ve igualmente enmarcada dentro de la lógica general de las migraciones y no se trata de un fenómeno aislado o circunstancial; caracterizado por un incremento de los flujos migratorios que está directamente relacionado con el continuo deterioro de la situación social, económica y política que sufren muchos países, especialmente de las regiones del norte y oeste de África (Save the Children, 2019: 5)².

La presencia de menores extranjeros no acompañados en Europa data del inicio de la década de los 90 y, en el caso de España, se sitúa en el año 1993 (UNICEF, 2009: 38)³; a partir de esta fecha, la evolución de las llegadas de menores extranjeros no acompañados se ha ido incrementando progresivamente. Así, desde el año 2010, experimenta un aumento constante, alcanzando su punto álgido en 2015, coincidente con la denominada crisis de los refugiados⁴. En el año 2023, se aprecia un notable incremento de los menores extranjeros no acompañados llegados a España por vía marítima, en pateras u otras embarcaciones frágiles, habiendo sido localizados 4.865 menores, lo que representa un incremento del 104,8% en comparación con los 2.375 menores llegados en 2022⁵. El reclamo político en los territorios más afectados, exigiendo un reparto equitativo para una gestión adecuada de estos menores y una atención eficiente en el ámbito social, sanitario y educativo, entre otros, ha desembocado en un acuerdo entre el Gobierno central y las CCAA para la redistribución menores extranjeros no acompañados, desde los territorios más saturados hacia otras comunidades y ciudades autónomas, sobre la base de unos criterios de solidaridad equitativa y de ponderación del esfuerzo realizado por cada territorio en la atención a dichas personas⁶.

La mayoría de los menores no acompañados que llegan a España tienen edades comprendidas entre los 14 y 17 años y proceden principalmente de Senegal, Marruecos, Gambia y Argelia, de los cuales, el 91,2% son varones, dado que las niñas suelen realizar más desplazamientos internos y muchas de ellas no se reflejan en los datos de llegadas debido a que son introducidas en los Estados receptores a través de las mafias de trata de personas⁷.

En el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, en el que se registran todos los datos relativos al número asignado, circunstancias e identificación de los menores extranjeros bajo guarda o tutela institucional que se encuentran en España, constaban inscritos en el año 2023, 9.683 menores⁸. Entre las comunidades autónomas de primera llegada se podrían agrupar, por sus características geográficas, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y las comunidades autónomas de Canarias e Illes Balears. Andalucía, Murcia y Comunidad Valenciana son también lugares de primera llegada. Por su parte, la Comunidad de Madrid ha de ser considerada no solo como un territorio en el que se localizan menores que, por motivos diversos, han abandonado el centro de protección en otra comunidad autónoma, sino también un lugar de primera llegada, fundamentalmente a través del Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas. Destacan también a este respecto Cataluña y el País Vasco que concentran porcentajes relevantes de reseñas iniciales⁹.

La migración de menores no acompañados no responde a un solo factor, sino a un conjunto muy heterogéneo de elementos relativos tanto a las situaciones de origen, como a las motivaciones de su proceso migratorio, lo que se traduce en enormes dificultades a la hora de conceptualizar este fenómeno y darle un tratamiento jurídico (Durán Ruíz, 2021: 284). Estas realidades diferentes no son analizadas individualmente en nuestra legislación, ni tampoco a nivel comunitario, sino que se incluyen dentro del mismo concepto a menores inmersos en diversas situaciones y vulnerabilidades que les han llevado a migrar a un país en el que no son nacionales ni residentes; así, migrantes económicos, desplazados por catástrofes naturales, por desestructuración familiar, por conflictos armados o niños soldado, aquellos que llegan a un tercer Estado a través de la acción de las mafias de tráfico de personas, o, incluso, quienes viven situaciones de esclavitud, abusos y explotación sexual y laboral, entre otros¹⁰.

De esta forma, el concepto de menor extranjero no acompañado es el resultado de una construcción jurídica y social que engloba todo un conjunto de realidades individuales diferenciadas, que comparten la movilidad internacional y la ausencia de un referente familiar o de un adulto que le acompañe o se responsabilice de él en el Estado receptor, como características comunes.

Antes de seguir avanzando en la delimitación del concepto *menor extranjero no acompañado*, procede realizar una aclaración en relación con el acrónimo MENA, exponiendo las razones que nos llevan a no utilizarlo a lo largo de estas páginas, pese a ser empleado de forma generalizada en los ámbitos doctrinales e institucionales. Se trata de un término que, tras haber nacido indisociablemente unido a la legislación de extranjería, poniendo el foco de atención en su condición de migrantes irregulares y no en la de niños y niñas cuyo superior interés deber ser protegido; también se ha extendido en la esfera pública y ha ido evolucionado hasta ser usado con una connotación negativa y despectiva¹¹; incluso para la criminalización de estos menores a nivel social, mediático y político, llegando a ser identificados como delincuentes y como una amenaza para la seguridad nacional¹². El acrónimo MENA oculta la identidad de los niños y niñas y las causas por las que se desplazan de su país de origen. Por ello, desde la doctrina, se han propuesto otras voces como la de *niños desamparados en situación de irregularidad migratoria* (Sánchez Tomas, 2019: 212-213) o *niñez y adolescencia migrante no acompañada* (Serrano Sánchez, 2023: 693-730). Igualmente, las organizaciones que trabajan con la infancia migrante, proponen términos que reflejen expresamente la falta de referentes familiares¹³. Como se adelantó, a lo largo de este estudio no se utilizará el acrónimo MENA, pues es un término que invisibiliza, deshumaniza y despersonaliza a estos menores, además de contribuir a reforzar prejuicios y actitudes racistas y xenófobas sobre ellos, lo que conlleva también a un menoscabo de su dignidad. Se ha optado por utilizar la expresión *menor extranjero no acompañado*, que, aunque es menos descriptivo de su situación de vulnerabilidad, es la utilizada en los textos legislativos más recientes, tanto en el ámbito de extranjería como de protección del menor y, por lo tanto, facilita la referencia a normas y procedimientos específicos aplicables a estos menores, garantizando que el análisis y las propuestas planteadas en estas páginas se alineen con el marco legal existente.

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN)¹⁴, texto internacional por excelencia de la infancia, cuyo valor radica en la consolidación del cambio de paradigma con relación a los niños y a las niñas, al dotarlos de legitimación propia, considerándolos como sujetos titulares de derechos y no solo objeto de protección¹⁵, define en su art. 1 al niño como *todo ser humano menor de dieciocho años salvo que, según la ley aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*. Asimismo, regula los derechos que cada Estado Parte debe respetar, lo que conlleva también el deber de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin ningún tipo de discriminación, por razón de origen, raza o situación migratoria, entre otros, y prestando una especial atención a la infancia más vulnerable, entre la que se encuentran las niñas y los niños en movilidad, aunque no contiene una definición expresa de menor extranjero no acompañado; debe acudir a la definición dada por el Comité de Derechos del Niño (en adelante, CRC), a través de la Observación General núm. 6 (2005) *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*¹⁶, con el objeto de proporcionar una orientación sobre su protección, atención y trato adecuado a la luz de todo el contexto jurídico de la CDN, poniendo de manifiesto la situación particularmente vulnerable de estos menores¹⁷.

Atendiendo a la definición de la Observación General núm. 6 del CRC, se entiende por menor extranjero no acompañado, aquel menor nacional de un Estado no miembro de la UE o el menor apátrida que, al entrar en el territorio de un Estado miembro de la UE, en este caso en el territorio español, no va acompañado de un adulto responsable de su cuidado. También será considerado como tal cualquier menor al que se deje solo o sea abandonado tras su entrada en el territorio de un Estado receptor, porque el adulto que le acompañaba decline sus responsabilidades. En estos supuestos, debemos señalar que la responsabilidad de cuidar al menor que recae sobre el adulto puede ser de derecho o, de hecho, esto es, haber sido asumida por ley o con arreglo a costumbre¹⁸. También se incluirá dentro del concepto a aquel menor separado del adulto que le acompaña, cuando tras la oportuna verificación en el Estado receptor, en cuanto a la filiación, la acreditación de la tutela legal o la idoneidad para ejercer la guarda de hecho o tutela habitual, se determine que no puede asumir la responsabilidad de su cuidado.

2. VULNERABILIDAD Y MINORÍA DE EDAD

No existe un acuerdo normativo ni doctrinal sobre el concepto de vulnerabilidad e incluso muchas veces se confunde con otros términos como el de susceptibilidad, dependencia o discapacidad, llegando a ser utilizados como sinónimos en determinados ámbitos. Sin embargo y aunque la dimensión de susceptibilidad a sufrir un daño es común a la vulnerabilidad y a la discapacidad, de ahí que podamos afirmar que la persona con discapacidad es vulnerable, lo cierto es que el término vulnerabilidad tiene un alcance más amplio (Cuadrado Salinas, 2024: 9).

La RAE identifica vulnerable con la persona que puede ser herida o recibir lesión, física o moral e incluye como sinónimos de vulnerabilidad, la debilidad, flaqueza, fragilidad, indefensión e inseguridad; partiendo de la anterior definición, se podría entender por vulnerabilidad, la condición en la que, ante un mismo hecho, una persona tiene más posibilidades de sufrir un daño. Una interpretación amplia del término vulnerabilidad podría identificarse con la susceptibilidad de alguien a ser dañado, sin que sea necesario que ese daño se haya consumado, sino que bastará con la posibilidad de éste, es decir con que exista el riesgo.

Considerando la definición anterior, puede entenderse que la vulnerabilidad es una condición propia del ser humano, ya que surge de la fragilidad inherente a la vida, de nuestra exposición constante al sufrimiento y a la muerte, así como de la profunda dependencia que tenemos de los demás. A esta forma de vulnerabilidad se le puede llamar vulnerabilidad universal, ya que afecta a todas las personas por igual. Si bien, existe otro tipo de vulnerabilidad que recae de forma más intensa sobre ciertos individuos o grupos, simplemente por el hecho de pertenecer a ellos. Este segundo tipo puede denominarse vulnerabilidad asociada a la pertenencia grupal. Los motivos de esta vulnerabilidad son diversos, como lo son las propias tipologías de estos grupos: edad, discapacidad, raza, pobreza, etc. La especial vulnerabilidad de ciertas personas no contradice la vulnerabilidad como universal, sino que ambas interactúan (Bonsignore Fouquet, 2023: 28).

No obstante, ello no significa que todos los miembros de un colectivo, *prima facie* vulnerable, sean necesariamente vulnerables, ni tampoco que tengan que serlo a todos los efectos y en todas las esferas de sus vidas. Por tanto, no es la pertenencia a un grupo lo que hace vulnerable a una persona, sino una situación concreta. Esta diversidad en cuanto al alcance de la vulnerabilidad es probablemente uno de los factores principales que explican la heterogeneidad de los grupos vulnerables, según sean clasificados por cada instrumento normativo y con un rango de aplicación potencialmente distinto.

Con respecto a la vulnerabilidad ligada al proceso judicial, merecen especial atención las Reglas de Brasilia de 2008, *sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*¹⁹; este instrumento sienta las bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, proponiendo recomendaciones para los órganos jurisdiccionales y, en general, para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. De esta forma, no solo pretenden enfocarse hacia la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento (párrafo 5º Exposición de Motivos).

Las Reglas de Brasilia definen en el Apartado 1 (3), Sección 2ª la vulnerabilidad como la condición en la que se encontrarían aquellas personas que, *por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*. En lo que aquí interesa, se identifican expresamente como causas específicas de vulnerabilidad, la edad y la migración, junto con la discapacidad, la

pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La condición de vulnerabilidad no es un concepto estático, inamovible, sino que su concreta determinación dependerá de las características específicas de cada país, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico. Igualmente, se reconoce que toda persona, debido a su edad, debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos jurisdiccionales teniendo en cuenta su desarrollo evolutivo²⁰.

Centrándonos en la vulnerabilidad derivada de la edad, la infancia siempre ha sido reconocida como un colectivo vulnerable y, en virtud de ello, debe ser protegido; esta vulnerabilidad radica en su situación de dependencia que proviene de su falta de madurez. No se puede obviar que una persona durante su infancia y adolescencia se encuentra en constante desarrollo e irá adquiriendo una progresiva madurez, lo cual va a determinar que, en función de la fase del desarrollo en la que se encuentre, su exposición a un peligro y su capacidad de responder a esa amenaza será diferente, aunque nunca llegarán a ser equiparables a los de una persona adulta.

No obstante, la edad en sí misma no es el único factor a tener en cuenta para identificar el grado de vulnerabilidad de un menor, sino que también dependerá de su desarrollo físico, intelectual y social, así como de su funcionamiento emocional o su comportamiento, su rol en la familia o su entorno familiar, pues resultará determinante la posibilidad de acceso a personas que le puedan proteger y su capacidad para reconocer una situación de abuso o abandono. Todos estos factores contribuyen a aumentar o disminuir las posibilidades de un daño grave y por tanto, su mayor o menor vulnerabilidad²¹.

En torno a las necesidades de especial protección de los menores de edad y, por tanto, el reconocimiento de su vulnerabilidad, han sido muchas las normas internacionales, regionales y europeas que la reconocen expresamente. Entre otros, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la CDN, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, el Convenio del Consejo de Europa *para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote)²², o el Convenio del Consejo de Europa *sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul)²³. Igualmente, el TEDH ha subrayado en numerosas ocasiones la vulnerabilidad de los menores, especialmente en el contexto del art. 3 CEDH²⁴.

Lo cierto es que a pesar de esa protección que se brinda al menor por el mero hecho de serlo y que tiene su reconocimiento en multiplicidad de instrumentos tanto a nivel internacional como regional, esto no se traslada en la práctica a una *hiperprotección*, sino al contrario, el sistema de justicia no responde de manera adecuada, apreciándose como principal barrera el hecho de que la justicia esté concebida para los adultos (Sanz Hermida, 2019: 1832)²⁵.

3. EL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En este apartado, nos centraremos en el menor extranjero no acompañado al que se le atribuye un hecho delictivo o ilícito penal y, por tanto, sujeto a Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LORPM), en el marco del proceso penal de menores, donde se van a poner de manifiesto desequilibrios y vulnerabilidades específicas de estos niños y niñas, así como una falta de una respuesta procesal adecuada. Esto puede dar lugar a múltiples situaciones diferentes, por ejemplo, puede ocurrir que, en el momento de incoarse el proceso penal, el menor estuviera bajo la tutela de la Entidad Pública de Protección de menores, que asume por mandato legal su tutela, previa declaración de menor en desamparo; en otros casos, el menor extranjero no acompañado oculta su minoría de edad al ser interceptado en la frontera, haciéndose pasar por adulto para evitar precisamente las medidas de protección de menores²⁶, quedando en situación de calle, al margen del sistema, con lo que aumentan las probabilidades de incurrir en la marginación y delincuencia y, por consiguiente, también de pasar a formar parte del sistema de justicia juvenil²⁷. La situación de calle de estos menores también puede deberse a su abandono de los recursos de protección una vez accedido al mismo²⁸ o a su declaración como mayores de edad, tras la realización de pruebas de determinación de la edad por encontrarse indocumentado en el momento de su localización en el Estado receptor²⁹.

En este punto, es preciso destacar la importancia de la determinación de la edad para estos menores, por cuanto va a determinar la situación jurídica de la persona migrante no acompañada y será decisiva para su futuro en el Estado receptor, pues, en el caso de ser considerado menor, se le dotará de una especial protección por parte de la Administración, que asumirá su tutela derivada de la previa declaración jurídica de desamparo. Asimismo, será titular de una serie de derechos por el mero hecho de ser considerado como un niño, que en ningún caso se podrán limitar por su condición de extranjero. Esto se traduce igualmente en que no podrá ser objeto de las medidas sancionadoras contempladas en la normativa de extranjería, tales como la expulsión del territorio español. La edad en el ámbito penal determinará, por un lado, la exigencia de responsabilidad penal, fijada por nuestra LORPM en 14 años, quedando fuera del sistema de justicia juvenil los ilícitos cometidos por menores de esta edad, a los que se aplicará el régimen de protección del menor previsto en el CC; y, por otro, la sujeción al régimen de responsabilidad penal de menores o de adultos (a partir de 18 años) de la persona a la que se atribuye un hecho delictivo³⁰.

A pesar de la importancia de esta cuestión, no existe, en la actualidad ningún mecanismo que determine de forma exacta, exhaustiva y certera la edad de una persona. Asimismo, tampoco se dispone, en España ni en el ámbito del derecho de la UE, de una regulación uniforme y unificada relativa al procedimiento de determinación de la edad, ni que contemple las garantías sustantivas y procesales que ostenta el interesado que vaya a someterse al mismo. Además, la figura del Fiscal como órgano instructor del procedimiento para

decidir sobre la edad en nuestro ordenamiento jurídico³¹, así como el uso de técnicas intrusivas, incluso en los casos en los que los migrantes portan documentación del país de origen relativa a su identidad, en contra de la doctrina del TS, y la deficiencia en cuanto a las garantías procesales, han llevado al CRC a poner de manifiesto las vulneraciones de la CDN por parte de España, a través de sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos 5º y 6º combinados de España, aprobadas el 5 de marzo de 2018 y de los dictámenes que emite el CRC como consecuencia de las denuncias interpuestas por personas sujetas a la jurisdicción española relativas a procedimientos de determinación de la edad³². Por todo ello, la determinación de la edad constituye uno de los principales aspectos que conllevan a acrecentar la situación de especial vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado.

3.2. FACTORES DE VULNERABILIDAD DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

En el ámbito de la UE y del Consejo de Europa, se ha identificado a los menores en situación de desplazamiento o aquellos que se ven afectados de otro modo por la migración como uno de los grupos más vulnerables en Europa, debido a su acceso limitado a la justicia, la educación y los servicios sociales y de salud; además, dentro de este colectivo, los niños no acompañados se enfrentan a una situación particularmente precaria. Concretamente, el Consejo de Europa ha puesto de manifiesto las constantes violaciones de derechos humanos que sufren los niños migrantes, en general, aun cuando se encuentran acompañados por sus padres y ha señalado como manifestaciones de estas vulneraciones, la falta de aplicación del interés superior del niño en los procedimientos de asilo y de inmigración³³; la práctica de detenciones, en lugar de proteger el bienestar del niño; la asignación inadecuada de tutores, la separación familiar y los degradantes procedimientos de determinación de la edad, así como el riesgo elevado de ser objeto de trata de seres humanos y de explotación³⁴.

La condición de vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados también está presente en diferentes textos comunitarios. Así, se alude a ella en la Resolución del Consejo de la Comunidad Europea de 26 de junio de 1997, *relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros*. Posteriormente, se reconoce expresamente en el art. 3.9 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Directiva de retorno)* y, asimismo, se reconoce en el Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, *por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE*. Además, en el Programa de Estocolmo, que ha dado lugar al Plan de Acción sobre los Menores no Acompañados, se refleja la preocupación por la vulnerabilidad de los menores no acompañados procedentes de terceros países³⁵.

Igualmente, en lo que respecta a la justicia juvenil, el Comité Económico y Social Europeo en su *Dictamen sobre la prevención de la delincuencia juvenil, los modos de tratamiento de*

la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea, también identifica como especialmente vulnerables los menores inmigrantes no acompañados (apartado 2.1.2).

Por su parte, el TEDH ha establecido que la extrema vulnerabilidad de la infancia es el factor decisivo y tiene prioridad sobre las consideraciones relativas a la eventual condición de migrante en situación irregular³⁶.

En definitiva, si la minoría de edad es en sí misma una condición de vulnerabilidad, ante un sistema de justicia que tradicionalmente ha sido configurado para los adultos, cuando se trata, además, de un niño, niña o adolescente de nacionalidad extranjera que no está acompañado de sus progenitores, familiares o personas de referencia, se agrava su condición, pudiendo hablar de una *especial vulnerabilidad* o *vulnerabilidad agravada* con respecto a la que pueden sufrir los migrantes adultos³⁷. Incluso se le ha llegado a denominar como menor con *doble vulnerabilidad* (De la Fuente y Sotomayor, 2009: 43), *triple vulnerabilidad* (Pérez González, 2012: 247-272 y González Carrizo, 2023: 780) o *con múltiples vulnerabilidades* (Rights International Spain, 2016: 6).

Más allá de las circunstancias que son inherentes a cualquier menor extranjero no acompañado (no ser nacional del Estado en el que se encuentra sometido a la justicia y encontrarse sin sus progenitores o personas que ejerzan su guarda y custodia), existen una serie de factores, relacionados con el origen, el propio contexto migratorio, la acogida en el Estado receptor y las circunstancias sociales en el momento de comisión del delito que son claves para determinar su grado de vulnerabilidad. Son los factores que denominaremos *internos o razones endógenas*, como así se denominan en la Regla 3, núm. 1, de la Sección 2ª de las Reglas de Brasilia, cuya característica principal es que, en la mayoría de las ocasiones, el menor ha tenido poca o ninguna injerencia en ellos y que lo han colocado en esa situación de vulnerabilidad.

Entre ellos, se podrían distinguir, en primer lugar, aquellos que tienen su germen en los propios países de origen y que, normalmente, son las causas que motivan que los menores emprendan el trayecto migratorio, como pueden ser la pobreza, la falta de recursos o la situación política del país, entre otros. Además, debe tenerse en cuenta también el contexto social y cultural del país de origen, puesto que ello influirá en el ideal de justicia, en los límites entre lo que se considera socialmente admisible o aceptable y también sobre la propia concepción del proceso penal de menores, basada en la experiencia y el sistema de justicia juvenil e incluso penal de adultos que el menor haya conocido anteriormente.

Ya en el año 1997, ACNUR, en sus *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo*, puso de relieve las variadas y a menudo complejas circunstancias o factores internos en los que se encuentran estos niños a los que se califica expresamente, ya en ese momento, como *especialmente vulnerables*. Entre ellos, se mencionan el temor de una persecución, de un abuso de los derechos humanos o de disturbios civiles en su país de origen. Igualmente, se hace referencia a decisiones tomadas por la familia que hayan supuesto el haber sido enviados contra su voluntad, o

con el fin de asegurarles un futuro mejor en países que las personas que les cuidan perciben como más desarrollados. En otros casos, pueden ser mixtos los motivos y las razones que conllevan a migrar.

Ello no quiere decir que estas características sean propias de todos los menores extranjeros no acompañados, ya que se trata de un colectivo muy heterogéneo, en el que convergen múltiples realidades y situaciones diferentes en sus países de origen y entornos sociales y familiares.

En segundo lugar, dentro de los factores internos, deben tenerse en cuenta las circunstancias relativas al propio trayecto migratorio, que ya de por sí suele ser caótico y traumático, marcado por situaciones de violencia y de una duración muy larga, pues en múltiples ocasiones no se reduce a la concreta travesía en patera o cruce de frontera terrestre, que es el último trayecto hasta la frontera española, sino a los desplazamientos por varios países del continente africano hasta llegar a los principales puertos de salida de las diferentes vías marítimas o terrestres. A ello se suman los potenciales peligros a los que están expuestos durante dicho recorrido migratorio, que pone en riesgo su vida o la posibilidad de haber sido víctima de trata de seres humanos o de explotación y abuso sexual. Finalmente, será decisivo el nivel de afectación en el menor, a nivel psicológico, ya que probablemente haya presenciado la muerte de algún acompañante o ser querido³⁸.

En términos similares e incidiendo en el contexto relativo al trayecto migratorio que influye en la condición de especial vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 2018, *Los niños y los adolescentes migrantes*, dispone que los niños migrantes, incluidos los adolescentes, en particular los que se encuentran en situación irregular, pueden estar expuestos a abusos y violaciones serios de los derechos humanos en diversos puntos de su viaje, lo que puede *poner en peligro el bienestar físico, emocional y psicológico en los países de origen, de tránsito o de destino, y porque muchos niños migrantes en situación irregular, incluidos los adolescentes, pueden no ser conscientes de sus derechos y estar expuestos a delitos y abusos de derechos humanos que cometan organizaciones delictivas transnacionales y delincuentes comunes, en particular el robo, el secuestro, la extorsión, las amenazas, la trata de personas, incluido el trabajo forzoso, el trabajo infantil, la explotación, los abusos sexuales, las lesiones físicas y la muerte*³⁹.

En tercer término, dentro de los factores internos, deben incluirse aquellas circunstancias a tener en cuenta una vez llegados al Estado receptor y en función de su situación y de la valoración que se haga de la misma por la Administración competente; en ese momento, se podrá determinar su condición de víctimas de trata, beneficiarios de protección internacional (refugiado o beneficiario de protección subsidiaria), así como su inclusión en los sistemas de protección a la infancia y adolescencia autonómicos, lo que conlleva la regularización de su situación administrativa⁴⁰. Asimismo, tal y como se enunció antes, es preciso poner de relieve la situación de muchos de estos menores, que se encuentran fuera del sistema de acogida, bien porque nunca llegan a formar parte de él, al no ser identificados como menores, o bien, porque se fugan de los centros de protección o se encuentran en situación de calle⁴¹.

En este punto, es importante tener en cuenta la forma y las condiciones en las que se ha producido la acogida en el Estado receptor, ya que es muy probable que el menor muestre sentimientos de desconfianza hacia los policías, funcionarios judiciales, jueces o abogados que intervengan en el proceso y que, por tanto, incidan en el agravamiento de su vulnerabilidad.

Por último, es preciso analizar cuál ha sido el contexto social, educativo y familiar del momento de comisión del delito y especialmente tener en cuenta si el menor se encontraba tutelado por la Entidad Pública de Protección, en acogimiento residencial o familiar o bien, por el contrario, se encontraba aislado, sin referentes sociales o familiares y en situación de calle, ya que ésta última en sí misma constituye una situación de riesgo delictivo y también victimológico, especialmente en lo que se refiere a los delitos de subsistencia y a su explotación por parte de adultos con fines delictivo y sexual.

Además de estos factores internos de vulnerabilidad, también existen los que denominaremos factores externos o situaciones exógenas aludiendo a las Reglas de Brasilia, que hacen referencia a situaciones en las que la sociedad o el sistema puede hacer vulnerable a una persona que inicialmente no lo era o agravar su situación de vulnerabilidad, por la propia configuración del sistema tanto de protección del menor como de justicia, creando, por ejemplo, barreras para acceder e intervenir en el proceso judicial, de manera que su capacidad de defensa se vea cada vez más limitada.

En un contexto más amplio, podría incluso considerarse que es la propia política migratoria europea centrada en el control y externalización de fronteras, otro de los factores externos de vulnerabilidad (Carvalho da Silva, 2021: 5). Por tanto, no se pueden deslindar totalmente los factores externos de los internos, ya que muchas veces se entremezclan en el sentido de que, los que se consideran originados en los países de origen y, por tanto, en un principio calificados como internos, pueden producirse por desigualdades estructurales, por la propia globalización, el expolio de los recursos por parte de países occidentales y la respuesta europea a la inmigración. Ello nos llevaría a calificarlos también de externos, en el sentido de que son originados por las propias sociedades receptoras. Sin embargo, a los efectos del presente estudio, se van a considerar factores externos únicamente aquellos que podrían ser subsanados en el marco del proceso, ya que se trata de barreras inherentes a la propia configuración del sistema de justicia y procesal, que serán analizadas en el apartado siguiente. Asimismo, otro de los factores externos que determinan la situación de vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados, son los prejuicios y estereotipos de la propia sociedad que también calan en muchos operadores jurídicos e impactan negativamente en la percepción y en el tratamiento del menor durante el proceso, debido especialmente a una falta de formación específica sobre el contexto migratorio y las situaciones de origen (Laurenzo Copello, 2013: 78).

En conclusión, la identificación de los menores extranjeros no acompañados como personas especialmente vulnerables, no solo en lo que respecta al contexto social y administrativo en el que se encuentran, sino cuando se ven sometidas a un proceso penal para exigir su responsabilidad por la presunta comisión del delito, debe entenderse desde la idea de que dichas personas no solo son vulnerables por sus circunstancias intrínsecas, sino que lo

devienen aún más fruto de la relación que las une a otras personas, otros grupos y circunstancias sociales y, en general, a la situación en la que vayan a entrar en juego sus recursos y carencias particulares, que habrán de ser analizadas en cada caso concreto.

Sin embargo, no debe entenderse su situación de especial vulnerabilidad desde una óptica paternalista de sobreprotección, que puede llegar a ser estigmatizadora, incluso bajo el propósito bienintencionado de reforzar su protección, pues se corre el riesgo de perpetuar estereotipos e, incluso, de reproducir políticas estigmatizantes que condenan a ciertos colectivos a una posición subalterna social, política y jurídicamente (Bonsignore Fouquet, 2023: 28). Se trata, por tanto, de poner el foco de atención en la necesidad de implementar mecanismos de corrección y adaptación para eliminar las limitaciones de aquellas personas que, por su idioma, su capacidad distinta de comprensión, su falta de madurez y otras circunstancias psicológicas, sociales o incluso administrativas, no se mantiene la equidad del proceso penal. Ello se traduce en la obligación del Estado de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a estas personas el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, que poseen en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida⁴².

3.3. POSICIÓN DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN EL PROCESO PENAL

La posibilidad de otorgar una protección y asistencia específicas a los niños y niñas más vulnerables, entre los que menciona a los inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo, niños solos, con discapacidad, sin hogar y vagabundos, gitanos y niños que viven en instituciones residenciales, es reconocida, a nivel regional, en las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños*, de 17 de noviembre de 2020, (apartado III).

En el ámbito comunitario, si bien la Comisión Europea, en el marco de la creación del espacio judicial europeo, se hizo eco de la necesidad de protección de los derechos procesales de acusados y sospechosos y, en especial, de aquellos más vulnerables, no ha sido objeto de desarrollo de la forma debida (Fernández Molina, 2024: 4). En este sentido, se introduce una definición de personas vulnerables en el Considerando 1 de la Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 2013, *relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosos o acusados en procesos penales*, que identifica como tales a aquellas que no puedan comprender y participar eficazmente en un proceso penal debido a su edad, su condición mental o física, o sus discapacidades.

A pesar de estos precedentes, en la Directiva (UE) 2016/800, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, se alude a la vulnerabilidad de una manera muy genérica, pero no se define quienes integrarían el colectivo de menores especialmente vulnerables o por lo menos, qué criterios y procedimiento habrían de seguirse para identificar la vulnerabilidad agravada al hecho de ser menor de edad. Por el contrario, otros instrumentos que son aplicables a la protección de los menores en situación de migración, optan

por un concepto más restrictivo de situación de vulnerabilidad, circunscrito al marco de aplicación de la norma en cuestión, como podría ser la Directiva 2011/36/UE *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*, cuyo art. 2.2 establece que existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso⁴³.

La Directiva 2016/800, a lo largo de su articulado, se limita a hacer referencia a la vulnerabilidad del menor como una circunstancia más a valorar junto con la madurez, la personalidad o el contexto económico y social a la hora de implementar las garantías procesales. El único caso en el que se reconoce un supuesto concreto de especial vulnerabilidad es el del menor privado de libertad o detenido, al que expresamente se identifica como especialmente vulnerable, lo que motivará una protección especial y la adopción de determinadas medidas (Considerando 45 y 48).

Como se ha adelantado, la confluencia de factores externos e internos del menor extranjero no acompañado, derivados tanto de su situación de origen, trayecto migratorio, acogida en el Estado receptor y las propias barreras del sistema de justicia juvenil, lo sitúan en una situación de desequilibrio con respecto a un menor nacional en cuanto a la implementación de las garantías procesales, reconocidas, de forma genérica e implícita, en el art. 1.2 LORPM, y en el art. 22.1 LORPM, que, debería ser reformado a fin de incluir el reconocimiento del conjunto de garantías y derechos procesales del menor, con indicación expresa del momento en que van a poder ser ejercitados tales derechos; en concreto, siguiendo lo establecido en la Directiva 2016/800, así como lo dispuesto en la CDN, será lo más pronto posible, sin demora, desde el momento en que se atribuye expresamente al menor la comisión de un delito y se practican las primeras diligencias de investigación, o bien cuando está detenido (Pillado González, 2024:64).

Como ejemplos específicos de las barreras que se encuentran los menores extranjeros no acompañados en el proceso, debe aludirse al derecho a la información, de cuya efectividad emanan otras garantías procesales, convirtiéndose en un eslabón previo para ejercer su derecho de defensa. De ahí la necesidad de salvaguardar el derecho a información del menor en formatos accesibles, comprensibles y adaptados a sus circunstancias tales como su grado de madurez, discapacidad y a otros factores como su cultura y su idioma.

En línea con lo anterior, se hace necesario reforzar el derecho a la traducción e interpretación, que adolece de una regulación expresa en nuestra LORPM, lo que obliga a acudir a la regulación supletoria de la LECrim. Se requiere que el derecho de traducción se extienda a fases específicas del proceso penal de menores (como pueden ser los procedimientos de mediación) y que se traduzcan documentos esenciales para el menor como el acuerdo final de conciliación o reparación. Además, los traductores e intérpretes deben tener una cualificación profesional y una formación especializada no sólo sobre proceso penal de menores, sino también en materia de migraciones e interpretación en contextos humanitarios; y finalmente, deben implementarse mecanismos de control de su actuación. Todo ello sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva de las personas migrantes reconocido en el art. 20.1 LOEX y por extensión a todas las personas sin discriminación alguna en el art. 24.1 CE. De especial relevancia es que la detección de las deficiencias lingüísticas del

menor forme parte de la evaluación individual del Equipo Técnico, por si es necesaria la implementación de otros ajustes adicionales.

En paralelo, es necesaria una formación específica para los restantes operadores jurídicos sobre cómo trabajar con intérpretes y traductores y cómo adaptar su lenguaje y su forma de intervenir en el proceso.

La exigencia de especialización de los operadores jurídicos que intervienen en el proceso penal de menores, conlleva una formación multidisciplinar cuando se trata de un menor extranjero no acompañado y se vuelve especialmente relevante en relación con el abogado del menor, cuyas funciones van más allá de defender los intereses legales de su patrocinado, e incluyen posibilitar que ejerza su derecho a estar informado y a ser oído y escuchado en el proceso; así como intervenir en la búsqueda de la mejor solución en aplicación del interés superior del menor, que va a tener su reflejo en la medida que finalmente se vaya a adoptar.

Resulta, por tanto, fundamental, dotar de una formación específica al letrado que intervenga con un menor extranjero no acompañado sobre cómo ha sido el proceso migratorio y la acogida, que abarque conocimientos sobre el sistema de protección y en materia de extranjería que pueden ser relevantes o tener incidencia en el proceso penal.

La situación de especial vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado incide también en otros aspectos procesales; especialmente relevante es la aplicación del principio de oportunidad, prevista en el art. 18 LORPM, relativa a la posibilidad de desistimiento de la incoación del expediente por parte del MF por corrección en el ámbito educativo o familiar, pues su aplicación puede suponer una clara discriminación para los menores extranjeros no acompañados. En concreto, uno de los requisitos para que el MF pueda ejercer el principio de oportunidad a través del desistimiento, es precisamente que el menor pueda ser reprendido en el ámbito familiar o educativo⁴⁴.

La aplicación práctica del art. 18 LORPM, cuyo objetivo es evitar los posibles efectos adversos y estigmatizadores que el proceso penal puede producir en el menor porque aún es posible su corrección en el ámbito familiar o educativo, basado en criterios que muy difícilmente puede cumplir el menor extranjero, al carecer de un entorno inhibitorio de su conducta antisocial o poder adquirir habilidades sociales o educativas, afecta al principio de igualdad, puesto que se criminalizaría la desigualdad social.

Cabría plantearse, desde criterios restaurativos, si sería más acorde modificar la denominación del art. 18 LORPM por la expresión *desistimiento atendiendo a las circunstancias del menor y a la irrelevancia del hecho*, y que esa función correctora y reeducadora en un ámbito extrajudicial fuera posible llevarla a cabo a través de una intervención desde otros entornos que no sean solo la familia o centro educativo, como puede ser la Entidad Pública de Protección, una ONG o asociación que trabaje con menores migrantes, implementando acciones formativas o educativas concretas.

Igualmente, la vulnerabilidad agravada del menor extranjero no acompañado se revela con la adopción de las medidas. Así, por ejemplo, el art. 7.3 LORPM, en el que se reconoce el principio de flexibilidad del Juez de la Sección de Menores del Tribunal de Instancia en cuanto a la elección de la medida a imponer al menor, en el que se atenderá no sólo a la

prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. Así, la circunstancia de no tener referentes familiares ni un entorno social sólido, como puede ocurrir con un menor extranjero no acompañado en situación de calle, conduce irremediablemente a la imposición de la medida más gravosa, como es la privación de libertad mediante un internamiento en régimen cerrado que, habitualmente, para el caso de los menores nacionales constituye la medida más excepcional. Aspectos que condicionan la no aplicación de esta facultad del fiscal. Lo mismo ocurre con las circunstancias sociales a tener en cuenta, donde se valorará su integración social, su situación formativa o profesional, en donde factores como su situación de irregularidad administrativa y su imposibilidad de trabajar o acceder a una formación jugarán también a favor de la aplicación de medidas más gravosas.

Según los datos de la Memoria Anual de la FGE 2024, en términos generales, la medida de internamiento, especialmente la de régimen cerrado, es la más excepcional, dando preferencia a otras como la libertad vigilada o las prestaciones en beneficio de la comunidad. Si bien, cuando se trata de menores extranjeros, la cifra de internamientos es muy superior, imponiéndose con más frecuencia que a los españoles. De media, los menores extranjeros representan, aproximadamente, un 30% de los condenados a internamiento. Sin embargo, los menores extranjeros no representan un 30% de la población residente, sino alrededor de un 10%, por lo tanto, están sobrerrepresentados en las condenas de internamiento⁴⁵.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que, aunque nuestro sistema de justicia juvenil en España contiene normas que, aparentemente son neutras, conllevan una discriminación de los menores extranjeros no acompañados con respecto a los menores nacionales en su aplicación práctica. Todo ello pese a que la especial vulnerabilidad de los menores extranjeros no acompañados aparece indisociablemente unida a los principios de igualdad y no discriminación por razón de género, raza, religión, opinión política, idioma, etc. en lo que respecta al ejercicio de los derechos y garantías, que son principios reconocidos en casi todos los textos procesales, tanto a nivel internacional como comunitario⁴⁶.

4. LA EVALUACIÓN INDIVIDUAL DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO SOSPECHOSO O ACUSADO

El art. 7 Directiva 2016/800 incluye, entre los derechos que corresponden a los menores sospechosos o acusados de la comisión de un delito, el derecho a una evaluación individual en la que se tendrá en cuenta *en particular, la personalidad y madurez del menor, su contexto económico, social y familiar, así como cualquier vulnerabilidad específica que pueda tener el menor*. Considera el legislador comunitario que, con la información facilitada en esta evaluación del menor se podrá cumplir con el mandato a los Estados miembros de velar por que sean tenidas en cuenta las necesidades específicas del menor en materia de protección, educación, formación e inserción social.

En coherencia con lo expuesto, la importancia de la evaluación individual del menor radica en ser uno de los principales instrumentos de los que dispondrá la autoridad judicial para poder decidir sobre tres aspectos clave dentro del proceso. En primer lugar, determinar si procede alguna medida específica en favor del menor. Dentro de esta categoría, se integrarían aquellos ajustes en el procedimiento como consecuencia de la detección de situaciones de vulnerabilidad o necesidades concretas que van a afectar al ejercicio de sus derechos procesales y que deben ser apreciadas lo antes posible. En segundo término, de la evaluación individual se obtendrá la información idónea para valorar la adopción de medidas cautelares; en tercer y último lugar, el resultado de dicha evaluación influirá significativamente en la graduación de su responsabilidad penal y la idoneidad de una sanción o medida educativa concreta. En su vertiente más criminológico-procesal, puede acarrear decisiones jurisdiccionales sobre medidas específicas en el contexto del proceso penal sobre el menor, ya sean medidas cautelares restrictivas de derechos (internamientos) o la propia medida definitiva que se pudiera imponer, que deberá ser sometida a una valoración por parte del abogado defensor sobre la adecuación, efectividad y ejecución de las mismas (Martín Diz, 2021: 1175).

A tal efecto, la evaluación individual se basará en criterios como la personalidad, la madurez, el contexto económico, social y familiar, incluidas sus condiciones de vida, así como cualquier necesidad específica del menor. El grado de detalle y la extensión de esta intervención dependerá de las circunstancias concretas del caso, la gravedad de la presunta infracción penal y el estudio de las posibles medidas que se podrían adoptar para ese menor, por tanto, se ajustará al caso concreto (Considerando 37 de la Directiva 2016/800).

El derecho a una evaluación individual, a pesar de no estar reconocido expresamente en la LORPM, se puede considerar cumplido a través del informe elaborado por el Equipo Técnico, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y, en general, sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de las medidas previstas legalmente en el art. 7 LORPM; si bien sería necesaria su inclusión expresa como una de garantías procesales del art. 22 LORPM⁴⁷.

El informe del Equipo Técnico es un requisito procesal *sine qua non* de la instrucción y, por tanto, de carácter preceptivo⁴⁸, que llevará a declarar la nulidad de actuaciones por vulneración de una norma esencial del procedimiento que causa indefensión (art. 238.3 LOPJ) en aquellos casos en que se prescinda de su emisión, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento en que debe intervenir, que es la fase de instrucción (Pillado González, 2025: 20). Su objeto no es esclarecer los hechos cometidos por el menor, sino que está dotado de un carácter ilustrativo para jueces y fiscales con respecto a las circunstancias psicosociales y educativas del menor, apartándose del objetivo general perseguido por la prueba pericial que se concreta en la aportación a la autoridad judicial de los conocimientos técnicos necesarios para poder acreditar los hechos típicos; por el contrario, su finalidad es aportar información al Juez y al Fiscal para que la respuesta penal y procesal sea lo más ajustada posible para lograr la normalización e integración socioeducativa del menor. Este objetivo aleja al informe de la prueba pericial por lo que no puede ser considerado como un medio de prueba tradicional (Hernández Galilea, 2002:4), además de que se emite por un

órgano auxiliar de la Administración de Justicia con una posición procesal particular y no hay intervención de las partes⁴⁹. Igualmente, el carácter preceptivo del informe contrasta con la norma que rige en materia de prueba, ya que los medios de prueba serán practicados únicamente cuando sean considerados útiles, pertinentes y necesarios para el esclarecimiento de los hechos objeto del proceso en curso (García Ingelmo, 2011: 23).

La LORPM no establece que el informe del Equipo Técnico deba realizarse en la fase más temprana del proceso o lo antes posible, sino que se hace referencia a que será durante la instrucción cuando el MF requerirá del Equipo Técnico la elaboración del informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de 10 días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad (art. 27.1 LORPM). Con el fin de no demorar de modo innecesario la intervención del Equipo Técnico y dotar de una aconsejable inmediatez a su participación en el proceso, se ha implementado que sea en el mismo decreto de incoación del expediente de reforma donde se ordene la elaboración del informe en el plazo legal o la actualización de los anteriores, tal como reconoce la Circular FGE 1/2000, de 18 de diciembre. Si bien, la determinación de la vulnerabilidad agravada del menor extranjero no acompañado se debería realizar en la fase más temprana del proceso, debiendo constar un reconocimiento expreso en nuestra LORPM de la realización de la misma en un momento inicial del proceso, esto es, en el primer contacto con la justicia, incluso en una fase preprocesal, como puede ser en sede policial (Fernández Molina, 2024:8-9)⁵⁰.

A fin de que dicha evaluación sea completa y realmente efectiva y cumpla las funciones antes descritas de constituir no solo un retrato global de la realidad del menor, sino también un mecanismo para detectar situaciones de especial vulnerabilidad, por razón de idioma, nivel formativo, discapacidad o proceso migratorio, entre otros; y proponer medidas o ajustes concretos referentes al derecho a la información, a la participación del menor o a la traducción e interpretación, deben incorporarse estos extremos al informe del Equipo Técnico para alcanzar las finalidades de la evaluación individual. Cuando el investigado es un menor extranjero no acompañado, el informe debe contar con un *expertise* adicional, no solo basado en los aspectos psicológicos, sociales, educativos y familiares del menor, sino que se debe profundizar en su contexto de origen y trayecto migratorio, así como la situación social o de desarraigo que pueda tener, para profundizar en alguna medida de intervención educativa o resocializadora que no sea desde un ámbito familiar o escolar, como puede ser algún programa formativo de una ONG.

Finalmente, debe incidir en las posibilidades reales de integración en España (o reunificación familiar en un tercer país donde tenga referentes) y, en definitiva, de reinserción social. Ello conlleva una necesaria formación específica del Equipo Técnico; además, también debe generalizarse el auxilio a otros profesionales, conforme prevé la LORPM y la actuación coordinada con el Grupo de Menores de Policía Judicial (GRUME) en caso de que hubieran realizado previamente alguna valoración de la vulnerabilidad del menor en sede policial.

5. CONCLUSIÓN

La migración de menores extranjeros no acompañados constituye un fenómeno estructural y complejo, impulsado por múltiples factores sociales, económicos y políticos en los países de origen, especialmente del norte y oeste de África. Su llegada a España y a otros Estados miembros de la UE revela un patrón creciente que exige atención específica por parte de los sistemas de protección y justicia. A pesar de estar legalmente reconocidos como sujetos de especial protección por su condición de menores, estos niños, niñas y adolescentes suelen enfrentarse a situaciones de invisibilidad, desprotección y tratamiento inadecuado, tanto por la legislación como por la opinión pública.

La condición de vulnerabilidad de estos menores no se limita a su edad o a la ausencia de referentes familiares, sino que se ve agravada por factores estructurales del propio trayecto migratorio, el sistema de acogida o las barreras del sistema judicial. Esta vulnerabilidad agravada se ve reflejada en prácticas como el uso deficiente de métodos de determinación de edad, la aplicación de medidas más restrictivas de sus derechos, como el internamiento, la falta de intérpretes cualificados y la escasa formación de los operadores jurídicos en contexto migratorio.

Se subraya la necesidad de implementar la evaluación individual del menor como el mecanismo para adaptar el proceso penal a sus características y necesidades, a la vista de las especiales circunstancias que le rodean. Aunque el derecho a la evaluación individual no aparece recogido de forma expresa en la LORPM, esa misma función puede ser cumplida por el informe que realiza en Equipo Técnico, pero es necesario que su intervención se realice en un momento inicial del proceso; además, que su evaluación refleje la situación de vulnerabilidad del menor, incluyendo aspectos como barreras lingüísticas, discapacidades, bajo nivel formativo o condición de menor extranjero no acompañado, que contemple su contexto migratorio y de desarraigo y proponga alternativas adecuadas de reinserción social, incluso fuera del entorno familiar o escolar tradicional. Finalmente, es imprescindible fortalecer la formación del Equipo Técnico y promover la colaboración interdisciplinar con otros profesionales para garantizar evaluaciones eficaces, completas y ajustadas a la realidad social de los menores.

NOTAS

1. En España, con respecto a los menores extranjeros no acompañados, confluyen dos legislaciones que le son de aplicación. Por un lado, la normativa de protección de la infancia, integrada principalmente por la LO 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)*, posteriormente reformada por la LO 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, *ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, a la que habrá de sumarse también, por su especial trascendencia, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. Por otro lado, al tratarse de ciudadanos que no tienen la nacionalidad española, resulta de aplicación la normativa de extranjería, conformada por el art. 35 de la LO 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante, LOEX) y su Reglamento (en adelante, RLOEX), cuyas últimas reformas son las introducidas por el RD 629/2022, de 26 de julio y,

más recientemente, por el RD 1155/2024, de 19 de noviembre, *por el que se aprueba el nuevo RLOEX, que entró en vigor el pasado 20 de mayo de 2025*.

2. La protección jurídica y social de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía, Save the Children, 2019 (p. 5).

3. Ni legales, ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España, UNICEF, 2009 (p. 38).

4. Se denomina así al mayor desplazamiento de migrantes y refugiados a la UE desde la Segunda Guerra Mundial, debido principalmente a la guerra de Siria y los conflictos en Afganistán e Iraq. La ruta desde Turquía hacia Grecia ha sido la más transitada en 2015. El término ha sido criticado por el uso dado por la Comisión Europea que ofrece una definición de crisis amplia, entendida como una situación excepcional de afluencia masiva de personas procedentes de terceros países, de tal naturaleza y magnitud, en proporción a la población y al PIB del Estado miembro afectado, que puedan poner en peligro o dificultar gravemente el funcionamiento de los sistemas de acogida, asilo y retorno de los Estados miembros; o el riesgo inminente de que tal situación se produzca. Si bien, el Parlamento Europeo propone concretar esta definición utilizando indicadores objetivos que permitirían, por ejemplo, considerar como situación de crisis las llegadas continuadas a Canarias o Lampedusa de un alto número de personas desembarcadas tras operaciones de búsqueda y rescate en el mar Mediterráneo.

5. Datos de la Memoria Anual FGE 2024, Apartado 4.7.

6. En este sentido, el 20 de marzo de 2025 ha entrado en vigor el Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, *por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias*, que supone una modificación del art. 35 LOEX.

7. Informe Global sobre Trata de Personas 2024 de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

8. Los nacidos en la UE, no responden a la definición de menor extranjero no acompañado. Sin embargo, el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, de manera confusa, indica que también han de ser inscritos en RMENA. Esta inclusión distorsiona los datos. Las discrepancias existentes en cuanto a los datos incluidos en el RMENA son analizadas en el Informe del Defensor del Pueblo *Niñas y niños extranjeros en España solos o acompañados*, 2025 (pp. 106-117).

9. Fuente: Informe del Defensor del Pueblo *Niñas y niños extranjeros en España solos o acompañados*, 2025, (p. 114).

10. El Parlamento Europeo identificó como múltiples las razones de la llegada a la UE de menores no acompañados: guerras, violencia, violaciones de sus derechos fundamentales, deseo de reunirse con miembros de su familia, catástrofes naturales, pobreza, tráfico, explotación, etc. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE).

11. La propia RAE, acogiendo la valoración expresada desde distintas instancias, entre ellas, el Defensor del Pueblo, ha añadido como cuarta acepción al concepto MENA de su diccionario la indicación de: usado a veces como despectivo

12. Sobre la incorporación del discurso contra los menores extranjeros no acompañados en el partido VOX, vid. Cheddadi el Haddad (2020). Con respecto al tratamiento del término MENA en los medios de comunicación, vid. Gómez Quintero et al., 2021 y Gil Ramírez y Gómez de Travesedo Rojas, 2022.

13. Por ejemplo, Save the Children propone el término adolescentes migrantes sin referentes familiares en España; CEAR hace referencia a niños y niñas sin un referente familiar y la Fundación Raíces apuesta por el término infancia que llega a España sin referentes familiares.

14. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990.

15. Nuestra legislación de protección de menores, se hará eco de este cambio de paradigma, al afirmar la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM): *las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia*. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

16. Aprobada por el CRC en su 39º periodo de sesiones (del 17 de mayo al 3 de junio de 2005), CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005.

17. El CRC hace hincapié en la situación agravada de las niñas, especialmente vulnerables a la violación de sus derechos durante el proceso de migración: *Las niñas no acompañadas están sometidas a un riesgo particular, pues son con frecuencia el principal objetivo de explotación sexual, abusos y violencia; subraya que, en el seno de la UE, las autoridades tratan con frecuencia a los menores no acompañados como infractores de la ley de inmigración, y no como personas que tienen derechos a causa de su edad y de sus circunstancias particulares*, (Párrafo 1, Apartado I de la Observación General núm. 6).

18. El hecho de que se aluda a la costumbre, supone el reconocimiento de las diferentes situaciones sociales o culturales de los países de origen de estos menores en las que pueden encontrarse bajo la guarda y custodia de adultos diferentes a sus progenitores, tal y como reconoce el art. 5 CDN y con ello, se abre la vía a considerar figuras propias de nuestro derecho civil como el guardador de hecho. Esta figura también se reconoce en el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, que exigirá una valoración de las circunstancias concurrentes para determinar si se le presta la debida asistencia moral o material.

19. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

20. Apartado 1º, Sección 2ª de las Reglas Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (pp. 5-6). A pesar de hacer referencia a la migración como un factor de vulnerabilidad, las Reglas de Brasilia ponen su foco de atención en los trabajadores migratorios y sus familias, así como los refugiados, sin hacer referencia a otros colectivos migratorios como pueden ser los menores extranjeros no acompañados. No obstante, el reconocimiento expreso de la migración como causa de vulnerabilidad los englobaría en la propia condición de vulnerables.

21. Definición de vulnerabilidad y criterios para determinarla extraídos del Informe Derechos Procesales de los Menores Sospechosos o Acusados en la Unión Europea, Informe Nacional sobre España, Rights International Spain, 2016, (p. 6). Disponible en: <https://rightsinternationalspain.org/wp-content/uploads/2022/02/Derechos-procesales-de-los-menores-sospechosos-o-acusados-en-la-Unio%CC%81n-Europea-.pdf>.

22. BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

23. BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

24. Vid. SSTEDH de 28 de septiembre de 2015 (Asunto Bouyid c. Bélgica); de 4 de noviembre de 2010 (Asunto Darraj c. Francia); de 17 de octubre de 2006 (Asunto Okkali c. Turquía); de 1 de febrero de 2011 (Asunto Yazgül Yılmaz c. Turquía) y de 9 de abril de 2013 (Asunto Iurcu c. República de Moldavia).

25. Las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños, de 17 de noviembre de 2010, fruto de una amplia consulta en la que se detecta una desconfianza generalizada de los niños y niñas hacia los sistemas de justicia, señaló como principales obstáculos para los menores que se encuentran inmersos en un sistema de justicia, la parcialidad o condicionalidad del derecho de acceso a la justicia, así como la diversidad y complejidad de los procedimientos y la posible discriminación que pueden sufrir.

26. Las razones que pueden dar lugar a que estos niños y niñas invoquen una mayoría de edad ficticia, son la esperanza de un acceso más rápido al trabajo y así contribuir al objetivo que, en determinados casos, les ha llevado a emprender el periplo migratorio, trabajar para sustentar a su familia; la voluntad de continuar migrando hacia su destino previsto y evitar un alojamiento supervisado con libertad limitada de movimientos; o considerarse a sí mismos como adultos frente a la responsabilidad que contraen con sus familias. En otros casos, el motivo de alegar que son mayores de edad responde a las instrucciones dadas por los tratantes de personas que intentan mantenerlos alejados de la atención de las autoridades para que queden desprotegidos, lo que los convierte en presas fáciles para su posterior explotación. Sobre ello, vid. Gómez Fernández y Pérez González, 2015.

27. En este sentido, la ONU identifica la migración como una de las causas sociales de la delincuencia juvenil, junto con otras relativas a la situación económica y familiar del menor (pobreza, familia desestructurada, falta de educación) o el abuso de sustancias. Además, señala que, debido a todas las dificultades que han sufrido, y con mucha frecuencia a experiencias traumáticas y a explotación, lo que hace que estos niños y niñas tengan miedo y ello pueda conllevar patrones de comportamiento peligrosos para ellos y para otras personas y así, en muchos casos convertirse en infractores. Vid. Manual para cuantificar los indicadores de justicia de menores, Oficina contra la droga y el delito, Naciones Unidas, 2008 (p. 9).

28. Sobre las desapariciones de menores extranjeros no acompañados, las desapariciones de menores extranjeros cuya minoría de edad ha quedado confirmada tras la prueba de determinación de la edad y que han tenido un contacto con el sistema de protección, vid. Jiménez Álvarez (2019: 1-22).

29. El término indocumentado ha sido objeto de una interpretación amplia tanto por la FGE como por el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados, para incluir supuestos en los que la persona cuenta con pasaporte o documentación de su país de origen acreditativa de su edad, pero ésta se reputa no fiable, contrariamente a la doctrina sentada por el TS desde sus relevantes sentencias 453/2014, de 23 de septiembre, Sala Primera (ROJ: STS 3818/2014) y STS 452/2014, de 24 de septiembre, Sala Primera (ROJ: STS 3817/2014), conforme la cual no se podrán incoar procedimientos de determinación de la edad a quien porte un pasaporte o documento de identidad legalmente expedido por las autoridades de su país de origen y que no haya sido impugnado. La doctrina del TS ha sido reiterada con posterioridad en la siguientes SSTs de la Sala Primera: 11/2015, de 16 de enero (ROJ: 26/2015); 13/2015, de 16 de enero (ROJ: 27/2015); 318/2015, de 22 de mayo (ROJ: 2064/2015); 507/2015, de 22 de septiembre (ROJ: 4109/2015) y 720/2016, de 1 de diciembre (ROJ: 5227/2016); SSTs 535/2022, de 5 de julio, Sala Primera, (ROJ: STS 2782/2022) y 336/2022, de 27 de abril, Sala Primera, (ROJ: STS 1765/2022), entre otras.

30. La delimitación de la edad cronológica para exigir responsabilidad penal por la comisión de un delito no está armonizada en los países miembros de la UE, de manera que no existe una única edad mínima a partir de la cual se considera a una persona responsable penalmente, produciéndose notables

diferencias entre unos y otros Estados, incluso dentro de la UE, justificadas en muchas ocasiones con argumentos más político-criminales que jurídicos (Dunkel, 2015: 1-19). Por esta razón, habría constituido un enorme avance en la protección de los menores que la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, *relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales*, que considera menor a quien no ha alcanzado los 18 años, incluyese una disposición relativa a la edad penal mínima y un criterio único para su determinación.

31. En nuestro ordenamiento jurídico, la determinación de la edad se regula en el art. 35. 3 LOEX y se enmarca en las diligencias preprocesales, competencia del MF y reguladas por el art. 5 EOMF, encaminadas a decidir con carácter provisional y urgente sobre la edad de una persona. En el ámbito penal, se regula en el art. 375 LECrim y corresponde su competencia al Juez de la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia. En la fecha actual, se encuentran en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para regular el procedimiento de determinación de la edad, que configura el procedimiento para la determinación de la edad como un proceso judicial en el ámbito civil, en lugar de administrativo y un Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, complementaria de la Ley por la que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para regular el procedimiento de determinación de la edad, para otorgar la competencia a los Jueces de la Sección de Menores del Tribunal de Instancia, en los casos en los que la persona está detenida por la presunta comisión de un ilícito penal.

32. Hasta julio de 2024, han sido 59 las comunicaciones registradas y 17 los dictámenes condenatorios emitidos por el CRC contra España, de los cuales, 15 se refieren a procedimientos de determinación de la edad realizados a menores migrantes no acompañados y sobre el incumplimiento de las medidas provisionales. Todas las comunicaciones se pueden consultar en: Dictámenes condenatorios del Comité de Derechos del Niño contra España.

33. Ello a pesar de que la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria dedica el Título V a los menores y otras personas vulnerables. Además, el Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo recoge disposiciones específicas relativas a los menores extranjeros no acompañados (vid. entre otros art. 3.11; 3.18, 33).

34 Estrategia del Consejo de Europa para los derechos de los niños y las niñas (2016-2021), Derechos Humanos de los niños, Apartado II, Pto. 7 (p.14).

35 En el apartado 6.1.7 del Programa de Estocolmo, relativo a los Menores Extranjeros no Acompañados, se señala los menores no acompañados que llegan a los Estados miembros procedentes de terceros países representan un grupo particularmente vulnerable que requiere una atención especial y respuestas específicas, en especial en el caso de los menores expuestos a riesgo.

36 STEDH de 19 de enero de 2012 (Asunto Popov c. Francia).

37 El Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad, de 3 de enero de 2018, (documento A/HRC/37/34 de las Naciones Unidas), identifica como migrantes vulnerables aquellos que no pueden gozar de manera efectiva de sus derechos humanos, que corren un mayor riesgo de sufrir violaciones y abusos, y que, por consiguiente, tienen derecho a reclamar una mayor protección a los garantes de derechos. Concretamente, subraya que las

situaciones de vulnerabilidad a las que se enfrentan los migrantes pueden surgir de diversos factores que pueden converger o coexistir simultáneamente, influirse y exacerbarse entre ellos y también evolucionar y variar con el tiempo, a medida que cambian las circunstancias (párrafo 12). Asimismo, añade que los factores que generan vulnerabilidad pueden motivar, en primer lugar, que un migrante abandone su país de origen, pueden producirse durante el tránsito o en el país de destino, con independencia de que el desplazamiento inicial haya sido escogido libremente, o pueden estar relacionados con la identidad o las circunstancias de la persona migrante. Por lo tanto, la vulnerabilidad en este contexto debe entenderse como una realidad a la vez situacional y personal (ibíd., párrafo 13). Por último, también recuerda que los migrantes no son intrínsecamente vulnerables ni carecen de resiliencia y capacidad de actuación. Por el contrario, la vulnerabilidad ante las violaciones de sus derechos humanos es el resultado de múltiples formas de discriminación interrelacionadas, de la desigualdad y de dinámicas estructurales y sociales que imponen límites y desequilibrios en los niveles de poder y de disfrute de los derechos (ibíd. párrafo 12).

38 Numerosos informes de organismos internacionales y estatales destacan los riesgos particulares y las situaciones de vulnerabilidad que afectan a los niños, niñas y adolescentes durante y después de su trayecto migratorio: Una travesía mortal para los niños. La ruta de la migración del Mediterráneo central, UNICEF, 2017. Disponible en: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/travesia-refugiados-mediterraneo.pdf>; Informe sobre las migraciones en el mundo, OIM, 2024. Disponible en: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2024>.

39 Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 2018, Los niños y los adolescentes migrantes (A/RES/69/187), (p. 2).

40 A este respecto, resulta interesante la clasificación de categorías de menores extranjeros no acompañados que realiza Serrano Sánchez (2021: 222-228).

41 Sobre los menores desaparecidos, destaca el análisis realizado en Serrano Sánchez (2023: 693-730).

42 Esta perspectiva es similar a la que motivó la reforma de la legislación civil y procesal para la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, con la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

43 El 24 de junio de 2024 entró en vigor la Directiva 2024/1712/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. No obstante, el art. 2.2 no ha sido modificado y, por tanto, se mantiene el mismo concepto de situación de vulnerabilidad.

44 A pesar de que el derecho de corrección ha sido derogado expresamente del art. 154 CC, su existencia y legitimidad se admite en la jurisprudencia del TS como un concepto integrado en el resto de los deberes que el CC impone a los progenitores y que, a su vez, ha de relacionarse con las obligaciones que los hijos tienen para con sus progenitores. Supone una actuación orientada a educar al menor (advertirle, reprenderle, amonestarle para conseguir que se porte bien, apartarle de una conducta incorrecta...) presidida por los principios de proporcionalidad, razonabilidad y moderación. No legitima el uso de violencia física, entendida esta en sentido jurídico penal conforme a los parámetros típicos del art. 147 y 153 CP.

45 Datos obtenidos a partir de del Informe del Defensor del Pueblo de 2023 sobre Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y datos del INE relativos a la población de menores extranjeros y nacionales (aunque existen limitaciones, dado que si el menor extranjero no acompañado está en situación irregular y no se encuentra empadronado en ningún municipio no aparecerá en los datos oficiales).

46 Así, por ejemplo, la Directiva 2016/800, establece que los Estados miembros deberán respetar y garantizar los derechos que en ella se reconocen, sin discriminación alguna por motivo alguno, como la raza, el color, sexo, orientación sexual, idioma, religión, opinión política o de otra índole, nacionalidad, origen étnico o social, patrimonio, discapacidad o nacimiento (Considerando 65). Igualmente, a nivel internacional, la Observación General núm. 24 CRC aboga por establecer salvaguardas contra la discriminación desde el primer contacto con el sistema de justicia penal y durante todo el juicio y la necesidad de incluir ajustes en el procedimiento (Párrafo 40). nuestro ordenamiento jurídico reconoce la igualdad de trato y la no discriminación como principios de actuación para los poderes públicos y, concretamente para la Administración de Justicia en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, hacia cualquier persona, con independencia de su nacionalidad, de su edad o de si disfrutan o no de residencia legal.

47 A pesar de que la LORPM cumple con el estándar de garantías reconocido en la Directiva 2016/800 e incluso en algunos aspectos contempla un plus adicional de protección, serían necesarias modificaciones para consolidar la protección reforzada que requieren los menores, especialmente aquellos más vulnerables. El plazo límite fijado para la transposición de la Directiva 2016/800 por parte de los Estados miembros era el 11 de junio de 2019, que en el caso de España no fue cumplido, salvo la modificación del art. 50 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, mediante la reforma de la Ley 3/2018, de 11 de junio. En vistas a la previsión de incumplimiento por parte de España de la obligación de transposición de la Directiva 2016/800/UE al ordenamiento jurídico interno, la Comisión Europea ha decidido incoar el pasado mes de marzo de 2024, un procedimiento de infracción contra España mediante el envío de una carta de emplazamiento, en la que se ponen de manifiesto problemas de exhaustividad entre la legislación interna y la comunitaria, en lo que respecta, por ejemplo al derecho a la información y al derecho a un reconocimiento médico.

48 La FGE, en su Circular 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, señala el carácter preceptivo del informe del Equipo Técnico, al indicar que el citado informe es un requisito ineludible para la conclusión del expediente de reforma (Apartado IV.6).

49 Sobre esta cuestión, se pronunció la FGE en la Circular 1/2000, al señalar que dicho informe participa de la naturaleza del dictamen de peritos, en cuanto emanado de un órgano imparcial al servicio de la Administración de Justicia y presenta una eficacia legal reforzada por su carácter preceptivo.

50 La autora realiza un estudio sobre la detección de la vulnerabilidad en sede policial, con respecto a dos grupos vulnerables (extranjeros y personas con discapacidad) a través de entrevistas a profesionales y a las propias personas sujetas al proceso penal, cuyos resultados muestran como la identificación de la vulnerabilidad es difícil y muchas veces personas en situación de vulnerabilidad permanecen horas bajo custodia policial sin que nadie haya advertido su condición de discapacidad intelectual o su falta de competencia lingüística y, por tanto, sin que se realicen los ajustes de procedimiento previstos en la legislación.

BIBLIOGRAFÍA

- Bonsignore Fouquet, Dyango (2023): “Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad”, en C. Moya Guillén (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Valencia: Tirant Lo Blanch: 19-64.
- Carvalho da Silva, Jacqueline (2021): “Adolescentes marroquíes en calle desprotección, delincuencia y victimización”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 19(1), 1-41.

Cheddadi el Haddad, Zakariae (2020) “Discurso político de Vox sobre los Menores Extranjeros No Acompañados”, *Inguruak (Revista Vasca de Sociología y Ciencia Política)*, 69, 57-77.

Cuadrado Salinas, Carmen (2024): “Personas vulnerables y ajustes del procedimiento”, *Revista General de Derecho Procesal*, 62, 1-33.

De la Fuente Robles, Yolanda y Eva María Sotomayor Morales (2009): “Vulnerabilidad y exclusión social de los menores inmigrantes”, *Migraciones & Exilios. Cuadernos de la Asociación para el estudio de los exilios y migraciones ibéricos contemporáneos*, 10, 41-54.

Düinkel, Frieder (2015): “La edad de imputabilidad penal y jurisdicción de los Tribunales Juveniles en Europa”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 22, 1-19.

Durán Ruíz, Francisco Javier (2021): “25 años del fenómeno de la migración de menores extranjeros no acompañados en España: datos inciertos y evolución legislativa”, en F.J. Durán Ruiz (coord.), *Menores, migrantes en tiempos de pandemia*, Granada: Comares, 281-303.

Fernández Molina, Esther (2024): “Detectar situaciones de vulnerabilidad en sede policial, ¿una misión imposible?”, *Boletín Criminológico*, 30 (número especial), artículo 232, 1-27.

García Ingelmo, Francisco Manuel (2011): “La prueba pericial en el proceso penal de menores especial consideración al informe del equipo técnico”, *Estudios Jurídicos*, 2011, 1-33.

Gil Ramírez, Marta y Ruth Gómez de Travesedo Rojas (2022): “Estrategia discursiva sobre los MENA en YouTube. Construcción de un discurso de odio”, *Revista Latina de Comunicación Social*, 81, 259-285.

Gómez Fernández, Itziar y Carmen Pérez González (2015): “La protección de los menores de edad víctimas de trata de seres humanos: Derecho Internacional, europeo y español”, en R. Álcacer Guirao et al. (coords.), *La Trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, EDISOFER, 223-274.

Gómez Quintero, Juan David et al. (2021): “Representaciones mediáticas de los menores que migran solos. Los MENA en la prensa española”, *Comunicar. Revista Científica de Comunicación y Educación*, 66, 95-105.

González Martín, Nuria y David Carrizo Aguado (2023): “Reflexiones jurídicas respecto de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados. Desafíos y oportunidades”, en A. Lara Aguado (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 777-800.

Hernández Galilea, Jesús Miguel (2002): “Análisis procesal del informe del equipo técnico”, *Congreso Justicia Juvenil. Nuevos retos, nuevas propuestas*, Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.

Jiménez Álvarez, Mercedes Gema (2019): “Desapariciones de menores extranjeros no acompañados en el Estado español. Una primera aproximación a sus significados”, *Anuario CIDOB de la inmigración*, 1, 1-22.

Laurenzo Copello, Patricia (2013): “¿Vulnerables o vulnerados? Las paradojas de la tutela penal de los inmigrantes”, en M. De Hoyos Sancho (coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 75-88.

Martín Diz, Fernando (2021): “Una necesidad emergente en justicia: la figura del abogado del niño”, en P. Martín Ríos y M.A. Pérez Marín (dirs.), *La administración de justicia en España y en América: José Martín Ostos (Liber amicorum)*, Sevilla: Astigi, 1171-1194.

Pérez González, Carmen (2012): “La compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea con las obligaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 31, 247-272.

Pillado González, Esther (2024) “Las garantías procesales de los menores infractores: ajustes necesarios desde la normativa internacional y europea”, en C. Arangüena Fanego y M. de Hoyos Sancho (dirs.), *Hacia un derecho procesal europeo*, Atelier, Barcelona, 63-94.

-- (2025), "El informe del Equipo Técnico de menores: ajustes necesarios para su adecuación a las exigencias europeas", *Estudios Penales y Criminológicos*, 46, 1-30.

Sánchez Tomás, José Miguel (2019): "Alejad a esos niños de mí: la política pública española sobre los niños desamparados en situación de irregularidad migratoria", en M. V. Cuartero Rubio (dir.), *Inmigración: Retos para el derecho en el siglo XXI*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 212-213.

Sanz Hermida, Ágata María (2019): "Reflexiones sobre los derechos procesales del menor encausado en el contexto jurídico actual (La incidencia de la Directiva (UE) 2016/800 en el modelo español de justicia de menores)", *Anuario de Justicia de Menores*, 19, 75-93.

Serrano Sánchez, Lucía (2021): *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y en El Salvador*, Navarra: Universidad Pública de Navarra.

-- (2023) "Competencia y cooperación internacional de autoridades. El interés superior de la y el menor no acompañado como eje en la identificación y reubicación", en A. Lara Aguado (dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 693-730.

LOS INTERESES VULNERABLES DE LAS FUTURAS GENERACIONES, DOS SENTENCIAS
CLAVES PARA SU COMPRENSIÓN: STC 142/2024, DE 20 DE NOVIEMBRE EN
RELACIÓN AL MAR MENOR Y LA STEDH KLIMASENIORINNEN, DE 9 DE ABRIL 2024
*THE VULNERABLE INTERESTS OF FUTURE GENERATIONS, TWO KEY JUDGMENTS
FOR THEIR UNDERSTANDING: STC 142/2024, OF NOVEMBER 20 IN RELATION
TO THE MAR MENOR AND THE ECHR KLIMASENIORINNEN, OF APRIL 9, 2024.*

*Elena Martínez García**

*Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València*

RESUMEN

Asistimos a un cambio de paradigma desde muchos aspectos de la vida, pero de manera evidente en materia medioambiental. La urgencia climática evidenciada por la ciencia y tecnología, nos manifiestan una prevención reforzada climática, no solo en favor de las generaciones presentes, sino también de las que están por venir. Jurídicamente es compleja la situación que se le presenta a la Judicatura: normas incompletas, una inexistente Jurisdicción que abarque estos aspectos que superan la soberanía nacional, con nuevos retos para el derecho procesal, nuevos intereses, nuevas subjetividades y nuevas formas de protección. Todo ello por encontrarnos ante bienes demaniales, cuya tutela exige altas dosis de solidaridad para protegerlos a ellos y, en consecuencia, también a los derechos individuales de las personas. A ello se refieren las sentencias objeto de estudio, siempre enfocadas desde la perspectiva de las futuras generaciones.

ABSTRACT

We are witnessing a paradigm shift in many aspects of life, but this is particularly evident in environmental matters. The climate emergency highlighted by science and technology calls for enhanced climate prevention, not only for the benefit of present generations, but also for those to come. The situation facing the judiciary is legally complex: incomplete regulations, a non-existent jurisdiction covering these aspects that transcend national sovereignty, with new challenges for procedural law, new interests, new subjectivities and new forms of protection. All this because we are dealing with public property, the protection of which requires a high degree of solidarity to protect it and, consequently, also the individual rights of persons. This is what the judgments under study refer to, always focused on future generations.

PALABRAS CLAVE

Justicia intrageneracional e intergeneracional, Futuras generaciones, Klimaseniorinnen, Mar Menor.

KEYWORDS

Intragenerational and intergenerational justice, Future Generations, Klimaseniorinnen, Mar Menor.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.137>

* CIPROM 2023 (64) Justicia Sostenible en estado de mudanza global.

LOS INTERESES VULNERABLES DE LAS FUTURAS GENERACIONES, DOS SENTENCIAS CLAVES PARA SU COMPRENSIÓN: STC 142/2024, DE 20 DE NOVIEMBRE EN RELACIÓN AL MAR MENOR Y LA STEDH KLIMASENIORINNEN, DE 9 DE ABRIL 2024

Elena Martínez García

Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción al objeto de estudio. 2. El *porqué* del objeto de estudio. 3. ¿*Para qué* proteger a las futuras generaciones? 4. El cómo: aspectos procesales novedosos anudados a la sentencia del tribunal constitucional en relación con las futuras generaciones. 4.1. Nuevos conceptos para un nuevo paradigma jurídico novedoso tras la STC 142/2024. 4.2. Sobre las ficciones jurídicas: ¿una suerte de fideicomiso planetario? 4.3. Definición de interés de las futuras generaciones. 5. Problemas procesales abordados por la judicatura en la sentencia Klimaseniorinnen. 5.1. La inexistencia de un tribunal con jurisdicción, la anomía y la prohibición *non liquet* ante derechos humanos en construcción. 5.2. La legitimación para defender estos intereses. 5.3. Tipos de víctimas e intereses dignos de protección. 5.4. Las pretensiones y riesgo o daño compartible. 5.5. La prueba. 5.6. Diligencia debida y los límites de la función jurisdiccional. 6. Futuras generaciones y diligencia debida en el caso español. 6.1. La ley 19/2022 de reconocimiento de la personalidad jurídica del mar menor y su cuenca. 6.2. La Ley 10/2023 de bienestar para futuras generaciones de las islas baleares. 6.3. La defensoría de las futuras generaciones. 7. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN AL OBJETO DE ESTUDIO

Para entender los parámetros en los que nos queremos mover para realizar este trabajo, tomo como punto de partida el voto particular emitido por el Juez Eicke en la Sentencia Klimaseniorinnen de 9 de abril 2024¹ (desde ahora STEDH), porque delimita bien el tema principal de debate, a saber, ¿pueden tener intereses dignos de protección las futuras generaciones? ¿Es el medio ambiente un derecho o un interés a tutelar por ellas y por las generaciones presentes?

Efectivamente, como veremos, en esta sentencia se ha desarrollado parte del contenido de un nuevo derecho por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la base del desarrollo de un paradigma ecocéntrico, ha ampliado, en primer lugar, el *concepto de víctima*, según una interpretación que debe ser evolutiva; en segundo término, se han delimitado las *obligaciones negativas y positivas* en favor de la partes contratantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que alcanza a responsabilizar al Estado no sólo de las emisiones y *daños* directamente producidos *en su territorio*, sino también las generadas derivadamente a través del *efecto invernadero producido por el tráfico comercial*; repárese que ninguno de estos *daños* tiene fundamento en el artículo 8 ni en ninguna otra disposición de la Convención o de su Protocolo, sin embargo, el Alto Tribunal ha entendido posible admitir este debate jurídico, dada la conexión o *interdependencia* entre los derechos individuales del Convenio y las obligaciones estatales del Convenio de París. Es más, todo ello, no solo en favor de las *generaciones presentes*, sino también de *las personas que todavía tienen que nacer y heredar este planeta*. La concepción de este derecho al medio ambiente como derecho humano conlleva *obligaciones positivas y negativas* para los Estados parte, que les responsabiliza de daños presentes y riesgos actuales que pueden producir daños futuros, entendidos como la inaccesibilidad al ejercicio efectivo de derechos que hoy sí son una realidad. Como vemos, son conceptos que de alguna forma rompen la doctrina clásica del derecho procesal, especialmente, aunque no únicamente. En esta sentencia podemos afirmar que opta por un ecocentrismo moderado², al hacer dependiente este derecho a un medio ambiente sano, de los derechos de las personas presentes o todavía sin nacer, tal y como los tutela el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En esto consiste la “interdependencia” de la que habla el TEDH.

Toda estas novedades introducidas por la STEDH citada, podría parecer un exceso de jurisdicción, pero, en nuestra opinión y la del Tribunal, forma parte de una evolución natural de la concepción de los derechos, de los aspectos procesales derivados de los mismos y del mundo global en el que vivimos; todas las claves de esta afectación del paradigma clásico se describen claramente en el voto mayoritario³.

2. EL POR QUÉ DEL OBJETO DE ESTUDIO

El *por qué* de las cosas obedece siempre a explicar las razones causales por las que se adopta o debe tomar una decisión del tipo que fuere. Sólo evaluando de dónde venimos y

qué nos ha traído hasta aquí, podremos tomar decisiones correctas que ayuden a superar los problemas heredados y, por tanto, a “virar el barco”, metafóricamente hablando. La cuestión será averiguar qué papel tiene la Justicia en este cambio de rumbo hacia la sostenibilidad.

En el presente estudio vamos a relacionar dos intereses dignos de protección que, hasta hace relativamente poco tiempo, no eran objeto de regulación nacional ni internacional, ni tampoco objeto de pronunciamientos jurisprudenciales. Me refiero a la tutela medioambiental y la de los intereses de las personas no nacidas (ni tampoco concebidas).

Si bien sobre medioambiente llevamos años de avances regulatorios en la toma de conciencia del valor de la diversidad, de los riesgos de cambio climático, etc., el concepto de “*futuras generaciones*” o “*justicia o equidad intergeneracional*” es muy reciente. De la conexión entre ambos conceptos surge la relación entre lo que somos, lo que hacemos y el sentido de nuestro tránsito por la vida y por este planeta. Somos lo que fuimos y seremos lo que ahora hagamos con la tierra. Nuestro paso por aquí es breve, debemos ser conscientes de las decisiones políticas y jurídicas que adoptemos con el fin de que nuestros hijos e hijas y su descendencia, etc. puedan heredar un planeta en condiciones similares a las que nosotros lo hemos recibido y con unas posibilidades de disfrute de los derechos similar a la que hemos tenido nosotros, a sabiendas de que, en la actualidad, ya nada tiene que ver nacer en un lado o en otro del hemisferio norte y sur de la Tierra, lo que enlaza con el concepto de “*justicia intrageneracional*”.

¿Por qué las generaciones venideras tienen derecho a ser protegidas? Es difícil no contestar a esta pregunta si antes no se reflexiona sobre el modelo económico y heteropatriarcal existente en un mundo desigual y globalizado, donde el planeta y el medio ambiente hasta ahora solo han sido instrumentos al servicio del mercado y de la política que, en definitiva, marcan las empresas multinacionales en gran medida⁴. Hoy hay unas claras evidencias científicas⁵ sobre el rápido deterioro medioambiental, el agotamiento de recursos naturales vitales y sobre la extenuación de las personas en este sistema ultracompetitivo; y esto afecta directamente a los derechos de las generaciones actuales, ya nacidas, y a las generaciones futuras (Pérez González, 2025)⁶. Igualmente, junto al modelo económico, es necesaria la realización de una reflexión sobre los derechos humanos en el momento actual, desde una perspectiva individual y colectiva. Lo individual y lo colectivo van de la mano en el abordaje de este estudio. No hay derechos individuales ejercitables, si no hay un medio ambiente sano, una salud colectiva o una mínima justicia global, etc. De hecho, en materia de responsabilidad vamos a observar que el Estado no sólo debe responder por los daños individuales producidos, sino por los daños o riesgos colectivos por no realizar los cambios estructurales mínimos para asegurar los derechos humanos cuestionados⁷. Ejemplo de ello lo vemos en la violencia de género, los movimientos migratorios o el clima. Sin el cumplimiento de obligaciones positivas de legislar, prevenir, erradicar una determinada desigualdad estructural, no puede evitarse un daño individual. En conclusión, lo sistémico o colectivo va de la mano de lo individual y constituyen límites indudables a la libertad de mercado (Martínez García, 2023). La propia historia de los derechos humanos es un relato de evolución de los mismos, como progresivos límites a las actuaciones del poder (Pérez

Luño, 2009; 2009a). Los derechos humanos siguen construyéndose día a día desde que se hizo la Declaración Universal de los Derechos humanos. El actual es un momento de profundización, dado que la inteligencia artificial trae un cambio de paradigma, así como la globalización y la toma de conciencia de la existencia de bienes demaniales que necesitamos toda la humanidad para sobrevivir como tal y, por tanto, sobre los que debemos regular y poner límites de forma inmediata. Y, en este nuevo escenario, la solidaridad tiene un papel primordial, “asumir los intereses de los demás como propios, prestando atención y delimitando qué tipo de intereses son los que pueden ser asumidos” (Asís Roig, 2000), porque benefician a todas las personas y al planeta.

Sabemos que los derechos humanos —así como los derechos sociales que garantizan gran parte de estos—, requieren de una alta intervención del Estado (a nivel nacional, supranacional y multilateral) para garantizar los derechos de las personas a vivir en un planeta saludable, donde puedan ejercer sus derechos —aproximadamente— tal y como los conocemos ahora. Es una cuestión de calidad de la democracia que queremos y, creo que no soy nada original si afirmo que la democracia está en peligro⁸. Nos encontramos ante mi opinión, la siguiente disyuntiva: bien avanzamos en solidaridad, en una prosperidad compartida, o retrocederemos en derechos individuales. Parece aparentemente una paradoja, pero no lo es. Lo individual es colectivo porque, al fin y a la postre, estamos más conectados entre nosotros y con el planeta de lo que creemos (Armenta Deu, 2021). La solidaridad y la dignidad humana son valores complementarios⁹. En conclusión, en un momento de contracción de derechos como el que vivimos, en mi opinión, debemos recurrir a la base o fundamento de nuestra sociedad civilizada: los derechos humanos, entendidos como derechos civiles, políticos y sociales (económicos, culturales y ambientales), es decir, instrumentos que nos convierten en titulares de derechos, intereses y garantías frente al Estado, que permiten el futuro y la prosperidad. En un plano ético o moral podría ser que nos encontráramos ante las ideas de amor, empatía y solidaridad con el resto de personas, semejantes a mí o no.

Me atrevo a decir que entramos en una etapa en la que se va a dar una nueva medición de lo que es importante para personas y para el planeta, lo que conlleva un giro hacia la prosperidad y progreso, con parámetros diferentes a los actuales, que van más allá de las reglas clásicas del mercado. Y este giro viene determinado por poner en valor un interés hasta ahora inexistente como es la protección del planeta para las generaciones venideras o futuras. En definitiva, debemos poner más futuro en las decisiones presentes.

Necesitamos un nuevo pacto global que proteja los *bienes demaniales* (atmósfera, espacio ultraterrestre, Antártida, alta mar, el medio ambiente y ecosistemas) y pacte *suministros de bienes* públicos globales (salud mundial, información, economía mundial, planeta sano, ciencia, paz, patrimonio digital, otros). *Una economía mundial que sirva a toda la humanidad, un sistema multilateral de comercio más justo, un control de la evasión de impuestos*. Al fin y al cabo, cuidar estos bienes jurídicos es asegurar el futuro de la vida para las generaciones venideras en condiciones de habitabilidad (y de ejercicio de derechos) similar a la actual (Ferrajoli, 2022; 2014). Una vez pergeñado el *por qué* del momento en que vivimos, vamos a determinar hacia dónde debe virar el cambio que avistamos para lograr tener futuro en

este planeta, en el sentido más democrático posible o imaginable: los derechos humanos en la Tierra.

3. ¿PARA QUÉ PROTEGER A LAS FUTURAS GENERACIONES?

Afirmábamos que en 1945 se hizo la promesa de preservar a las generaciones futuras del “flagelo de la guerra”¹⁰. Hoy se actualizaría este mensaje añadiendo conceptos tales como la crisis planetaria, la biodiversidad, la contaminación, la gestión de la tecnología como IA y la edición génica, los cambios demográficos por envejecimiento de la población, por los movimientos migratorios fruto de la inhabitabilidad de determinadas zonas del planeta, el modelo urbano que centrifuga a las personas pensando solo en el turismo, la evolución de los servicios de asistencia social. Sin poder entrar en estos conceptos, la pregunta que surge al hilo de esta reflexión es la siguiente: ¿la juventud actual confía en que las instituciones les van a salvar de la precariedad que trae consigo esta crisis? ¿pueden confiar en ello los hijos de nuestros hijos? Contestar a esto positivamente, requiere —sin lugar a dudas— exigir del Estado fuertes dosis de solidaridad, así como mirar a un largo plazo en las decisiones políticas, pensando en las generaciones presentes y las que están por venir. No podemos dar contestación a estas complejas reflexiones, muchas de ellas pertenecientes al ámbito de la sociología y filosofía, cualquier aportación pasa por reflexionar sobre el significado *jurídico* de la solidaridad (De Lucas, 1993: 7-8; Cortina Orts, 2003, 2020). Este concepto se debe contemplar respecto de los ya nacidos (*solidaridad intrageneracional*) como de los todavía no nacidos (*intergeneracional*) como motor de cambio o determinante de los *paraqués* de las decisiones políticas, jurídicas y jurisdiccionales que adoptemos.

Esta *solidaridad* —recientemente recordada a nivel mundial con un hecho estrictamente local (la Dana) en mi tierra (Valencia)— así como el concepto de *futuras generaciones*, debieran ser estudiadas, objeto de tutela y, por tanto, abordadas dentro de nuestra disciplina, el derecho procesal, en lo que a jurisdicción, legitimación, acción y pretensión y ejecución se refiere¹¹. Las decisiones que tomemos hoy, prolongarán sus efectos durante varias generaciones, es decir, afectarán a la subsistencia de los 10.900 millones de personas que van a nacer este siglo, la mayoría en África y Asia. Esto es la *equidad intergeneracional*, que consiste en reconocer mi responsabilidad con las generaciones futuras (según afirma la Declaración Unesco sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras, que se pueden adoptar a nivel nacional e internacional)¹². Tal es así que la *Declaración de las futuras generaciones* —hoy en construcción, pretende crear obligatoriamente en cada Estado un defensor o comisionado de las generaciones venideras¹³. El multilateralismo se propone por la ONU como solución en un mundo interconectado con creación de jurisdicción supranacional global con competencias. No extraña entonces que, desde la academia, Ferrajoli y un grupo nutrido de juristas propongan la creación de una constitución para la Tierra¹⁴.

En España contamos con varios instrumentos legales interesantes a abordar para la comprensión de estas novedades jurídicas. Nos referimos a La Ley 19/2022, reguladora

de la personalidad jurídica del Mar Menor (BOE 2022/237), La Ley de Illes Balears sobre la protección de las futuras generaciones (BOE 2023/139) y la reciente Sentencia del TC 142/2024, de 20 de noviembre (BOE 2024/311). Todas ellas se pronuncian sobre el presente objeto de estudio, a saber, las futuras generaciones.

STC 142/2024 (FJ 3) “En suma, el art. 45 CE ofrece un marco constitucional de referencia lo suficientemente abierto como para que el legislador desarrolle las previsiones de protección del medio ambiente desde perspectivas y enfoques muy diversos que deben, en cualquier caso, tener presente y respetar: la estrecha conexión existente entre la protección de los ecosistemas, el medio natural, la vida no humana y la vida humana y el pleno desarrollo de esta última; la obligación de los poderes públicos de desarrollar mecanismos de protección y defensa del medio ambiente, pero también de mejora, restauración y recuperación de los espacios o la biodiversidad deteriorada o perdida; y la exigencia de entender la solidaridad colectiva referida en el art. 45.2 CE, no como una mera adhesión al interés común de preservar el statu quo de preservación medioambiental, sino como una *obligación de solidaridad intergeneracional* llamada a conservar y mejorar el entorno natural *de cara a que las futuras generaciones tengan la oportunidad de disfrutar de su propio derecho a la vida, la integridad física y moral y el desarrollo de sus proyectos vitales en condiciones equivalentes a aquellas de las que disponemos en la actualidad*”.

El objeto de estas líneas como procesalista, se centrará en corroborar que estos cambios señalados por la jurisprudencia nacional e internacional, la legislación y práctica españolas, que ya reconocen este interés objeto de estudio como digno de protección.

4. EL CÓMO: ASPECTOS PROCESALES NOVEDOSOS ANUDADOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LAS FUTURAS GENERACIONES

En España este paradigma novedoso llega al plano legislativo, ejecutivo y judicial. Procedemos a apuntar algunas novedades, a sabiendas que un estudio exhaustivo excede del ámbito posible en este artículo.

4.1. NUEVOS CONCEPTOS PARA UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO NOVEDOSO TRAS LA STC 142/2024

El primer aspecto a abordar en materia medioambiental versa sobre la posición jurídica que damos al planeta y medio ambiente frente al ser humano. ¿Deben servir el planeta y los animales al ser humano? ¿Pueden estar en un plano similar de subjetividad y derechos?

Dar contestación a estas preguntas conlleva realizar un abordaje de los conceptos *antropocentrismo*, *biocentrismo*, *ecocentrismo*, *ecodependencia* y *la interdependencia*, que ya comienzan a verse como conceptos jurídicos o con repercusiones de tal naturaleza (Martínez García, 2024). Todo parte de la observancia de la existencia de una clara interdependencia entre el ejercicio de nuestros derechos individuales y la preservación de bienes que no nos pertenecen, porque son demaniales o de toda la humanidad —sin compartimentos de titu-

laridades y soberanías nacionales o autonómicas—, básicos para nuestra subsistencia como seres humanos en este planeta. Pensemos en el clima, ecosistemas, el aire que respiramos... llevan a exigirnos una transición energética, unas políticas que aporten sostenibilidad a nuestros derechos. Por eso cualquier estudio exige posicionarse entre las teorías antropocentristas, biocentristas y ecocentristas. Sin poder profundizar en estas líneas sobre este amplio debate, nuestra opinión, siguiendo la STC 142/2024 es ecocentrista, apuesta en favor de que los ecosistemas puedan ser dotados de subjetividad, de personalidad jurídica y de derechos, tal y como acontece con el Mar Menor (Martínez García, 2023). Consideramos que, en el delicado equilibrio interdependiente en que vivimos con la naturaleza, dotar de derechos a esta es la mejor defensa que puede regular para ella, dado que su tratamiento como mero interés ya se ha ido dando desde hace tiempo y el avance es pobre en materia de tutela. Así lo considera el Tribunal Constitucional, según señalo a continuación.

STC 142/2024 (FJ3) “Para ello se acude a la herramienta técnica de la atribución de personalidad jurídica al humedal, encontrándonos ante una norma ambiental de protección de carácter transversal. Transversalidad que es nuclear en la definición del concepto de medio ambiente hecha por este tribunal y así, hemos reseñado el «carácter complejo y polifacético que presentan las cuestiones relativas al medio ambiente» (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 3). Por tanto, la Ley 19/2022 es una norma singular que crea un nuevo tipo de persona jurídica, una realidad natural, buscando atribuirle una serie de potestades en defensa de su propia existencia y recuperación. A pesar de tratarse de una técnica ignota hasta ahora en nuestro derecho ambiental, ya se ha expuesto que no se trata de una técnica desconocida en derecho comparado, y que se inscribe en un movimiento internacional en auge en la última década, que promueve el desarrollo de mecanismos de garantía innovadores y basados en un paradigma ecocéntrico que convive con el paradigma antropocéntrico tradicional, que se identifica en otros mecanismos y herramientas jurídicas de protección del medio ambiente. En este juego de equilibrios, el ecocentrismo no obsta la intervención humana sobre el medio en garantía, no solo de la protección de la naturaleza, sino de todos los intereses y bienes constitucionales, porque la garantía de la sostenibilidad pasa por asegurar la ponderación entre los requerimientos medioambientales, sociales y económicos”.

FJ 5 “Es cierto, como cita el escrito de demanda, que nuestra doctrina había venido reconociendo el medio ambiente como «un concepto esencialmente antropocéntrico» (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 4), ahora se modera dicha concepción para abrirla a una visión más ecocéntrica, que asume la conexión innegable entre la calidad de la vida de los ecosistemas y la calidad de la vida humana, presupuesto lógico del disfrute de los derechos y la exigencia de obligaciones constitucionalmente previstas. Pero dicho cambio de paradigma interpretativo en nada afecta a las consideraciones de nuestra jurisprudencia previa, que asumía que, a la hora de analizar cómo tiene que plasmarse el principio rector del art. 45 CE, «es el legislador quien ha de determinar las técnicas apropiadas para llevar a cabo la plasmación de ese principio rector en el que la protección del medio ambiente consiste (STC 84/2013, de 11 de abril, FJ 6, y las allí citadas)» [STC 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 2 c)]. Hemos insistido en que, desde una concepción ecocéntrica, el art. 45 CE también ofrece un amplio margen al legislador que, sin embargo, ha de tener presente las finalidades tuitivas del precepto no solo sobre el medio natural, sino también sobre las generaciones futuras”.

Con estas líneas el Tribunal Constitucional se adentra en el significado del principio de solidaridad. Efectivamente, todos los derechos humanos y derechos fundamentales conllevan obligaciones positivas y negativas para el Estado que los reconoce (Weiss, 1999). Ello,

aplicado al interés digno de tutela de las generaciones venideras nos exige preguntarnos qué papel tiene la solidaridad (intrageneracional e intergeneracional) con las obligaciones del Estado, propias de la defensa de los derechos humanos¹⁵. El profesor De Lucas expresa con claridad el fin de la “regla áurea a seguir el derecho de propiedad: ya no deben ser entendidos como bienes que no son propiedad de nadie (*res nullius*), porque no hay un titular reconocido de su propiedad, sino como bienes comunes, imprescindibles, condiciones de la vida, (...) bienes comunes de toda la humanidad. En definitiva, se trata de la necesaria recuperación de lo común como redefinición de lo público —que no hay que confundir con lo estatal, por más que al Estado le compete un especial deber de tutela y promoción en este ámbito—. A este respecto, entiendo que la prioridad debería ser el logro de un acuerdo sobre reconocimiento y protección —incluyendo la justiciabilidad efectiva— de aquellos bienes o necesidades que son imprescindibles para la vida y que hoy están seriamente amenazados. Pues bien, me parece muy difícil de discutir la relevancia de la argumentación de Ferrajoli sobre la prioridad del reconocimiento y garantía de los bienes que el autor define como bienes fundamentales, comenzando por los vitales (naturales y sociales) (...) sustraídos al mercado bajo formas robustas de garantía que recuperen su carácter extra *patrimonium* y extra *comercium*” (De Lucas, 2024: 96).

Con estas palabras De Lucas acierta plenamente en el papel que deben cumplir los Estados democráticos: extraer de la *Lex Mercatoria* todos los bienes vitales para nuestra subsistencia en dignidad¹⁶. Es más, si queremos cumplir con los postulados de Rawls, debemos tomar decisiones coherentes hoy para el mañana¹⁷. Durante los fenómenos catastróficos y distópicos, tales como la COVID o Dana, pudimos ver que el ejercicio de mi libertad individual deambulatoria pasaba por la salud colectiva pública o el ejercicio de mi propiedad reside en la existencia de un medio ambiente digno para todos, a escala global. Somos ecodpendientes e interdependientes. Así lo reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias *Kilmaseniorinnen vs. Suiza* o *Paulov vs. Rusia*¹⁸. Sin poder entrar en ellas, la pregunta que surge inmediatamente de su lectura es la relativa a reflexionar sobre el papel del Estado en la regulación, prevención, protección y reparación de estas situaciones de riesgo y daños evidentes. En conclusión, ¿cuánta intervención del Estado —cambios sistémicos— hace falta para prevenir, mitigar y responder al cambio climático y sobrevivir en un mundo en el que somos ecodpendientes, en el que el ejercicio de nuestros derechos depende del respeto por esos bienes demaniales?

4.2. SOBRE LAS FICCIONES JURÍDICAS: ¿UNA SUERTE DE FIDEICOMISO PLANETARIO?

En el derecho existen las ficciones jurídicas. Algo tan habitual como la responsabilidad jurídica de la empresa o la dotación de personalidad jurídica al Mar Menor son ejemplo claro de ello. Otra ficción es dar legitimación procesal a personas que no existen y no están concebidas, a saber, debemos articular jurídicamente el interés de las futuras generaciones. La razón de pedir es que ocupamos este planeta (incluido el espacio) durante un tiempo breve, de modo que las decisiones políticas y jurídicas que adoptemos ahora, serán deter-

minantes para las generaciones venideras, con la peculiaridad de que ellos (los hijos de nuestros hijos) no *nos podrán pedir responsabilidades* por lo que hicimos, dado que ya no estaremos presentes para alegar, probar y convencer sobre la oportunidad y/o responsabilidad de lo que hicimos.

Ello lleva a la idea de que las generaciones futuras pueden ser titulares de derechos (en un sentido amplio tal y como nos ha mostrado el derecho administrativo) (Cruz Parceró, 2021), así como a la obligación correlativa de la generación presente con las primeras, porque es ahora cuando generamos los riesgos que traerán perjuicios, algo constatable ya por la ciencia. Al tiempo, es esta misma generación presente la que tiene la obligación y el derecho a garantizar la proteccionabilidad de los bienes demaniales necesarios para que en un futuro las personas tengan derechos individuales, en el sentido hoy reconocido a las personas, a todas las personas. En esta idea radica el concepto de “interés” de las futuras generaciones. La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley que dota de personalidad jurídica al Mar Menor hilvana muy bien estos conceptos.

STC 142/2024, 20 de noviembre FJ 3 afirma que “Esa conexión del cuidado del medio natural con la garantía de la calidad de vida es un elemento esencial de toda valoración constitucional sucesiva, que viene además condicionada por el mandato interpretativo contenido en el art. 10.2 CE. Que el bienestar de las personas depende del *bienestar de los ecosistemas* que sostienen la vida se deriva inequívocamente de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando se conecta el incumplimiento de las *obligaciones positivas* de los Estados firmantes del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), en materia de protección del medio ambiente, con la eventual lesión de los arts. 2 y 8 CEDH (STEDH de 9 de abril de 2024, asunto Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otras c Suiza). Pero, además, el constitucionalismo medioambiental contemporáneo, cuya expresión paradigmática es el art. 21 de la Ley Fundamental de Bonn, *vincula la protección del medio ambiente o del medio natural a la preservación del mismo para disfrute y garantía de la calidad de vida de las generaciones futuras* (en este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Federal Alemán en auto adoptado por la Sala Primera el 24 de marzo de 2021 —1 BvR 2656/18—, Rn. 1-270). De forma parecida, en Italia, la tutela del ambiente y la biodiversidad de los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras, se convirtió en principio fundamental con la reforma de su Constitución en 2022.

En suma, el art. 45 CE ofrece un marco constitucional de referencia lo suficientemente abierto como para que el legislador desarrolle las previsiones de protección del medio ambiente desde perspectivas y enfoques muy diversos que deben, en cualquier caso, tener presente y respetar: *la estrecha conexión existente entre la protección de los ecosistemas, el medio natural, la vida no humana y la vida humana y el pleno desarrollo de esta última; la obligación de los poderes públicos de desarrollar mecanismos de protección y defensa del medio ambiente, pero también de mejora, restauración y recuperación de los espacios o la biodiversidad deteriorada o perdida; y la exigencia de entender la solidaridad colectiva referida en el art. 45.2 CE, no como una mera adhesión al interés común de preservar el statu quo de preservación medioambiental, sino como una obligación de solidaridad intergeneracional llamada a conservar y mejorar el entorno natural de cara a que las futuras generaciones tengan la oportunidad de disfrutar de su propio derecho a la vida, la integridad física y moral y el*

desarrollo de sus proyectos vitales en condiciones equivalentes a aquellas de las que disponemos en la actualidad”.

¿Y cuál puede ser el anclaje jurídico en el que apoyarnos? La figura jurídica del fideicomiso (art. 781 y ss. del Código Civil) podría resultar aplicable por analogía en la construcción que ahora debe hacerse sobre los derechos de las futuras generaciones y el medio ambiente (Weiss, 1999) porque a las personas poseedoras actuales del bien heredado, se les impone condiciones en su uso y disfrute, con el fin de garantizar el principio de conservación de opciones, principio de conservación de la calidad del planeta, principio de conservación del acceso a derechos, principio de precaución del derecho internacional. Conseguir esto exige la intervención del Estado de forma clara.

- a) Unas veces realizando las obligaciones negativas propias de la protección de los derechos humanos y fundamentales, consistentes en una abstención de adoptar decisiones que dañen o puedan dañar (a juicio de la ciencia) los intereses de las generaciones ya nacidas y las que están por nacer.
- b) Pero también le es exigible al Estado la garantía de acciones positivas, destinadas a regular, proteger y reparar en los riesgos que puedan sufrir las mismas.

Este concreto tema excede de este ámbito de estudio en estas líneas, pero sí debemos abordar la cuestión determinante para fijar la legitimación en este incipiente marco legal en construcción, debemos preguntarnos a quién corresponde la defensa de la naturaleza (y generaciones futuras). Si construimos una subjetividad ecocéntrica de derechos para la naturaleza —tal y como acontece con el Mar Menor— será la Ley que lo regule quien determinará cómo darle voz propia. Si, por el contrario, defendemos una posición antropocéntrica o biocéntrica, serán las personas individual o colectivamente quienes defenderán tales derechos de las futuras generaciones. Esta idea la ha tenido clara el Tribunal Constitucional en su apuesta por el significado del ecocentrismo moderado para proteger a las futuras generaciones en sus derechos y relaciones con el planeta que heredarán.

STC 142/2024, 20 de noviembre FJ 3 “En este marco, y dentro de la diversidad de técnicas introducidas en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo para la protección de los ecosistemas y para mitigar los efectos nocivos del cambio climático, y dejando de lado la demanialización de los recursos naturales, que es una herramienta más clásica y generalmente aceptada de protección de los bienes de la naturaleza, es posible identificar dos grandes lógicas en los sistemas de garantía. Así, mientras que algunos ordenamientos jurídicos atribuyen derechos a la naturaleza, definiendo a esta como titular de los mismos [art. 71 de la Constitución de Ecuador de 2008; Ley núm. 71, de 21 de diciembre de 2010 y Ley núm. 300, de 19 de octubre de 2012 de Bolivia; leyes orgánicas 1/2017, 3/2018 y 47/2019 de las municipalidades de Bonito, Paudalho y Florianópolis, en Brasil, y la Ordinance of the City Council of the City of Santa Monica Establishing Sustainability Rights (2013), en los Estados Unidos de Norteamérica], otros reconocen personalidad jurídica a ecosistemas particulares [resolución 25-21 de la Municipalité Régionale de Compté de Minganie, en Canadá; Te Urewera Act de 2014 y Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act de 2017, en Nueva Zelanda y Yarra River Protection Act de 2017, en Australia]. Y junto a las previsiones normativas, la jurisprudencia comparada también va aceptando, de manera paulatina y constante, la necesaria intervención judicial a la hora de dar cumplimiento al mandato de protección del medio ambiente, siendo ejemplos paradigmáticos de tal posición la decisión ya citada de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de marzo de 2021 y la

sentencia de 20 de diciembre de 2019 de la Corte de Casación Holandesa en Stichting Urgenda vs. State of the Netherlands (ECLI:NL:HR:2019:2007).

En este contexto, la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca es la primera norma euromediterránea que se inscribe dentro del modelo que atribuye personalidad jurídica a los entes naturales, asumiendo el legislador, al tramitar y aprobar finalmente la iniciativa legislativa popular que está en el origen de esta disposición normativa, un traslado de paradigma de protección desde el *antropocentrismo* más tradicional, a un *ecocentrismo moderado*. Y es que, a pesar de la existencia de una serie de obligaciones internacionales de protección de la laguna, ni la catalogación como humedal de protección preferencial, ni las obligaciones de preservación del medio marino derivadas de la Convención de Montego Bay, conocida como «Constitución del Mar», han impedido que durante cuarenta años este ecosistema se haya visto progresivamente deteriorado por la intervención humana. La ley se dicta, precisamente, según su preámbulo, por dos motivos: «[p]or un lado, la grave crisis que en materia socio-ambiental, ecológica y humanitaria viven el Mar Menor y los habitantes de sus municipios ribereños; por otro lado, la insuficiencia del actual sistema jurídico de protección, a pesar de las importantes figuras e instrumentos de carácter regulador que se han ido sucediendo a lo largo de los últimos veinticinco años».

Para ello se acude a la herramienta técnica de la atribución de personalidad jurídica al humedal, encontrándonos ante una norma ambiental de protección de carácter transversal. Transversalidad que es nuclear en la definición del concepto de medio ambiente hecha por este tribunal y así, hemos reseñado el «carácter complejo y polifacético que presentan las cuestiones relativas al medio ambiente» (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 3). Por tanto, la Ley 19/2022 es una norma singular que crea un nuevo tipo de persona jurídica, una realidad natural, buscando atribuirle una serie de potestades en defensa de su propia existencia y recuperación. A pesar de tratarse de una técnica ignota hasta ahora en nuestro derecho ambiental, ya se ha expuesto que no se trata de una técnica desconocida en derecho comparado, y que se inscribe en un movimiento internacional en auge en la última década, que promueve el desarrollo de mecanismos de garantía innovadores y basados en un paradigma ecocéntrico que convive con el paradigma antropocéntrico tradicional, que se identifica en otros mecanismos y herramientas jurídicas de protección del medio ambiente. En este juego de equilibrios, el ecocentrismo no obsta la intervención humana sobre el medio en garantía, no solo de la protección de la naturaleza, sino de todos los intereses y bienes constitucionales, porque la garantía de la sostenibilidad pasa por asegurar la ponderación entre los requerimientos medioambientales, sociales y económicos”.

Por último, en este marco jurídico en construcción tan novedoso, vinculado al medioambiente¹⁹, no podemos olvidar la responsabilidad individual que tenemos las personas. Dicen que lo personal es político y es cierto. Estamos moralmente obligados a corresponsabilizarnos de este cambio exigiendo una suerte de autolimitación (especialmente en materia de consumo), corresponsable con esta idea que venimos expresando. A mayor regulación estatal, menor margen para decidir lo que es moralmente exigible. Estos diferentes niveles de compromiso y responsabilidad, vienen explicados en el actual *Proyecto de*

*Declaración de Naciones Unidas sobre las futuras generaciones*²⁰ o la *Resolución de la asamblea general de naciones unidas de 22 de septiembre de 2024* por la que se aprueba el *Pacto para el Futuro*, donde se reconoce expresamente este derecho e interés y también desarrolla obligaciones para los Estados en el Anexo II que deberán ser respetadas por la Declaración de la ONU de las generaciones futuras²¹. Muy interesante resulta la Observación General num. 26 (2023) relativa a los derechos del niño y el medio ambiente, con particular atención al cambio climático (22 agosto 2023), donde establece un anclaje jurídico claro entre los derechos de las futuras generaciones y el cambio climático, lo que les convierte en menores vulnerables, porque sus derechos serán más pobres que los que disfrutamos en la actualidad²². Como vemos, es una tutela y un interés en construcción, aunque no faltan ya anclajes jurídicos incluso en nuestro derecho nacional, tal y como se deduce de la Ley de las Islas Baleares y se verá a continuación.

4.3. DEFINICIÓN DE INTERÉS DE LAS FUTURAS GENERACIONES

Nos encontramos, pues, en el plano de la protección de *intereses difusos*, es decir, cuando hablamos de futuras generaciones, verdaderamente, no existen titulares de derechos individualizables, por la razón de que no existen todavía esas personas. Sin embargo, sí existe un interés —que aúna a personas indeterminables— a que dispongan de un medio ambiente sano que les permita la vida en el planeta en condiciones similares a las presentes y, por tanto, a tener derechos individuales y colectivos que ahora disfrutamos, como mínimo. Es un interés supraindividual que se ejercita frente a los poderes públicos, que son los responsables de asegurar estos bienes demaniales que no nos pertenecen. En su correlativo, encontramos que existen *daños en evolución* o, mejor dicho, serían *riesgos*, que siempre tienen una naturaleza transnacional y compartida en este tipo de casos; nada impide hacer responder a cada Estado y/o empresas radicadas en estos, pues todos ellos pueden contribuir a crear dichos riesgos y daños y, por tanto, pueden ser responsables; además, hay daños y responsabilidades intrageneracionales (relativos a la generación ya nacida) e intergeneracionales (relativos a la generación que está por nacer).

El interés de las futuras generaciones es un interés frente a las Administraciones públicas, cuando estas no se abstienen o no hacen alguna de las obligaciones positivas derivadas del derecho humano en cuestión que se pretende proteger y que garantiza su ejercicio en las mismas o similares condiciones en el futuro (RAWLS). Las vinculaciones con el Estado de bienestar son evidentes²³: el bienestar del ser humano está en el centro de cualquier decisión; sin embargo, vistos los pronunciamientos jurisprudenciales señalados, podemos afirmar que esto también está cambiando fruto de esa ecoddependencia e interdependencia, pasando de una visión antropocéntrica a otra ecocéntrica, como afirma nuestro Tribunal Constitucional²⁴.

En esta ocasión, nos encontramos ante un interés cuya titularidad pertenece a personas no nacidas. Este interés es doble.

- a) Por un lado, la característica de ser *bienes demaniales* —que pertenecen a toda la humanidad y que deben protegerse ahora—, lo que dota a este *interés de una vertiente supraindividual y colectiva*;
- b) por otra, la idea relativa a proteger los *derechos individuales* de esas generaciones futuras, también constituye otro *leit motiv* de dicha protección.

En resumen, se trata de garantizar en el presente los derechos individuales de las personas futuras, cuyo ejercicio dependerá de la propia existencia de los bienes demaniales que hoy usamos. No es un mero interés del Estado, no es un valor construido, es un *bien base para la supervivencia del individuo y de sus derechos individuales, es supra estatal, es intangible, es difuso*. Por eso su encaje jurídico se asienta en la *solidaridad*, no como concepto moral, sino jurídico²⁵: Al ser un bien escaso para nuestra supervivencia y que no pertenece a nadie, ni a los Estados, estos deben gestionarlo en su uso, limitar sus abusos y responder por ellos. Se trata de un refuerzo en favor de la dignidad humana, según afirma el Tribunal Constitucional.

STC 142/2024 (FJ 5) “Desde la aproximación ecocéntrica, que entendemos más idónea en este caso, debe igualmente descartarse la vulneración del art. 10.1 CE porque lo que la ley hace es atribuir al Mar Menor y su cuenca lo único que le es dado atribuir a las normas: una personalidad jurídica que, por naturaleza, es diferente de la personalidad humana, incluso aunque asumamos la estrecha vinculación entre la vida humana y la vida de los ecosistemas o de los entornos naturales que el art. 45 CE está llamado a preservar. Frente a lo argumentando por los recurrentes, no puede verse en la opción legislativa una preterición de la dignidad humana ni de los derechos inviolables que le son inherentes, sino un refuerzo de esa dignidad asociado al reconocimiento de que la vida digna solo es posible en entornos naturales idóneos, y ello desde la consideración de la vida de las generaciones actuales y de la vida de las generaciones futuras. La idea de dignidad humana aquí presente sitúa a la persona humana en simbiosis con un entorno que puede transformar, pero que no debe destruir si desea conservar esa misma dignidad.

Con el reconocimiento de la personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca no cabe ver un propósito de relativizar la dignidad de la persona, valor jurídico fundamental, sino de reforzarla, al conectar el art. 10 con el art. 15 y el art. 45 CE, siguiendo el sistema argumental propio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al que ya nos hemos referido”.

La noción clásica de derecho subjetivo no da cabida a este concepto tan novedoso, como demuestra Parcero (2021)²⁶. Nos encontramos ante un interés difuso que enlaza la relación entre el derecho sustantivo que se alega (vida, salud, etc) y la posición que tienen los sujetos frente a la Administración pública que se demanda (las personas presentes y las no nacidas que reivindican estos derechos); pero, además, en este concepto tenemos que erradicar la idea de “perjuicio”, porque no es constatable ni medible en el sentido clásico de la teoría de daños. No estamos, por tanto, ante los derechos de reparación, sino que nos adelantamos a la prevención y la evitación de “riesgos”. Por tanto, no estamos ante pretensiones de condena a una indemnización, aunque no es algo que haya que descartar (existencia de un fondo de reparación accesible para las futuras generaciones).

Siendo esto como decimos, la duda que resta plantearse es por qué el legislador opta por regular como derecho de la propia naturaleza, como acontece en la dotación de personalidad jurídica del Mar Menor. En mi opinión, dar voz a esas futuras generaciones a través de la dotación de subjetividad al planeta es positivo. Como argumenté, la protección del planeta como mero interés ha fallado, tal y como nos evidencia el momento actual, porque se evidencia la crisis o emergencia climática, según Naciones Unidas. Esto que decimos, se ha visto en numerosa experiencia y jurisprudencia en materia del derecho humano al agua. La disyuntiva es diseñar este derecho como un derecho civil, en la línea establecida por el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, con una base madura y confiable de protección, versus entenderlo como un simple interés digno de protección. Esta última posibilidad le convierte en instrumento débil de protección, más como una garantía frente al Estado y protegida en el marco del Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos sociales todavía siguen en pugna por lograr su valor real, como garantía de los derechos civiles (Rhett Larson, 2021). Tal vez sea esta la disyuntiva que tiene el legislador en la cabeza y por la que parece que se está decantando por una visión ecocéntrica y de reconocimiento de subjetividad al planeta y los ecosistemas que lo integran.

5. PROBLEMAS PROCESALES ABORDADOS POR LA JUDICATURA EN LA SENTENCIA KLIMASENIORINNEN

Ya hemos visto que son varios los factores necesarios para avanzar en la construcción de estos intereses dignos de protección. Principalmente, el hecho de tratarse de un bien demanial es el origen de un desfase de los parámetros nacionales sobre los que se construye el derecho procesal, que incluso desborda la cooperación judicial entre países a través del reconocimiento mutuo de dichas decisiones. Ello trae como consecuencia problemas de jurisdicción y competencia, de legitimación, tipo de pretensiones, de condena; pero también, problemas de prueba, que dan valor a la ciencia y llegan a invertir la carga de la prueba. La anomia como telón de fondo es un óbice claro a la hora de avanzar, donde la creación judicial del derecho va a ser obvia, y donde corresponde al Poder Judicial indicar al Poder Legislativo y Ejecutivo sus obligaciones positivas y negativas integrantes —en calidad de Estado— de los derechos humanos en cuestión. Un gran reto en el siglo XXI, que probablemente reconfigurará el panorama actual de los derechos, de las obligaciones del Estado y del contrato social tal y como hoy lo conocemos.

Muchas de estas cuestiones están abordadas y resueltas en el Convenio de Aarhus²⁷. Sin embargo, ese no se aplica al Convenio; bastaría un protocolo adicional al CEDH para clarificar el anclaje jurídico de estos temas procesales tan importantes que constituyen garantías primarias positivas y negativas del derecho humano al medio ambiente sano (Nieto Sanz y Ruiz Guijosa, 2025:18).

5.1. LA INEXISTENCIA DE UN TRIBUNAL CON JURISDICCIÓN, LA ANOMIA Y LA PROHIBICIÓN *NON LIQUET* ANTE DERECHOS HUMANOS EN CONSTRUCCIÓN

La presente sentencia *Klimaseniorinnen* versus Suiza vio con claridad el problema ante el que nos encontramos, a saber, al no haber un tribunal supranacional y, por tanto, una suerte de anomia que pueda resolver esta cuestión en materia medioambiental, que regule también aspectos de legitimación para litigar en su favor, de riesgos y reglas de ejecución y, en general, numerosos aspectos necesarios para su tutela *efectiva*.

Por esta razón —y sobre la base del art. 8 CEDH— el alto Tribunal europeo buscó como anclaje jurídico una argumentación compatible con la tutela actual y futura de los derechos humanos. Igualmente, afirmó que mientras no se acabe de construir este derecho de naturaleza autónoma, como realmente se encuentran afectados los derechos individuales de las personas en caso de que no exista un medio ambiente sano, tomó el derecho a la vida privada y familiar, protegidos por el CEDH, como objeto de tutela, derechos solo ejercitables si preexiste un medio ambiente sano. Concluyó que hay una suerte de interdependencia entre derechos, aunque uno de ellos se encuentre en construcción, es —como afirma el tribunal— una cuestión de tiempo tener regulado el régimen jurídico de este derecho humano, ya reconocido por Naciones Unidas. Por su lado, el Tratado de Roma por el que se constituye la Corte Penal Internacional no reguló finalmente el ecocidio, algo sobre cuya necesidad se ha tomado conciencia ahora (Preciado Badal, 2022)²⁸. Entre tanto, afirma el alto Tribunal, ante el consenso internacional existente sobre la situación actual y el controvertido futuro del planeta para que lo reciban en condiciones de equidad las generaciones venideras, la estrategia que propone es doble, otorgando el reconocimiento de dos intereses y dos tipos de legitimaciones.

En conclusión, en la STEDH no se pone en tela de juicio el fondo del asunto, sino el anclaje jurídico que otorga un ámbito competencial u otro, el voto particular sólo critica el hecho de que se está abordando una anomia cuya integración no les corresponde a esos jueces, dado que el CEDH no regula expresamente el derecho humano al medio ambiente sano ni recoge demandas de intereses difusos. En conclusión, surge la pregunta ¿se ha rellenado una anomia con esta interpretación? ¿se ha completado la existencia del derecho humano al medio ambiente como derecho individual?

5.2. LA LEGITIMACIÓN PARA DEFENDER ESTOS INTERESES

La estrategia establecida por las partes demandantes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante esta especial situación de cierta anomia y falta de jurisdicción y legitimación claras, se puede resumir del siguiente modo:

Estrategia 1: Legitimación ordinaria “Asociación Klimaseniorinnen”

Con el fin de que prosperara la demanda ante el Tribunal, sobre la base de la defensa de los intereses individuales sumados por un conjunto de unas mil mujeres mayores, reunidas para defender el derecho a una vida privada digna (art. 8 CEDH), se asocia-

ron a través de la “Asociación Klimaseniorinnen”. Con ello se acudía al fenómeno de representación por una asociación que defiende en nombre de las personas asociadas sus intereses individualizables y los daños posibles anudados.

Estrategia 2: Legitimación Extraordinaria “Greenpeace”

Paralelamente, sobre la base de la defensa de los intereses difusos de las futuras generaciones, algo anudado al medioambiente y no recogido de forma expresa y clara por el CEDH, se personó con legitimación extraordinaria Greenpeace, afirmando en nombre propio la defensa de un interés ajeno y sobre la base de daños no individualizables, antes bien, riesgos posibles y no divisibles o concretables.

5.3. TIPOS DE VÍCTIMAS E INTERESES DIGNOS DE PROTECCIÓN

El CEDH no regula la legitimación por interés general como sí hace el Convenio de Aarhus cuando introduce la acción popular. No existen regulados como tales los intereses difusos en el CEDH. Ello lleva al TEDH a analizar el concepto de quién es víctima en este caso concreto, diferenciando entre víctimas directamente afectadas (presentes), indirectamente afectadas (no suizas) y potencialmente afectadas (futuro). Sobre este concepto construye la legitimación para que Greenpeace participe en defensa de esas personas potencialmente afectadas²⁹.

El término víctima debe interpretarse de manera evolutiva en la sociedad contemporánea, afirma el Tribunal (§ 461). Junto a las víctimas dañadas individualmente, que son parte de la generación presente —que se unen en un fenómeno de representación y, por tanto, de legitimación ordinaria—, existen intereses que desbordan el concepto de víctima clásico, porque incluso van más allá de lo que viene siendo el interés general de un Estado (riesgo o daño general por las políticas públicas medioambientales) y nos ubica más bien ante un interés difuso (que es concretable en riesgos o daños presentes, en evolución y futuros, todos ellos debidos a un objetivable cambio climático, que permite ya medir la mortalidad vinculada al calor y pobreza energética, con claro consenso científico internacional, porque ofrece una íntima relación entre riesgos y daños). La existencia de una *actio popularis* similar a la que existe en Aarhus sería una solución, pero no existe en el convenio, porque todo se basa en acciones individuales³⁰.

En este sentido, la importancia de las ONGDS en el reparto intergeneracional es evidente y, por tanto, en materia de legitimación debe permitírseles entrar en el proceso a litigar por derechos individuales de las personas todavía no presentes, algo que genera muchísimas preguntas tal y como se planeta el propio Tribunal, como por ejemplo, el concepto de daño y la necesidad de aplicar el Convenio de Aarhus en materia de legitimación colectiva o por interés difuso a las ONGDs³¹.

5.4. LAS PRETENSIONES Y RIESGO O DAÑO COMPARTIBLE

Uno de los temas complejos abordados por esta sentencia, es el relativo a los daños. Se relacionan íntimamente con conceptos de interdependencia y ecodpendencia y bienes demaniales y se pregunta el tribunal ¿es posible repartir daños ante esta interdependencia? A este respecto, el Tribunal señala que, si bien el cambio climático es indudablemente un fenómeno mundial que debe ser abordado a nivel mundial por la comunidad de Estados, el régimen climático mundial establecido en virtud de la CMNUCC se basa en el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y de las capacidades respectivas de los Estados (FJ 442)³². Nos encontramos ante un fenómeno mundial que exige soluciones mundiales, pero sin una jurisdicción mundial que se pueda pronunciar y juzgar al respecto, por eso Ferrajoli inicia ese movimiento. En este momento contamos con el Principio de responsabilidad común pero diferenciada: Convenio de París (2015) y Declaración Glasgow Shar el Sheikh (2022) señalan que se trata de una responsabilidad concurrente, que se puede enjuiciar dentro de una jurisdicción territorial, o simultáneamente en varias. De ahí la importancia de las ONGDs que litigan en todos los países. Si los Estados pueden controlar las causas que afectan al cambio climático, deben aportar la solución, de forma individual y compartida³³.

En conclusión, la solidaridad aquí también manifiesta su sentido: hay causas compartidas y concurrentes y debe haber responsabilidades compartidas y concurrentes, con legitimaciones individuales, compartidas y concurrentes y jurisdicciones parciales, con países desarrollados o en vías de desarrollo. En este sentido se pronuncia la Sentencia objeto de estudio, aludiendo al Informe presentado por el Consejo de Derechos Humanos³⁴.

Por esta razón, acertadamente, comienzan a aparecer pronunciamientos doctrinales sobre la libertad entendida como cooperación social: una libertad compartida para el siglo XXI (Spector, 2024).

5.5. LA PRUEBA

Otro de los elementos problemáticos en la materia es el relativo a la prueba. La progresión del daño y los medios dispuesto por las administraciones públicas para mitigarlos exige muy a menudo la necesaria inversión de la carga de la prueba, con el fin de que sean los poderes públicos quienes prueben con la información y fuentes de prueba a la que tienen mayor disponibilidad. Tiene sentido en esta batalla entre *David y Goliat* que sea el Estado quien facilite las pruebas que están a su alcance.

El umbral del riesgo para el daño al medio ambiente, a la vida, bienestar y salud, debe probarse, es decir, el Estado debe probar que ha actuado cumpliendo las obligaciones sistémicas de forma tan exigente que era imposible exigirle mayor mitigación o precaución en la evitación de este daño.

STEDH (FJ 444) Por último, en lo que respecta al argumento de la «gota de agua en el océano» implícito en las alegaciones del Gobierno —a saber, la capacidad de los Estados individuales para influir en el cambio climático mundial— cabe señalar que en el contexto de las obligaciones po-

sitivas de un Estado en virtud del Convenio, el Tribunal ha sostenido sistemáticamente que no es necesario determinar con certeza que las cosas habrían resultado diferentes si las autoridades hubieran actuado de otro modo. La prueba pertinente no exige que se demuestre que «de no haber sido por» el fallo u omisión de las autoridades, el daño no se habría producido. Más bien, lo que es importante, y suficiente para comprometer la responsabilidad del Estado, es que las medidas razonables que las autoridades nacionales no adoptaron podrían haber tenido una perspectiva real de alterar el resultado o mitigar el daño (véase, entre muchas otras autoridades, O’Keeffe v. Ireland [GC], no. 35810/09, § 149, TEDH 2014 (extractos), y Bljakaj y otros *vs.* Croacia, nº 74448/12, § 124, 18 de septiembre de 2014, con más referencias). En el contexto del cambio climático, este principio también debe entenderse a la luz del artículo 3 § 3 de la CMNUCC, según el cual los Estados deben adoptar medidas para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos.

Ello nos permitirá saber en qué punto la inacción del Estado comenzó a deteriorar la calidad de los derechos en cuestión. En este aspecto, las investigaciones científicas como método de evidencia de riesgo van a ser imprescindibles. La ciencia adopta un papel protagonista, para determinar culpas compartidas entre Estados y/o Estado y empresa, porque será objeto de prueba a quién le es imputable la falta de diligencia y a partir de qué momento³⁵. Los estados controlan las causas del cambio climático antropogénico (prevención, mitigación y protección): les corresponde a ellos realizar los cambios sistémicos necesario para restaurar a víctimas y mitigar de cara al futuro³⁶. En este complejo entramado, actuar exige contemplar que existen dos tramos temporales (hoy y futuro), dos ámbitos subjetivos (intrageneracional e intergeneracional) y dos planos de acción, a saber, la prevención (ex ante) y mitigación (ex post)³⁷.

Por último, confirma la sentencia que, en este nuevo contexto, el conocimiento judicial tendrá que apoyarse en la ciencia y en el contexto político que hoy vivimos. Y para ello la prueba científica tendrá un importantísimo valor³⁸.

5.6. DILIGENCIA DEBIDA Y LOS LÍMITES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Uno de los temas más delicados abordados por la sentencia, es el relativo a los límites de la función jurisdiccional. Es importante dejar claro que no nos encontramos ante un proceso jurisdiccional en contra de las políticas de la Administración sino, por el contrario, el objeto del proceso es supervisar el *incumplimiento de obligaciones positivas* que sí integran o se derivan del CEDH, cuya ausencia afecta a las personas individuales que son víctimas directas, indirectas y potenciales. El incumplimiento de esta diligencia debida afecta al reparto de cargas y produce riesgos intrageneracionales e intergeneracionales, siendo competencia de los tribunales la determinación *de si las medidas se adoptaron con la debida diligencia en un caso concreto, es decir, si fueron razonables y adecuadas para prevenir el riesgo*³⁹. Es decir, el tribunal se interpela directamente sobre el margen de apreciación que tienen los Gobiernos de los Estados respecto de los objetivos a cumplir pactados en un convenio de los que se es parte, porque forma parte de sus obligaciones positivas como Estado.

Sobre el contenido de las obligaciones positivas de los Estados procedo a señalar los aspectos reseñados por el Alto Tribunal en relación a las obligaciones que deben de cumplir

los Estados parte del Convenio que, ante un incumplimiento por los mismos, corresponde al Poder Judicial recordárselo y velar por su cumplimiento⁴⁰. Igualmente, se recuerda el principio de subsidiariedad en la intervención de los tribunales, pero también su papel en el Estado de Derecho de supervisar a los otros poderes en caso de no cumplir con su función garante de los derechos. En conclusión, parecer recordarnos que no solo es posible, sino *obligatorio*, cierto margen de apreciación sobre política del Estado sin pisar la potestad discrecional de la administración. Les corresponde a las administraciones decir cómo conseguir esos objetivos, fines y plazos en la norma nacional y a los Tribunales supervisar su cumplimiento. Si a ello le añadimos que dichos compromisos climáticos no sólo atienden a las personas nacidas, sino a las futuras generaciones, la conclusión es que la protección de los intereses de estas es tutelable y revisable por la Jurisdicción.

En conclusión, nos recuerda Weiss, que las obligaciones planetarias derivan de los principios de equidad entre generaciones: conservar, acceder y dejar calidad en su uso. “Estas obligaciones pasan a ser exigibles en la medida que son especificadas o codificadas en acuerdos internacionales y leyes nacionales y locales, transformadas en derecho internacional consuetudinario o principio general de derecho” (Weiss, 1999: 77).

6. FUTURAS GENERACIONES Y LA DILIGENCIA DEBIDA EN EL CASO ESPAÑOL

Tenemos ejemplos en nuestro país relativos al abordaje que se ha realizado por el legislador sobre este deber de diligencia debida del Estado en su faceta reguladora. El primero es el relativo a la regulación de la laguna del Mar Menor; el segundo la Ley reguladora de la protección de los intereses de las futuras generaciones en las Islas Baleares. Por último, aunque no lo tenemos todavía en nuestro país, no tardará mucho en regularse la figura del Defensor de las Futuras Generaciones. Aunque sea de forma muy breve, quisiera citar y dedicar unas líneas a esta materia para poder apuntar que es una realidad de *hard law* en nuestro país la protección de los intereses de las futuras generaciones:

6.1. LA LEY 19/2022 DE RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL MAR MENOR Y SU CUENCA

La presente regulación, conseguida por iniciativa popular, logró la ficción jurídica de pasar de observar el Mar Menor como objeto a considerarlo un sujeto con personalidad jurídica y derechos. Todas las obligaciones conllevan derechos, pero no todos los derechos conllevan obligaciones. Recientemente el RD 90/2025, de 11 de febrero desarrolla el régimen de constitución, composición y funcionamiento de los órganos de representación y gobernanza de la laguna del Mar Menor y su cuenca (BOE 12 de febrero 2025).

Este Mar es titular, por tanto, de su derecho a existir y evolucionar naturalmente, a que se le proteja, se le conserve y se le restaure (art. 2) tanto a él, como a las personas que viven

en esa zona afectados por la degradación ecológica; son los derechos bioculturales (según reza la Ex.Mot.).

Llegados a este punto de reflexión, no se me ocurre imaginar una mayor garantía del Estado para proteger este legado que darle derechos y titularidades para defender en juicio sus propios intereses. En mi opinión se cumple un gran estándar de diligencia debida del Estado, que poco a poco irá tomando forma en la práctica⁴¹.

6.2. LA LEY 10/2023 DE BIENESTAR PARA FUTURAS GENERACIONES DE LAS ISLAS BALEARES

Esta Ley se construye sobre el reconocimiento del concepto de justicia intergeneracional frente a las Administraciones Públicas del Estado, así como de la existencia de un cambio climático que pone en riesgo la vida de las personas y su futuro en la isla. Los *objetivos a lograr son la prosperidad social colectiva; la resiliencia; la salud, la igualdad; la cohesión social; la cultura (propio patrimonio natural y cultural); la responsabilidad de las adminsitraciones públicas de les Illes Balears*.

Esta Ley diseña un sistema de protección de las futuras generaciones, reconociendo en la actualidad obligaciones positivas al gobierno y parlamento de las Islas Baleares, estableciendo, por tanto, una responsabilidad en caso de incumplimiento. Es el deber de diligencia debida al que nos venimos refiriendo.

Allí se establece la creación de una comisión de expertos que deberá pronunciarse sobre aquellas decisiones que puedan llegar a poner en riesgo la sostenibilidad de la isla. Así, se requerirá un informe de esta comisión para cualquier Ley que pueda afectar a las futuras generaciones, deberá emitir informe de la comisión a los planes de desarrollo de las políticas del gobierno, así como de los contratos de obras que asciendan a más de cinco millones de euros o las subvenciones en planes de cuantía superior a un millón de euros.

6.3. DEFENSORÍA DE LAS FUTURAS GENERACIONES

Someramente, a los efectos de este trabajo, quiero señalar la importancia creciente que está teniendo en el mundo la creación de la figura de la Defensoría de las futuras generaciones, siempre enfocado a la protección del medio ambiente (Castañón del Valle, 2024). Desafortunadamente, en España no la tenemos, pero falta poco tiempo para que se dé su creación. Bajo muy diferentes terminologías, pero siempre en materia medioambiental y de justicia equitativa e intergeneracional, encontramos las siguientes figuras con competencias diversas.

- Finlandia: Comisión del Futuro del Parlamento 1993.
- Hungría: Comisionado parlamentario para las generaciones futuras 2008.
- Bélgica: The Belgian Federal Council for Sustainable Development 1997.
- Escocia: Scotland's Future Forum 2005.

- Francia: Coinseil pour les droits de generatios futures 2003.
- Malta: The guardian of Future Genrations 2012.
- Gales: The future Generations Commisioner for Wales 2015.
- Suecia: The Commision on the Future 2015.
- Alemania: Consejo parlamentario sobre el desarrollo sostenible 2004.
- Israel: Comisión para las futuras generaciones 2006.
- Brasil: La Comissao Senado do Futuro 2013.
- Chile: Comisión de Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación.
- USA: The Congressional Clearinghouse on the future 1994.
- Canadá: The Commisiones of the Enviroment and Sustainable Development 1995.
- Nueva Zelanda: Parliametary Commmisioner for Enviroment 1986.

7. CONCLUSIONES: UN MUNDO JUSTO PARA LAS FUTURAS GENERACIONES

Parafraseando el trabajo de Edith Weiss, debemos reivindicar la tecnología y la inteligencia artificial para asegurar los derechos y la vida digna de las futuras generaciones. Cada vez habrá más tecnología para saber medir riesgos y evitar daños. La tecnología debe servir, pues, para dotar de mayor calidad de vida y de un futuro próspero a nuestro planeta y las personas que lo ocupan. Pero la tecnología no lo puede todo. Junto a ella, encontramos un elemento complejo que señala que existe un desajuste *entre locus territorial del poder* (mercado), *la autoridad del estado* (que afecta al Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y la escala global de seguridad internacional, estabilidad ecológica y sostenibilidad o prosperidad económica (que se predicán sobre los *bienes demaniales*). Y contamos en los Estados con la estructura de la democracia y la separación de poderes para dar resultado eficaz a estos problemas a gran magnitud. El derecho internacional —adolece de fragilidad (en el corto plazo) de la vida política internacional. Es un momento delicado, donde también debemos preguntarnos cuál es nuestro papel desde las Academia.

Esta protección de estos bienes de la humanidad conlleva obligaciones planetarias para los Estados, una colaboración multilateral, para preservar esos recursos naturales y culturales: Esto se corresponde con el concepto de equidad intrageneracional, con la solidaridad intergeneracional. Debe haber un equilibrio equitativo entre ambas generaciones, para ello hay obligaciones normativas —en primer lugar— para que la generación presente cuide el planeta para las generaciones futuras y un derecho a usarla en beneficio propio y actual, así las generaciones futuras tendrían un derecho normativizado que reclamar ¿a quién? Parece obvia la respuesta: a nadie. Por tanto, hay que poner más futuro en el presente, sólo

así podremos pensar en esas personas. Tampoco es tan raro, ya lo hemos hechos con otras ficciones jurídicas en el Código Civil como el nasciturus.

Las generaciones futuras ahora no pueden hablar (el futuro tiene poco peso político). Si agotamos recursos, las futuras generaciones heredan un precio imposible para acceder a ellos. La desaparición de especies y ecosistemas, priva a las generaciones futuras de su conocimiento y de sus valores, mengua el patrimonio cultural. Empobrecimiento de comunidades que les impide salir de esa situación y participar equitativamente del legado planetario. Es como arrendar un piso para vivir. Tenemos obligaciones de dejarlo en condiciones para el siguiente inquilino. Somos depositarios del medio ambiente. Por eso mismo, hasta la propiedad privada puede ser limitada por el bien común, porque hay intereses comunes a la sociedad que imponen deberes que pueden afectar al ámbito de la propiedad. También tenemos obligaciones solidarias frente a otro país o solo frente a nuestros nacionales. ¿Podemos esperar que hoy un país empobrecido participe de estas obligaciones en igual medida? Ello acrecentaría su vulnerabilidad. Por eso los países ricos deben aportar más que los empobrecidos, dado que la riqueza de los primeros se ha realizado acosta de los segundos. Aquí también está la justicia intra e intergeneracional⁴².

Coincidimos con Innerarity cuando dice que “Necesitamos más futuro en el presente” (Innerarity, 2024) “. La democracia es lenta. Es una desventaja frente a gobiernos autoritarios más eficientes. Además, los ciclos políticos y los económicos no cuadran en tiempos, por tanto, tenemos un problema de democracia, de gobierno y la tecnología no lo va a solucionar

Somos lo que fuimos, seremos lo que hagamos ahora.

Debemos apostar en esta era por el diálogo y la negociación para saber encauzar el futuro, desde el pasado y observando el presente. Los derechos humanos basados en una perspectiva de la solidaridad conllevan necesariamente esta reflexión. Debemos tomar consciencia de lo que significa la democracia que, tendente a proteger los derechos humanos y derechos fundamentales, debe observar la perspectiva más amplia de los sujetos gobernantes y gobernados, así como de las futuras generaciones. Será un debate donde, de alguna forma, ya percibimos que están eclosionando los marcos clásicos, que ya no sirven para tutelar el medioambiente en un contexto social, jurídico y político como el actual; por último, los tiempos de las tomas de decisiones deben integrar el corto, medio y largo plazos. De alguna forma, hay que dar valor político al futuro y así actuar sobre el presente que, indudablemente, hay que corregir el rumbo.

¿Cuándo se escribió la DIDH o la propia constitución española no se pensó también en un futuro más justo y una vida más ecuánime? Se firmó un contrato social, ese pegamento que nos une a las instituciones para cumplirlas, al derecho. Algo, tal vez, así debemos plantearnos en estas próximas décadas.

¡1. Grand Chamber, case of Verein Klimaseniorinnen Schweiz and others v. Switzerland (Application no. 53600/20).

2. Esta ha sido la postura adoptada recientemente por el Tribunal Constitucional español con relación a la Ley que otorga personalidad jurídica a la Laguna del Mar Menor (STC 142/2024, de 20 de noviembre, BOE 3111 de 26 de diciembre 2024).

3. A modo de resumen estos párrafos ejemplifican bien la postura del voto particular de la STEDH citada (§§461 ss.) “3. (...) Lamentablemente, por las razones que se exponen con un poco más de detalle a continuación, he llegado a la conclusión de que la mayoría en este caso ha ido mucho más allá de lo que considero, como cuestión de derecho internacional, los límites permisibles de la interpretación evolutiva. Al hacerlo, en particular, ha ampliado innecesariamente el concepto de condición de «víctima» en virtud del artículo 34 del Convenio y ha creado un nuevo derecho (en virtud del artículo 8 y, posiblemente, del artículo 2) a la «protección efectiva por las autoridades del Estado contra los efectos adversos graves para su vida, salud, el bienestar y la calidad de vida derivados de los efectos nocivos y los riesgos causados por el cambio climático» (§§ 519 y 544 de la Sentencia) y/o ha impuesto un nuevo «deber primordial» a las Partes Contratantes de «adoptar, y aplicar efectivamente en la práctica, reglamentos y medidas capaces de mitigar los efectos actuales y los efectos futuros potencialmente irreversibles del cambio climático» (§ 545, énfasis añadido), que abarca tanto las emisiones procedentes de su jurisdicción territorial como las emisiones incorporadas (es decir, las generadas a través de la importación de gases de efecto invernadero por la importación de bienes y su consumo), ninguna de las cuales tiene fundamento en el artículo 8 ni en ninguna otra disposición de la Convención o de su Protocolo”.

4. En 1945 se hizo la promesa de preservar a las generaciones futuras del “flagelo de la guerra”. Es la primera vez que se tiene constancia del uso de este término, vinculado al derecho a la paz.

5. Vid. Rockström, Johan et al., 2023 y el Sexto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio climático.

6. También vid. Discurso del Secretario General de Naciones Unidas (2020) “La aspiración más elevada: llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos” presentado por el secretario General de la ONU al Consejo de derechos Humanos el 24 de febrero.

7. Directiva 2024/1760, de 13 de junio sobre Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (DOUE 1760).

8. Vid. Monográfico, VVAA, (2025) en Jueces para la democracia, núm.112.

9. “Es inútil decir que la solidaridad no conoce las barreras nacionales, porque se funde con los derechos, que son universales, al igual que lo es la dignidad personal, de la que aquellos dimanar. Es decir, la solidaridad ensancha sus límites para universalizarse, al entrar en contacto con los derechos humanos. (...) En los tiempos que corren hay que dar un nuevo rumbo a la dignidad estableciendo el encuentro de hombre, a nivel no solo social, sino internacional, ya que el problema del reconocimiento del hombre tiene un carácter mundial, que exige el nuevo planteamiento de la solidaridad entre las naciones”, afirma Salvador Vergés como cita Pérez González (2025: 7-8).

10. Desde entonces, este concepto aparece en numerosas regulaciones internacionales. Especial importancia tuvo en esta configuración conceptual la Declaración Bemidji sobre la tutela de la séptima generación (Red indígena ambiental de 1990), donde inicialmente se estableció la obligación moral y jurídica que tenemos la generación presente destinada a asegurar que nuestra toma de decisiones actual debe estar guiada por la consideración del bienestar de la séptima generación. La generación actual es la guardiana

de los recursos naturales del planeta para que las personas que ocupen la tierra en un futuro puedan continuar y desarrollar su vida con pleno ejercicio de sus derechos (individuales y colectivos).

11. Según Naciones Unidas, contamos con algunos datos relativos al por qué debemos tener solidaridad con las futuras generaciones y con la juventud presente en la actualidad. Sin ánimo de poder entrar a reflexionar sobre los datos en cuestión, podemos afirmar que estos números contrastan con nuestra pequeña realidad de primer mundo europeo y que, interpretados a escala, se desborda cualquier expectativa de solución que no pase por lo global y por la idea de solidaridad. En este momento, según la ONU hay 1800 millones de menores y jóvenes ya nacidos, de los que 267 millones (tienen entre 15-24 años) no tienen trabajo ni formación ni estudian, de los que dos tercios son mujeres abocadas a trabajo familiar no remunerado. Junto a ello, se une el dato relativo a que la COVID dejó a 258 millones de niños sin ningún tipo de educación en aptitudes básica y se calcula que de los niños y las niñas que están hoy en primaria, cuando acaben el 56% no sabrá leer ni hacer operaciones matemáticas. Esta idea se vincula según la ONU con la equidad intrageneracional. En conclusión, se debe sustituir el corto plazo por el largo plazo para la población del siglo XXI que nos sucederá, que heredará las consecuencias de la acción o inacción de lo que hagamos ahora. Al fin y a la postre nos referimos a la democracia y los derechos y garantías que integra (<https://www.un.org/es/global-issues/youth>).

12. Vid. STEDH Caso Klimaseniorinnen vs. Suiza (cit.), STEDH Caso Paulov vs. Rusia (Rec.31609/2022) y la STC 142/2024, de 30 de noviembre (BOE 26 de diciembre de 2024), Tribunal Supremo Países Bajos Caso Urgenda de 20 de diciembre de 2019, entre otras.

13. Vid. Pacto Futuro y Pacto Digital Global de 22 de septiembre 2024.

14. Vid. monográfico sobre el tema en la Revista Teoría y Derecho, núm. 36 (junio 2024); también vid. la obra de Rodotà, 2014.

15. En consecuencia, reitero la pregunta que apunta directamente a nuestro contrato social entre ciudadanía y Estado: ¿cuánta solidaridad hace falta para responder a los retos que tenemos por delante en esta transición climática porque estamos ante bienes demaniales que no se pueden trocar en su titularidad, sino que pertenecen a toda la humanidad? Nos adelantamos al lector o lectora que probablemente ya haya pensado la responsabilidad compartida entre Estados que surge al hilo de estos derechos sobre bienes demaniales. El TEDH lo ha tenido claro en la Sentencia Klimaseniorinnen vs. Suiza al afirmar que sí es verdad que cada Estado contribuye en la generación de las “causas” de aniquilación del equilibrio de la naturaleza, por eso debe “responder”, porque contribuye. Debe hacer frente a riesgos graves ya previsibles (frente a bienes públicos globales existen los males públicos globales). La ciencia ya puede constatar los riesgos, por tanto, son objetivables y cada vez lo serán más.

16. STC 142/2024 (FJ 5) argumenta en torno a la dignidad del art. 10 ce lo siguiente: “ Desde la aproximación ecocéntrica, que entendemos más idónea en este caso, debe igualmente descartarse la vulneración del art. 10.1 CE porque lo que la ley hace es atribuir al Mar Menor y su cuenca lo único que le es dado atribuir a las normas: una personalidad jurídica que, por naturaleza, es diferente de la personalidad humana, incluso aunque asumamos la estrecha vinculación entre la vida humana y la vida de los ecosistemas o de los entornos naturales que el art. 45 CE está llamado a preservar. Frente a lo argumentado por los recurrentes, no puede verse en la opción legislativa una preterición de la dignidad humana ni de los derechos inviolables que le son inherentes, sino un refuerzo de esa dignidad asociado al reconocimiento de que la vida digna solo es posible en entornos naturales idóneos, y ello desde la consideración de la vida de las generaciones actuales y de la vida de las generaciones futuras. La idea de dignidad humana aquí presente sitúa a la persona humana en simbiosis con un entorno que puede transformar, pero que no debe destruir si desea conservar esa misma dignidad.

El Tribunal ya descartó una alegación similar en la STC 81/2020, de 15 de julio, en relación con la Ley del Parlamento de La Rioja 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad

Autónoma de La Rioja, en cuyo fundamento jurídico 11 recordamos que «la garantía constitucional de la dignidad de la persona deriva ciertamente un mandato de respeto dirigido principalmente a los órganos del Estado, que impide a estos emanar normas o actos que tengan un efecto degradante o envilecedor para la dignidad humana».

Con el reconocimiento de la personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca no cabe ver un propósito de relativizar la dignidad de la persona, valor jurídico fundamental, sino de reforzarla, al conectar el art. 10 con el art. 15 y el art. 45 CE, siguiendo el sistema argumental del TEDH”.

17. Parece cada vez más indiscutible que las personas que hoy ocupamos el planeta tenemos la obligación de asegurar que generaciones futuras recibirán los mismos derechos en el sentido al que se refería RAWLS con su principio de conservación (que tengan mismas opciones, calidad similar y acceso real a los mismos), lo que enlaza, a su vez, con el principio de precaución exigible a los Estados, según dicta el derecho internacional.

18. STEDH Case of Pavlov and others v. Russia (Application no. 31612/09)

19. En la Resolución 76/300 de julio de 2022 se aprueba por Naciones Unidas la creación de un nuevo derecho humano a un medio ambiente sano y digno. Este es el resultado de un largo camino, que comienza con la publicación del Informe del Club de Roma donde establece los “límites del crecimiento” (1972), que convocar la Primera Conferencia sobre Medio Humano, en Estocolmo (Suecia), porque verdaderamente no el CEDH ni la Carta Social Europea hacen referencia al medio ambiente; cualquier debate ha tenido que vincularse con los derechos individuales de la Convención o Carta. No fue hasta llegar a la conocida Cumbre de Río (1992), cuando verdaderamente pasa a estar en todas las agendas políticas empresariales y de la sociedad civil. Ya en 2015 llegamos al Convenio de París, como tratado internacional jurídicamente vinculante que vincula el cambio climático y los derechos humanos, estableciendo garantías positivas y negativas para los Estados firmantes para que aseguren el medio ambiente, en relación con el derecho a la salud, los pueblos indígenas, migrantes, niños y niñas, personas con discapacidad, igualdad de género, empoderamiento de la mujer y equidad internacional. Falta en este momento un Protocolo al Convenio Europeo de los Derechos Humanos que desarrolle esta materia y la garantice de forma real como derecho humano.

20. En su exposición de motivos afirma que “siguiendo las Recomendaciones de Hale et al.(2023) la Declaración para las Generaciones Futuras debería incluir: (1) Un reconocimiento del valor moral de las generaciones futuras y del deber de las generaciones presentes de proteger sus intereses y preservar sus derechos e integridad.(2) Valor jurídico porque son herederas de bienes dañados y no tienen a quien pedir reparación (3) Una definición clara de las generaciones futuras como aquellas que aún no han nacido y que acabarán heredando nuestro planeta. (4) Un reconocimiento de que la protección de los derechos de las generaciones futuras incluye: Garantizar un planeta sostenible; Gestionar de forma responsable las tecnologías emergentes; Vigilar y prevenir los riesgos existenciales; Fomentar el desarrollo a largo plazo; El compromiso de revisar y reafirmar los principios una vez por generación.

21. Esta misma idea la reconoce la Agenda Común de Naciones Unidas de 2021 donde se habla de la solidaridad con las generaciones más jóvenes y con las futuras; Los principios de Limburg sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales (1986); Los principios de Maastricht sobre los derechos de las futuras generaciones (2023); Los principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales (2013).

22. Incluye el derecho a que se mitigue con medidas urgentes las emisiones de gases de efecto invernadero, de forma medible, con responsabilidad individual de los Estados, en un plazo más breve posible, sin esperar a que en el futuro la tecnología disipe este problema con obligaciones de hacer y de abstención.

- Medidas de adaptación a la transición que sean inclusivas y de género y personas vulnerables. Medidas de adaptación que garanticen el acceso a educación, salud y bienes básicos
- Pérdidas y daños desde el punto de vista de los derechos humanos, con carácter general, según dice Convenio de París, y, con carácter particular, sobre los niños, otorgando un recurso efectivo ante la justicia y derecho de reparación, que incluye la restitución, indemnización y rehabilitación.
- Empresas y cambio climático. Los estados deben velar y ser responsables de que las empresas puedan realizar los cambios necesarios para reducir emisiones y que se respeten también los derechos de los niños y niñas, debiendo controlar los estados que las obligaciones contraídas en materia de derechos humanos se cumplen en la realización de acuerdos comerciales
- Financiación para el clima que defienda los derechos del niño y el clima simultáneamente
- Derecho de los niños a exigir a los estados de forma colectiva. “Os escuchamos y esto es lo que vamos a hacer para solucionar el problema”.

23. En 1966 la ONU aprueba PIDCP y PIDESC (hoy también ambientales) y es más tarde, en Conferencia de Viena de Derechos Humanos (1993), cuando se reconoce que el respeto y garantía de los derechos humanos conlleva siempre obligaciones para el Estado, tanto negativas o de abstención, como positivas o de protección y de garantía (legislativas, administrativas, judiciales, políticas).

24. STC 142/2024 “FJ 5. Es cierto, como cita el escrito de demanda, que nuestra doctrina había venido reconociendo el medio ambiente como «un concepto esencialmente antropocéntrico» (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 4), ahora se modera dicha concepción para abrirla a una visión más ecocéntrica, que asume la conexión innegable entre la calidad de la vida de los ecosistemas y la calidad de la vida humana, presupuesto lógico del disfrute de los derechos y la exigencia de obligaciones constitucionalmente previstas. Pero dicho cambio de paradigma interpretativo en nada afecta a las consideraciones de nuestra jurisprudencia previa, que asumía que, a la hora de analizar cómo tiene que plasmarse el principio rector del art. 45 CE, «es el legislador quien ha de determinar las técnicas apropiadas para llevar a cabo la plasmación de ese principio rector en el que la protección del medio ambiente consiste (STC 84/2013, de 11 de abril, FJ 6, y las allí citadas)» [STC 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 2 c)]. Hemos insistido en que, desde una concepción ecocéntrica, el art. 45 CE también ofrece un amplio margen al legislador que, sin embargo, ha de tener presente las finalidades tuitivas del precepto no solo sobre el medio natural, sino también sobre las generaciones futuras”.

25. Vid Ferrajoli, 2022; 2011; 2014.

26. Este autor afirma que “la doctrina kelseniana de los derechos subjetivos es una de esas doctrinas que debemos abandonar, pues resulta incompatible con la idea de los derechos humanos. Éstos no siempre están regulados como derechos subjetivos, a veces hay derechos humanos reconocidos como valores. No podemos obviar el hecho de que el derecho procesal y el derecho administrativo han desarrollado una doctrina que ha intentado responder a los retos que implica proteger los derechos sociales y los derechos colectivos, nos referimos a las doctrinas en torno a los “intereses difusos”, “colectivos” o “supraindividuales” (y otras tantas denominaciones). Desde una perspectiva analítico-conceptual, podría sostener que estas doctrinas son altamente problemáticas, a pesar de sus buenas intenciones. No es lugar aquí para abundar en una crítica a estas doctrinas, pero nos interesa resaltar algo que suelen aceptar los autores que han desarrollado dichas doctrinas; nos referimos a que explícitamente suelen referirse al reto que implica la protección de cierto tipo de derechos humanos reconocidos internacionalmente: los derechos de segunda y de tercera generación. Lo paradójico de estas doctrinas es que, si bien parten de aceptar este reto, no terminan de ser conscientes de las implicaciones de desarrollar una doctrina paralela a las teorías de los derechos humanos. Se mantienen así dentro de la tradición de hablar de “intereses jurídicos” e “intereses legítimos”, y tratando de contrarrestar las limitaciones que conllevan estas nociones con la incorporación

de una serie de conceptos como los de “intereses difusos”, “intereses colectivos”, “intereses supraindividuales”, etc., que pretenden flexibilizar las consecuencias formalistas de la doctrina tradicional, pero sin percatarse que ello los ha alejado de las teorías de los derechos humanos más relevantes”.

27. Instrumento de ratificación del Convenio de Aarhus Sobre el acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente de 25 de junio 1998.

28. Preciado reconoce que la existencia de lagunas legales, así como de una jurisdicción supranacional con competencias en la materia, dificultan gravemente la tutela de estos derechos, sean del planeta, sean de las futuras generaciones.

29. STEDH (FJ 461). El Tribunal ha subrayado en repetidas ocasiones que el criterio de la condición de víctima no debe aplicarse de forma rígida, mecánica e inflexible (véase *Albert y otros vs. Hungría* [GC], nº 5294/14, § 121, 7 de julio de 2020). Además, al igual que las demás disposiciones del Convenio, el término «víctima» del artículo 34 también debe interpretarse de manera evolutiva a la luz de las condiciones de la sociedad contemporánea (véanse *Gorraiz Lizarraga y otros*, antes citada, § 38, y *Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma Kültür Varlıklarını Koruma Derneği vs. Turquía* (dec.), no. 37857/14, § 39, 7 de diciembre de 2021). En este contexto, el Tribunal ha advertido en que cualquier interpretación excesivamente formalista de dicho concepto haría ineficaz e ilusoria la protección de los derechos garantizados por el Convenio (véase *Gorraiz Lizarraga y otros*, antes citada, § 38).

30. STEDH (FJ 83) “La jurisprudencia del Tribunal sobre la condición de víctima se basa en la existencia de un impacto directo de la acción u omisión impugnada sobre el solicitante o de un riesgo real de que se produzca. Sin embargo, en el contexto del cambio climático, todo el mundo puede verse, de un modo u otro y en cierta medida, directamente afectado, o en riesgo real de verse directamente afectado, por los efectos adversos del cambio climático. Dejando a un lado la cuestión de la jurisdicción, el hecho es que potencialmente un gran número de personas podría reclamar la condición de víctima en virtud de la Convención sobre esta base. Si bien es cierto que, en el contexto de las situaciones/medidas generales, la clase de personas que podrían reclamar la condición de víctima «puede efectivamente ser muy amplia» (véase *Shortall y otros*, antes citada, § 53), no encajaría bien con la exclusión de la *actio popularis* del mecanismo de la Convención y el funcionamiento efectivo del derecho de solicitud individual aceptar la existencia de la condición de víctima en el contexto del cambio climático sin una matización suficiente y cuidadosa”.

31. STEDH (FJ 473) “De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal, una asociación no puede, en principio, basarse en consideraciones sanitarias para alegar una violación del artículo 8 (véase *Greenpeace e.V. y otros*, antes citada) y, en general, no puede quejarse de molestias o problemas que sólo pueden sufrir las personas físicas (véase *Besseau y otros contra Francia* (dec.), no. 58432/00, de 7 de febrero de 2006)”.

32. STEDH (FJ 442) Por su parte, el Tribunal señala que, si bien el cambio climático es indudablemente un fenómeno mundial que debe ser abordado a nivel mundial por la comunidad de Estados, el régimen climático mundial establecido en virtud de la CMNUCC se basa en el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y de las capacidades respectivas de los Estados (artículo 3 § 1). Este principio ha sido reafirmado en el Acuerdo de París (artículo 2, apartado 2) y refrendado en el Pacto de Glasgow sobre el Clima (citado anteriormente, apartado 18), así como en el Plan de Aplicación de Sharm el-Sheikh (citado anteriormente, apartado 12). De ello se deduce, por tanto, que cada Estado tiene su propia cuota de responsabilidad en la adopción de medidas para hacer frente al cambio climático y que la adopción de dichas medidas viene determinada por las propias capacidades del Estado y no por una acción (u omisión) específica de cualquier otro Estado (véase *Duarte Agostinho y otros*, antes citada, §§

202-03). El Tribunal considera que un Estado demandado no debe eludir su responsabilidad señalando la responsabilidad de otros Estados, sean o no Partes Contratantes del Convenio.

33. TEDH (FJ 478) El Tribunal observa que existen pruebas científicas contundentes que demuestran que el cambio climático ya ha contribuido a aumentar la morbilidad y la mortalidad, especialmente entre ciertos grupos más vulnerables, que de hecho crea tales efectos y que, en ausencia de una acción decidida por parte de los Estados, corre el riesgo de progresar hasta el punto de ser irreversible y desastroso (véanse los párrafos 104 a 120 supra). Al mismo tiempo, los Estados, que controlan las causas del cambio climático antropogénico, han reconocido los efectos adversos del cambio climático y se han comprometido —de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus capacidades respectivas— a adoptar las medidas de mitigación (para reducir las emisiones de GEI) y de adaptación (para adaptarse al cambio climático y reducir sus efectos) necesarias. Estas consideraciones indican que puede existir una relación de causalidad jurídicamente relevante entre las acciones u omisiones de los Estados (que causan el cambio climático o no lo abordan) y el daño que afecta a las personas, como se señala en el párrafo 436 supra.

34. STEDH (FJ 168) En un Informe de 2020 presentado al Consejo de Derechos Humanos —titulado «La solidaridad internacional y el cambio climático» (A/HRC/44/44)— el Experto Independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional formuló una serie de recomendaciones para una reforma basada en los derechos humanos, en relación con las amenazas que plantea el cambio climático, en particular

“a) Todos los Estados, las empresas y las organizaciones internacionales deberían adoptar todas las medidas necesarias, por separado y conjuntamente, para lograr emisiones netas nulas para 2050, en consonancia con sus mayores ambiciones posibles de reducción de las emisiones y el objetivo común de mantener el aumento de la temperatura mundial por debajo de 1,5°C en el marco del Acuerdo de París;

(b) A tal fin, los Estados, las empresas y las instituciones financieras, en particular los Estados que más emiten, en términos históricos y contemporáneos, deberían considerar la posibilidad de dejar de proseguir la exploración y las nuevas inversiones en combustibles fósiles como cuestión de *solidaridad internacional basada en los derechos humanos*, ya que el presupuesto compartido de carbono se superará si prosigue la explotación de los combustibles fósiles existentes y propuestos;

(c) Los Estados, las empresas y las instituciones financieras deberían cooperar para garantizar que cualquier transformación de la economía de los combustibles fósiles (que es imperativa) *no perpetúe las asimetrías entre los Estados y los pueblos más ricos y más pobres*. A medida que los países reduzcan gradualmente o incluso eliminen sus operaciones con combustibles fósiles, *los países más ricos deberían proporcionar a los países más pobres que sean menos adaptables a la transición un apoyo basado en el derecho al desarrollo de los Estados más pobres, y en los derechos sociales y económicos de sus pueblos que están vinculados a los sistemas energéticos*;

[...]

(g) Los Estados deben cooperar a través del régimen climático internacional y la comunidad internacional de derechos humanos, incluso a través de la OIT, para garantizar el acceso a la justicia en el contexto del cambio climático con respecto a lo siguiente;

(i) Rectificar las pérdidas y daños asociados a las desigualdades perpetuadas por el cambio climático, incluso dando a esta agenda la misma prioridad que a la mitigación y adaptación y proporcionando un apoyo financiero significativo a los países y pueblos afectados;

(ii) Salvaguardando el disfrute de los derechos humanos internacionales entre los pueblos indígenas y las comunidades locales afectadas por proyectos relacionados con el cambio climático, incluyendo la protección de los defensores del medio ambiente frente a la criminalización;

(iii) Formulando e implementando planes concretos desde el nivel global al local para una transición justa hacia economías sostenibles que garanticen el derecho a un trabajo decente para todos;

(iv) Cooperar para hacer realidad las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos aplicables a los grupos marginados especialmente afectados por el cambio climático, como los pueblos indígenas, los ancianos, los niños, las personas con discapacidad, las personas que viven en la pobreza y las mujeres”.

35. Es el mismo razonamiento que hay tras directiva de empresa y sostenibilidad citada.

36. STEDH (FJ 478) El Tribunal observa que existen pruebas científicas contundentes que demuestran que el cambio climático ya ha contribuido a aumentar la morbilidad y la mortalidad, especialmente entre ciertos grupos más vulnerables, que de hecho crea tales efectos y que, en ausencia de una acción decidida por parte de los Estados, corre el riesgo de progresar hasta el punto de ser irreversible y desastroso (véanse los párrafos 104 a 120 supra). Al mismo tiempo, los Estados, que controlan las causas del cambio climático antropogénico, han reconocido los efectos adversos del cambio climático y se han comprometido —de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus capacidades respectivas— a adoptar las medidas de mitigación (para reducir las emisiones de GEI) y de adaptación (para adaptarse al cambio climático y reducir sus efectos) necesarias. Estas consideraciones indican que puede existir una relación de causalidad jurídicamente relevante entre las acciones u omisiones de los Estados (que causan el cambio climático o no lo abordan) y el daño que afecta a las personas, como se señala en el párrafo 436 supra.

STEDH (FJ 479) *Dada la naturaleza del cambio climático y sus diversos efectos adversos y riesgos futuros, el número de personas afectadas, de diferentes maneras y en diversos grados, es indefinido.* La resolución de la crisis climática requiere y depende de un conjunto amplio y complejo de políticas transformadoras que implican *medidas legislativas, reglamentarias, fiscales, financieras y administrativas, así como inversiones tanto públicas como privadas.* Los problemas críticos surgen de la falta de actuación o de una actuación inadecuada. En otras palabras, surgen de las omisiones. En aspectos clave, *las deficiencias residen en el nivel del marco legislativo o reglamentario pertinente.* La necesidad, en este contexto, de un enfoque especial de la condición de víctima, y su delimitación, surge por tanto del hecho de que las denuncias pueden referirse a actos u omisiones en relación con diversos tipos de medidas generales, cuyas consecuencias no se limitan a determinados individuos o grupos identificables, sino que afectan a la población en general. *El resultado de los procedimientos judiciales en este contexto tendrá inevitablemente un efecto más allá de los derechos e intereses de un individuo o grupo de individuos en particular, e inevitablemente tendrá una visión de futuro,* en términos de lo que se requiere para garantizar una mitigación eficaz de los efectos adversos del cambio climático o la adaptación a sus consecuencias.

37. STEDH (FJ 489) Como ya señaló el Tribunal de Justicia en la sentencia Gorraiz Lizarraga y otros (antes citada, § 38), en las sociedades modernas, cuando los ciudadanos se enfrentan a decisiones administrativas especialmente complejas, el recurso a organismos colectivos como las asociaciones es uno de los medios accesibles, a veces el único, de que disponen para defender eficazmente sus intereses particulares. Esto es especialmente cierto en el contexto del cambio climático, que es un fenómeno global y complejo. Tiene múltiples causas y sus efectos adversos no conciernen a un individuo o a un grupo de individuos en particular, sino que son más bien «una preocupación común de la humanidad» (véase el Preámbulo de la CMNUCC). Además, en este contexto en el que el reparto intergeneracional de la carga adquiere especial importancia (véase el párrafo 420 supra), la acción colectiva a través de asociaciones u otros grupos de interés puede ser uno de los únicos medios a través de los cuales puede oírse la voz de quienes se encuentran en una situación de clara desventaja de representación y a través de los cuales pueden tratar de influir en los procesos de toma de decisiones pertinentes, en caso de que existan limitaciones relativas a la legitimación ante los tribunales nacionales de asociaciones que cumplan los requisitos del Convenio antes mencionados, el Tribunal también puede, en interés de la correcta administración de justicia, tener en cuenta si, y en qué medida, sus miembros individuales u otras personas afectadas pueden haber disfrutado de acceso a un tribunal en el mismo procedimiento nacional o en un procedimiento nacional relacionado.

38. STEDH (FJ 434) El Tribunal no puede ignorar los desarrollos y consideraciones anteriormente señalados. Por el contrario, debe recordarse que el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales y de conformidad con la evolución del Derecho internacional, a fin de reflejar el nivel cada vez más elevado que se exige en el ámbito de la protección de los derechos humanos, lo que requiere una mayor firmeza en la evaluación de las violaciones de los valores fundamentales de las

sociedades democráticas (véase *Demir y Baykara vs. Turquía* [GC], nº 34503/97, § 146, TEDH 2008). De hecho, un enfoque adecuado y adaptado en lo que respecta a las diversas cuestiones de la Convención que pueden surgir en el contexto del cambio climático, necesario por las razones expuestas en el apartado 422 supra, debe tener en cuenta las pruebas científicas existentes y en constante evolución sobre la necesidad de luchar contra el cambio climático y la urgencia de abordar sus efectos adversos, incluido el grave riesgo de su inevitabilidad y su irreversibilidad, así como el reconocimiento científico, político y judicial de un vínculo entre los efectos adversos del cambio climático y el disfrute de (diversos aspectos de) los derechos humanos.

39. STEDH (FJ 538). (e) Aunque no es competencia del Tribunal determinar qué debería haberse hecho exactamente, puede evaluar si las autoridades abordaron el asunto con la debida diligencia y tuvieron en cuenta todos los intereses en conflicto (véase *Mileva y otros vs. Bulgaria*, nº 43449/02 y 21475/04, § 98, 25 de noviembre de 2010).

40. STEDH (FJ 544). Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal ya sostuvo hace tiempo que el ámbito de protección del artículo 8 del Convenio se extiende a los efectos adversos sobre la salud humana, el bienestar y la calidad de vida derivados de diversas fuentes de daño ambiental y de riesgo de daño. Del mismo modo, el Tribunal deduce del artículo 8 el derecho de las personas a gozar de una protección efectiva por parte del Estado. Allí se recuerda la importancia de respetar el correcto ejercicio de la discrecionalidad de las Administraciones públicas, que se manifiesta en obligaciones de legislar, prevenir, proteger y reparar; dichas funciones se deben de cumplir de forma diligente, de modo que, el margen de discrecionalidad de las Administraciones públicas acaba donde una norma internacional le exige el cumplimiento de unos objetivos e incluso un plazo para hacerlo.

STEDH (FJ 545) En consecuencia, la obligación del Estado en virtud del artículo 8 es hacer lo que le corresponde para garantizar dicha protección. En este contexto, el deber primordial del Estado es adoptar, y aplicar efectivamente en la práctica, reglamentaciones y medidas capaces de mitigar los efectos existentes y los efectos futuros potencialmente irreversibles del cambio climático. Esta obligación se deriva de la relación causal entre el cambio climático y el disfrute de los derechos de la Convención, como se ha señalado en los párrafos 435 y 519 supra, y del hecho de que el objeto y fin de la Convención, como instrumento de protección de los derechos humanos, exige que sus disposiciones se interpreten y apliquen de forma que garanticen derechos que sean prácticos y efectivos, no teóricos e ilusorios (véase, por ejemplo, *H.F. y otros vs. Francia*, citada supra, § 208 in fine; véase también el párrafo 440 supra).

STEDH (FJ 546) En consonancia con los compromisos internacionales asumidos por los Estados miembros, en particular en el marco de la CMNUCC y del Acuerdo de París, y con las pruebas científicas convincentes aportadas, en particular, por el IPCC (véanse los apartados 104 a 120 supra), los Estados contratantes deben establecer las reglamentaciones y medidas necesarias destinadas a evitar un aumento de las concentraciones de GEI en la atmósfera terrestre y un aumento de la temperatura media mundial por encima de niveles capaces de producir efectos adversos graves e irreversibles sobre los derechos humanos, en particular el derecho a la vida privada y familiar y al domicilio en virtud del artículo 8 del Convenio.

STEDH (FJ 547) Teniendo en cuenta que las obligaciones positivas relativas a la creación de un marco reglamentario deben estar adaptadas a las especificidades de la materia y a los riesgos existentes (véanse los apartados 107 a 120 y 440 supra) y que los objetivos globales en cuanto a la necesidad de limitar el aumento de la temperatura global, tal y como se establecen en el Acuerdo de París, deben informar la formulación de las políticas nacionales, es obvio que dichos objetivos no pueden por sí solos bastar como criterio para cualquier evaluación del cumplimiento del Convenio por cada una de las Partes Contratantes del Convenio en este ámbito. Esto se debe a que cada Estado individual está llamado a definir su propio camino adecuado para alcanzar la neutralidad de carbono, dependiendo de las fuentes y niveles de emisiones y de todos los demás factores relevantes dentro de su jurisdicción.

STEDH (FJ 548) De las consideraciones anteriores se desprende que el respeto efectivo de los derechos protegidos por el artículo 8 de la Convención exige que cada Estado contratante emprenda medidas para la reducción sustancial y progresiva de sus respectivos niveles de emisión de GEI, con vistas a alcanzar la neutralidad neta en el plazo, en principio, de las tres próximas décadas. En este contexto, para que las medidas sean eficaces, incumbe a las autoridades públicas actuar a tiempo, de manera adecuada y coherente (véase, *mutatis mutandis*, Georgel y Georgeta Stoicescu *vs.* Rumanía, nº 9718/03, § 59, de 26 de julio de 2011).

41. Vid. Martínez García, 2023. También vid. RD 90/2025, 11 de febrero por el que se regula el régimen de constitución, composición y funcionamiento de los órganos de representación y gobernanza del Mar Menor y su cuenca (BOE 37/2025).

42. Como afirma Weiss “la regulación de los principios de equidad intergeneracional por derecho internacional: según corte internacional de justicia constituye un principio *praeter legem* (integrar vacíos), *infra legem* (interpretar más ajustadamente), *contra legem* (para hacer excepciones) y *ex aequo et bono* (sin aplicar la legislación vigente): ha delimitado los contenidos de la equidad intergeneracional” (1999: 78).

BIBLIOGRAFÍA

- Cortina Orts, Adela, (2003): “Lo público y lo privado en la solidaridad”, en J. María Tortosa Blasco *et al.* (coords.), *Tendencias en desvertebración social y en políticas de solidaridad: sexto Foro sobre Tendencias Sociales* (realizado en Alicante en 2002), Fundación ONCE, 191-206.
- (2020): “Es el momento de la Solidaridad Universal”, www.cadenaser.com
- Armenta Deu, Teresa (2021): *Derivas de la Justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempo de cambios*, Madrid: Marcial Pons.
- Asís Roig, Rafael (2000): *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid: Dykinson
- Castañón del Valle, Manuel (2024): *La protección jurídica ambiental de las futuras generaciones*, Madrid: Dykinson.
- Cruz Parceros, Juan Antonio (2021): “La tensión entre interés legítimo y derechos sociales. Una propuesta de solución”, en C. Courtis (coord.), *Manual de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales*. Tomo I, México: Suprema Corte de la Justicia, 701-734.
- De Lucas, Javier (1993): *El concepto de solidaridad*, México: Fontamara.
- (2024): “¿Límites en el universalismo garantista de la Constitución de la Tierra? Una modesta nota crítica”, *Revista Teoría y Derecho*, 36, 92-103.
- Ferrajoli, Luigi (2011): *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid: Trotta.
- (2014): *Derechos y Garantías: La democracia a través de los derechos*, Madrid: Trotta.
- (2022): *Para una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Madrid: Trotta.
- Innerarity, Daniel (2024): “Más futuro en el presente”, en E. Martínez García y R. Borges Blázquez (dirs.) y C. Crespo Soler *et al.* (coords.), *Ciencias sociales y jurídicas. Las Universidades como motor de cambio ecosocial: sostenibilización curricular*, Tirant Humanidades, 41-56.
- Larson, Rhett (2021): “La resolución de la ONU sobre el derecho humano al agua después de una década”, *Iuris Dictio*, 27, 21-38.
- Martínez García, Elena (2023): “La personalidad jurídica del Mar Menor”, en R. Martínez Dalmau y A. Pedro Bueno (eds.), *Debate y perspectivas de los derechos de la naturaleza: Una lectura desde el Mediterráneo*, Valencia: Pireo, 13-31
- (2024): *Juzgar en el siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Nieto Sanz, Joaquin y Asun Ruiz Guijosa (2025): “El derecho humano universal a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible”, *Colección Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid; Juezas y Jueces para la democracia, 112, 5-18.
- Pérez González, David (2025): “Europa ante los nuevos retos del fenómeno globalizador como mecanismo potenciador de la solidaridad internacional”, *La Ley Unión Europea*, 134.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique (2009): “Globalización y Derecho”, en F. Gutiérrez-Alviz Conradi, y J. Martínez Lázaro (coords.), *El juez y la cultura contemporánea. Tomo II. Poder judicial y jurisdicción en una sociedad global. El poder judicial en la construcción europea*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, D.L., 93-108.
- (2009a) “La concepción generacional de los derechos fundamentales”, en F. Gutiérrez-Alviz Conradi, y J. Martínez Lázaro (coords.), *El Juez y la Cultura, Tomo I. La tercera generación de derechos fundamentales*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, D.L., 19-46.
- Preciado Badal, Max, (2022): “La protección del medio ambiente por el Derecho Penal Internacional: Orígenes, actualidad y futuro”, *Revista de la Asociación española para las Naciones Unidas*.
- Rodotá, Stefano (2014): *El derecho a tener derechos*, Madrid: Trotta.
- Spector, Ezequiel (2024): “La libertad entendida como cooperación social: desarrollando un nuevo enfoque”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 48, 333-363.
- Rockström, Johan *et al.* (2023): “Safe and just Earth system boundaries”, *Nature*, 619, 102–111.
- Weiss, Edith (1999). *Un mundo justo para las futuras generaciones. Derecho internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional*, Mundi Prensa Libros.

ESTUDIOS

La dogmática tributaria latinoamericana y la teoría de los sistemas
Andrés Blanco

Vulnerabilidad, sujeto y arquitectura institucional. Análisis y crítica
al modelo normativo de Martha A. Fineman
Carlos H. González Bellene

El factor indomesticable. Elementos para la reflexión iusfilosófica de
la disrupción digital
Clara Navarro Ruiz

La independencia judicial y el principio de legalidad: análisis del caso
Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras
John Fernando Restrepo, Juliana Sinisterra y Santiago Agudelo

LA DOGMÁTICA TRIBUTARIA LATINOAMERICANA
Y LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS
*THE LATIN AMERICAN TAX LEGAL SCHOLARSHIP
AND THE SYSTEMS' THEORY*

Andrés Blanco

*Profesor Titular del Instituto de Finanzas Públicas
Facultad de Derecho
Universidad de la República (Uruguay)*

Hillary Marks

*Profesora Ayudante del Instituto de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de la República (Uruguay)*

RESUMEN

La teoría de los sistemas sociales de Luhmann se ocupa del sistema jurídico como subsistema social, cuya función es la reducción de la complejidad a través un código binario "lícito/ilícito", que determina expectativas que se pueden cumplir y expectativas que se deben frustrar. Una hipótesis especial de Luhmann es que el sistema jurídiaco evoluciona desde soluciones basadas en la clasificación en una tipología predeterminada, hacia soluciones basadas en consecuencias, lo que se observaría primeramente en la dogmática. En este trabajo se realiza un estudio de campo de dicha hipótesis especial tomando como caso la dogmática tributaria latinoamericana expresada en las resoluciones de las Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT).

PALABRAS CLAVE

Teoría de los sistemas sociales, sistema jurídico, dogmática jurídica, dogmática tributaria, Luhmann.

ABSTRACT

Luhmann's theory of social systems is concerned with the legal system as a social subsystem, whose function is to reduce complexity through a binary code "lawful/unlawful" that determines expectations that can be fulfilled and expectations that must be frustrated. A special hypothesis of Luhmann is that the legal systems shifts from case solutions based on classification according to a predetermined typology, towards solutions that deal with their consequences, and that shifting would be observable at first in the legal doctrine. In this work, a field study of these hypotheses is carried out taking as anbject the Latin American tax scholarship.

KEYWORDS

Theory of social systems, legal system, legal scholarship, tax scholarship, Luhmann.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.138>

LA DOGMÁTICA TRIBUTARIA LATINOAMERICANA Y LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS

Andrés Blanco

Profesor Titular del Instituto de Finanzas Públicas
Facultad de Derecho
Universidad de la República (Uruguay)

Hillary Marks

Profesora Ayudante del Instituto de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de la República (Uruguay)

Sumario: 1. Introducción. 2. Sistemas, sistemas sociales y sistema jurídico en Luhmann. 3. Aspectos epistemológicos y metodológicos de la investigación. 3.1 El interés en la teoría de los sistemas aplicada al fenómeno jurídico: cuestiones teóricas y epistemológicas. 3.2 Caracterización de la investigación, selección del objeto y diseño metodológico. 4. Resultados del trabajo de campo. 5. Conclusiones acerca del trabajo de campo. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, si bien está vinculada con la teoría general de los sistemas y con ciertas corrientes del pensamiento sociológico (particularmente con la obra de Talcott Parsons, de quien Luhmann fue discípulo), tiene un sinnúmero de aspectos únicos que la hacen totalmente original y, además, inclasificable. El análisis del fenómeno jurídico como sistema que propone Luhmann no escapa a esos rasgos: se compartan o no todas o algunas de sus premisas e hipótesis, nadie puede dudar de

que la mirada de Luhmann de lo jurídico como un subsistema dentro del sistema general de la sociedad, las explicaciones que se generan a partir de su propuesta, y las conclusiones, a veces insospechadas, que se extraen de ella (por ejemplo Sarlo, 2014), la hacen un conjunto teórico fecundo para el análisis y la discusión.

En la literatura teórica en idioma español las hipótesis generales de Luhmann acerca del sistema jurídico y la dogmática jurídica han tenido una recepción interesante. Nuestro interés particular se centra en las hipótesis de Luhmann acerca de las funciones de la dogmática jurídica, y del desplazamiento del “centro de gravedad” del sistema jurídico desde la clasificación hacia las consecuencias, fenómeno en el cual la dogmática juega un papel preponderante. Estos tópicos han sido tratados también en la literatura teórica en español (Atienza, 1980; Sahuí Maldonado, 2002; Ruiz Manotas y Bermeo, 2018). No obstante, nuestro propósito es utilizar las hipótesis de Luhmann para un trabajo de campo de tipo empírico, proyección que, hasta donde sabemos, no ha sido desarrollada.

Someter a prueba empírica la hipótesis de Luhmann acerca de la dogmática jurídica no sólo es relevante para las hipótesis en sí, sino que tiene también un interés epistemológico general. En efecto, las teorías explicativas del Derecho han sido escasamente sometidas a prueba mediante investigaciones de campo que contribuyan a valorar sus afirmaciones, particularmente cuando éstas son —según el punto de vista que se adopte— verificables o falsables, y más especialmente cuando se realizan predicciones, como —según veremos— ocurre con Luhmann. Esta ausencia de observaciones que, a su vez, se incorporen al debate sobre las virtudes explicativas de dichas teorías, constituye un déficit epistemológico, ya que la observación, la publicidad de sus resultados y la discusión a partir de las observaciones, son rasgos definitorios de la actividad científica, más allá de la concepción epistemológica a la cual se adscriba cada investigador (Chalmers, 2005: 18-20).

En el capítulo 2 se expondrá en forma sintética la teoría general de Luhmann acerca de la sociedad como un sistema que se desagrega internamente en otros tantos sistemas (o subsistemas, si se los mira desde el punto de vista de la sociedad en general). Asimismo, en dicho capítulo se expondrá la tesis de Luhmann acerca de las funciones del sistema jurídico y el papel que en él juega la dogmática como discurso proponentor de modelos de decisión. Finalmente, en el mismo capítulo también se expondrán las hipótesis de Luhmann acerca de la dogmática que luego serán sometidas al trabajo de campo. En el capítulo 3 se fundamentará la metodología de la investigación que llevamos a cabo, para la cual partiremos del concepto de Popper de “falsabilidad” no sólo como criterio de demarcación de la ciencia, sino también como premisa para el diseño metodológico, agregando elementos acerca de la investigación empírica en materia jurídica. En el mismo capítulo se explicarán los motivos que nos condujeron a elegir la dogmática tributaria latinoamericana¹ expresada en resoluciones de las “Jornadas” del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, como caso empírico para poner a prueba las hipótesis de Luhmann acerca de la dogmática jurídica, y se expresarán los métodos de análisis de los textos dogmáticos, que constituye el trabajo de campo de la investigación. En el capítulo 4 se expondrán los resultados del trabajo de campo, para —finalmente— en el capítulo 5 expresar algunas conclusiones que pueden extraerse del mismo.

2. SISTEMAS, SISTEMAS SOCIALES Y SISTEMA JURÍDICO EN LUHMANN

La originalidad de la propuesta de Luhmann no radica sólo en su contenido, sino también en su estrategia de exposición. El autor nos propone que las unidades de análisis de la sociedad son los “sistemas”, pero éstos son definidos, por decirlo de algún modo, desde afuera hacia adentro: la explicación comienza estableciendo aquello que no integra un sistema, para luego explorar su contenido interno. En efecto, Luhmann nos propone (1998: 40 y ss. para todo lo que sigue) que cualquier sistema (social o no) se define por *diferenciación de su entorno*, siendo el “entorno”, sencillamente, todo lo que no es parte del sistema. En el entorno de un sistema existen otros sistemas, pero estos sistemas del entorno no influyen en los límites del primero, salvo por destrucción. Dentro de cada sistema se forman, a su vez, subsistemas por diferenciación, de los cuales el sistema global constituye su entorno.

Los sistemas, así definidos, se aplican tanto a fenómenos naturales como sociales. Dentro de sus límites (es decir, “más acá” de su respectivo entorno), ocurren los procesos que tienen por objeto aquello que recibe el sistema (energía, nutrientes, información, etc.).

Dentro de cada sistema encontramos “elementos” y “relaciones”. Los elementos se definen lingüísticamente mediante descripciones, pero su característica definitoria es que están en relación con otros elementos. Ningún elemento es definible ontológica y autónomamente, sino sólo dentro de un sistema, y como parte de una o más relaciones. En cada sistema, pues, “elemento” es aquella unidad que ya no es reducible. Un sistema no sólo tiene elementos y relaciones entre elementos, sino también condiciones a las relaciones, que son reglas de conexión, de diverso tipo, entre las relaciones. La “complejidad” se produce cuando los elementos de un sistema ya no pueden relacionarse a la vez con otros elementos, en todo momento. Una idea crucial de Luhmann es que la complejidad así entendida es un problema, por lo cual los sistemas desarrollan necesariamente mecanismos de *reducción de la complejidad*. Eso se realiza a través de una selección: algunas relaciones deben prosperar, y otras frustrarse, para que el sistema siga existiendo. La selección reduce la complejidad y permite que el sistema no sólo perviva, sino que evolucione. Cada sistema genera su propia forma de selección para reducir la complejidad. Pero como el entorno lo influye de manera permanente, el sistema y el entorno se vinculan a través de un mecanismo de selección de elementos entrantes y salientes, que compromete permanentemente la diferencia entre sistema y entorno. Es importante, entre otras cosas por las consecuencias que tiene para el sistema jurídico, la idea de que la selección dentro del sistema social, y sus respectivos subsistemas, no es atribuible a un sujeto, sino que es un proceso impersonal. Ello incluye los cambios que se producen en los criterios de selección, los que no se producen por decisiones de los sujetos sino por necesidades del sistema (Luhmann, 1998: 51 y 54). Si bien estas afirmaciones no anulan al sujeto, ciertamente lo dejan en un segundo plano en el funcionamiento social: los sistemas sociales, que son los protagonistas de la vida social, son transversales a los sujetos, dado que éstos actúan en *n* sistemas, teniendo en cada uno de ellos un comportamiento diferente en virtud de lo que le requiere cada uno. Es decir que,

para Luhmann, un mismo sujeto tendrá, a la vez, diferentes actitudes cognitivas y modos de actuar hacia otros, según el sistema en que esté operando.

Los sistemas pueden ser, además, *autopoieticos* o autorreferenciales, cuando tienen la capacidad de generar internamente sus propios elementos (Luhmann, 1998: 56). Debe aclararse que la autopoiesis no supone que un sistema que tenga tal rasgo queda por tal motivo aislado del entorno. Al contrario: la definición misma de sistema siempre implica una relación con el entorno, lo cual no obsta a que un sistema genere internamente elementos que, entre otras cosas, ayudan a procesar internamente aquello que se recibe de su entorno.

En efecto, no hay sistemas cerrados y abiertos, sino diferentes grados de apertura de los sistemas. Los límites del sistema separan elementos de éste y de su entorno, pero no relaciones entre elementos de afuera y de dentro, lo cual supone un flujo, frecuentemente de información. Como veremos de inmediato, esta noción de “flujo” tiene un papel central en la comprensión de Luhmann del sistema jurídico.

A ese respecto, y antes de adentrarse en el análisis del sistema jurídico, Luhmann hace una observación epistemológica importante: las “teorías” del derecho suelen asumir lo que la norma no se reduce a hechos, o no puede observarse como un hecho. Ese supuesto de las teorías del Derecho es, para Luhmann, empíricamente contestable, ya que fácticamente lo que llamamos “norma” es una sucesión de hechos, especialmente de conductas (Luhmann s.f.: 6). Esto recuerda la propuesta de Wittgenstein de que una “regla” es una conducta reiterada, es decir, que al menos se ejecute dos veces (Wittgenstein, 2002, 201-203). De esto se sigue, a nuestro entender, que a lo sumo podría decirse que al reiterar una conducta hay una creencia de esas personas acerca de que las cosas deben suceder de esa forma, pero no más. Es decir, que las normas son sólo formas de hablar genéricamente de una conducta reiterada, y por lo tanto que no puede existir algo como una teoría puramente normativa del Derecho. Dejamos esta reflexión en este punto, sin embargo, para no desviarnos del objeto de nuestro trabajo.

Pasando ahora a la definición del Derecho, naturalmente Luhmann lo concibe como un sistema, y más concretamente como uno autopoietico. No obstante, la autopoiesis en el sistema jurídico no significa que las premisas de los argumentos jurídicos son construidas desde dentro, o que hay que dar prioridad a los argumentos de derecho positivo, como parece afirmarlo cierta jurisprudencia colombiana (Ruiz Manotas y Bermeo, 2019: 171). En su lugar, la autopoiesis implica que los tipos de “operaciones” internas con las que el sistema actúa y procesa la información que proviene del entorno, son generados por él mismo, y cambian según mecanismos que también son internos. Por ejemplo, el sistema jurídico autogenera la dupla [código binario] “lícito/ilícito”, o “permitido/prohibido”, si lo preferimos; el desplazamiento desde la clasificación a las consecuencias; la existencia de procesos argumentativos y el tono de los mismos; etc. Ello no significa que el sistema jurídico no se nutra de argumentos morales, científicos, descriptivos, etc., ya que cualquier información puede ingresar al sistema jurídico para generar un producto.

La función concreta del sistema jurídico es reducir la *complejidad*, entendida como la multiplicación de las expectativas de relaciones con objetos. Esa reducción funciona

mediante el “código” (es decir, el criterio de clasificación) lícito/ilícito: las expectativas lícitas prosperan, las ilícitas no. De esa forma, el sistema jurídico estabiliza expectativas, al determinar qué relaciones se pueden establecer o no, frustrando algunas expectativas y cumpliendo otras. Cuando las personas anticipan la satisfacción o frustración, esto es, cuando se aprecia el sistema jurídico en sus efectos temporales, las expectativas quedan fijadas de antemano; debería reducirse la cantidad de cuestiones sometidas a decisión ya que hay un gran grupo de pretensiones que ya se sabe que no se cumplirán. En esta predicción de resultados de las expectativas está la esencia de la función del Derecho contemporáneo: la previsión de qué pasará si hago o no hago tal o cual cosa (Luhmann, s.f.: 89-91).

Observamos más arriba que Luhmann afirma que una teoría sobre el Derecho debe aferrarse a una concepción de la “norma” como conjunto de hechos sociales. Pues bien, cuando especifica la definición de “norma”, expresa que si alguien mantiene su expectativa a pesar de la decepción provocada por el conocimiento previo de su frustración, allí es cuando se revela la dimensión normativa, que es la limitación de la conducta. Es decir: si la gente sabe que se va a decepcionar pero igualmente mantiene la expectativa, podemos decir que hay norma, porque si simplemente la expectativa se abandona de antemano sólo hay una dimensión cognitiva provocada por el fenómeno jurídico. Por esa razón, la norma no se define aisladamente, sino como una pieza del sistema jurídico, en tanto cumple con la función de cortar el camino a expectativas existentes. Es decir: el sistema, no la norma, es lo importante. Los motivos para ajustarse al sistema jurídica son irrelevantes: su función, que es su única razón de existir, se cumple con la mera decepción por las expectativas que no se cumplirán (Luhmann, s.f.: 92-93).

En otro trabajo, Luhmann especifica la forma en que el sistema jurídico opera (Luhmann, 1983: 45 y ss.). El sistema jurídico recibe información, y la clasifica en ciertas categorías jurídicas, a las que asigna un determinado resultado normativo: lícito/ilícito. En esa proceso de clasificación y enlace de casos con consecuencias, la dogmática cumple un papel esencial.

Luhmann indica que la dogmática tiene una función de modelización de decisiones del sistema jurídico, de modo tal que los que toman decisiones (principalmente los jueces, aunque la afirmación también es aplicable a los parlamentarios y administradores) se descarguen de la tarea de revisar una y otra vez casos similares. La actividad dogmática por lo tanto refuerza la función estabilizadora, ya que traza los caminos de decisión para las autoridades, reduciéndolos a uno o unos pocos (reducción de la complejidad).

Por otra parte, Luhmann aplica al sistema jurídico, y a las funciones que cumple la dogmática, la distinción entre sistemas que ponen su atención en la entrada de información, y sistemas que lo hacen en la salida de su producto.

Estas ideas son tomadas de Robert J. Zajonc, que (de acuerdo con Luhmann) analiza los sistemas en función de dónde se ubica su “centro de gravedad”. Según Zajonc (recogido por Luhmann), existirían receptores que elaboran informaciones en base a comunicaciones entrantes al sistema (cercanía al input) y emisores de información que eligen y envían comunicaciones salientes del sistema (cercanía al output), con una menor utilización de

las estructuras cognitivas por parte de los primeros. En palabras de Luhmann: *“la diferenciación tiene lugar bajo un punto de vista que está emparentado con el modelo del input/output de la teoría del sistema, según si alguien recibe la comunicación y se adapta a su selectividad (input) o elige y envía por sí mismo las comunicaciones (output). Los resultados nos indican que para la recepción y elaboración de informaciones acerca de selecciones ajenas no se requiere tanta complejidad cognitiva como para la selección propia de una acción comunicativa”* (Luhmann, 1983: 49).

Luhmann propone que originalmente los sistemas jurídicos se concentraron en la recepción de información, lo que significó que la labor jurídica, y por ende la dogmática, se dedicara principalmente a la “clasificación”: la elaboración relativamente minuciosa de “categorías” o “tipos” jurídicos, en los cuales se ubicarían los casos que fueran ingresando al sistema, sin ocuparse demasiado de las consecuencias de la decisión que, para cada caso, califica como ilícitas o lícitas las expectativas que están en juego. Pero Luhmann creía que la tendencia de los sistemas jurídicos es, sin embargo, a desplazar el foco hacia el producto, es decir, hacia las decisiones y sus consecuencias. Esto implica una pérdida de confianza, porque —enlazando con lo que dice en “El derecho de la sociedad”— hace menos previsible cuál es el elenco de expectativas que se cumplirá y el conjunto que se frustrará, con lo cual la función estabilizadora queda comprometida (Luhmann 1983: 45 y ss.). Este pronóstico de evolución del sistema jurídico y, a la vez, de los efectos negativos de esa evolución, ya estaba presente en Weber (2014). La predicción de pérdida de certidumbre por tender a decidir en base a las consecuencias dio lugar a varios trabajos empíricos vinculados fundamentalmente a la reinserción en el mercado laboral de personas que participan en programas de subsidios de desempleo y de capacitación para nuevos trabajos, luego de ser despedidas (Porner Nilsen, 2024: 1217-1219).

Dado que la dogmática cumple en esta teoría un papel de modelización y anticipación de las soluciones posibles, el cambio del centro de gravedad del sistema jurídico desde decisiones basadas en clasificaciones hacia decisiones basadas en consecuencias, debe reflejarse en la dogmática jurídica, la que, si el pronóstico de Luhmann es correcto, debería evolucionar de la misma forma. Es más: si la modelización precede a las decisiones, el cambio de tendencia debería ser observable en la dogmática antes que en las decisiones judiciales y la legislación.

A modo de síntesis podemos decir que Luhmann formula una hipótesis general y una hipótesis especial acerca de la dogmática:

- a) La dogmática propone modelos de decisión acerca de los códigos “lícito” o “ilícito” que el sistema jurídico atribuirá a las expectativas que se introduzcan en el mismo, a fin de contemplarlas o frustrarlas.
- b) La dogmática está (estaba, en el momento en que Luhmann escribió) virando en la fora de modelización de decisiones, desde un modelo orientado a la clasificación, ubicada cerca del punto de entrada al sistema, hacia un modelo orientado a las consecuencias, ubicado cerca del punto de salida del sistema.

- c) La evolución del sistema hacia decisiones basadas en consecuencias generará incertidumbre, y podría poner en riesgo su función de estabilización de expectativas.

Las hipótesis a y b serán el objeto de esta investigación. El motivo que conducen a dicha elección es que ellas hacen propuestas fácticas contrastables mediante la observación, y la hipótesis b) efectúa un pronóstico concreto acerca de la evolución de la dogmática y el sistema jurídico, lo cual la erige en un enunciado científico en sentido estricto de acuerdo a la clasificación de Popper (ver 3.1). La hipótesis c, que es derivada de la b, no será considerada en nuestro trabajo, ya que si bien es —lo mismo que la a y la b— apta para el contraste empírico, requiere para ello de un trabajo de campo más vasto y complejo.

3. ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS Y METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. EL INTERÉS EN LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS APLICADA AL FENÓMENO JURÍDICO: CUESTIONES TEÓRICAS Y EPISTEMOLÓGICAS

Siguiendo a Kuhn (2004: 84-86; 2007: 100-107), partimos del supuesto de que la investigación científica se realiza dentro de un cierto paradigma, que proporciona al investigador un lenguaje inteligible para sus pares, una taxonomía de categorías teóricas en las que encuadra los fenómenos concretos, y ciertas hipótesis centrales (podríamos llamarlas también enunciados teóricos generales) que pretenden explicar el conjunto de fenómenos que aborda.

La teoría de los sistemas de Luhmann es, en esa perspectiva un paradigma, y sus hipótesis acerca del Derecho son perfectamente coherentes con ese paradigma. La investigación que emprendimos, por lo tanto, asume los enunciados teóricos y la taxonomía de ese paradigma: el Derecho como sistema, la existencia de puntos de entrada y de salida de información (*input/output*), la función de reducción de la complejidad, etc. Ello tiene algunas consecuencias metodológicas que debemos destacar. En particular, la hipótesis de Luhmann de que la dogmática jurídica es un saber sólo productor de modelos de decisión intuitivamente parece de antemano excesivamente simplista, pero como forma parte del aparato teórico de la teoría de los sistemas jurídicos la sometimos a prueba tal como nos es presentada.

Cabe agregar, con todo, que la teoría de Luhmann es, a nuestro entender, insuficiente. Su defecto más notable es el silencio acerca de cómo se conforman, para cada grupo de casos, las calificaciones de lícito/ilícito, que son el punto de partida de la estabilización de expectativas y la reducción de la complejidad: ¿están determinadas por algún otro tipo de fenómeno social?; ¿existen patrones en las expectativas frustradas y satisfechas?; etc. Es decir, Luhmann no nos proporciona pistas acerca de qué expectativas deben frustrarse y cuáles no, con lo cual es incierto el sentido en el que se reducirá la complejidad. Se podrá decir que la teoría de Luhmann es, desde ese punto de vista, una explicación instrumental

de las funciones del sistema jurídico, pero las preguntas que recién sugerimos parecen inevitables, y ellas sólo pueden responderse desde un marco teórico diferente al de Luhmann.

Sin embargo, la teoría del sistema jurídico tiene algunos rasgos más que interesantes desde el punto de vista teórico y epistemológico. En primer lugar, es una teoría que se abstiene deliberadamente de efectuar valoraciones, y mucho menos explicaciones veladamente laudatorias, acerca del sistema jurídico, ya que trata de aprehenderlo exclusivamente como un fenómeno social. Baste recordar, en este sentido, la aseveración de Luhmann de que los motivos para “creer” en el sistema jurídico son totalmente irrelevantes para explicar sus funciones. La explicación del sistema jurídico, además, se realiza en forma consistente con una teoría general de la sociedad.

Desde el punto de vista epistemológico, es muy destacable que esta teoría formula predicciones, es decir hipótesis contrastables empíricamente y, en particular, refutables o falsables, satisfaciendo el criterio de Popper para ubicarla dentro del campo de los saberes científicos (Popper, 2003: 309 y ss.). Si, en vez de un criterio epistemológico falsacionista, se adoptara el criterio de que la acumulación de evidencias favorables a una hipótesis aumenta las probabilidades de que ella sea correcta (Carnap, 1950: 162 y ss.), las hipótesis de Luhmann acerca del sistema jurídico y la dogmática también son perfectamente verificables mediante la observación. Estos rasgos fueron remarcados por el mismo Luhmann (2008: 37), y significan que las hipótesis que formula la teoría son un campo fértil para la investigación empírica (Amato, 2024: 1378-1380), ya que no se limita a interpretar datos preexistentes sino que, al formular predicciones, permite ser contrastada con observaciones ulteriores.

Lo anterior constituye, a nuestro juicio, una ventaja comparativa respecto de otras teorías del Derecho que, o bien proponen hipótesis no falsables, o bien evitan vigorosamente ponerse a prueba empíricamente mediante la realización de predicciones, lo cual las coloca fuera del terreno de la ciencia, no sólo en la acepción de Popper sino en cualquiera de las usualmente aceptadas en nuestra cultura (por ejemplo Bunge, 1989: 27-31). Siendo clara esta característica en la teoría de Luhmann, dejo de lado la discusión acerca de los diferentes tipos de saberes que se engloban en la “teoría del Derecho”, y la discusión acerca de la posibilidad de que todos o algunos de ellos se pongan a prueba empíricamente (Galligan: 2010, 973).

Entender que la mayor proximidad a la ciencia es una virtud de una teoría es, desde luego, una toma de posición epistemológica, especialmente fuerte en un campo como el de las teorías acerca del Derecho. De nuestra parte, la preferencia por una teoría del Derecho que, al menos, se acerque al modo de teorizar de la ciencia, se funda en que esta práctica social (que eso es la ciencia) ha mostrado una aptitud para resolver problemas mucho mayor que cualquiera otra, como la religión, la metafísica, la magia y otros muchos (lo cual no quiere decir que estos otros saberes sean despreciables en modo alguno). Vistas así las cosas, la comprensión del fenómeno jurídico debe expandirse dentro del terreno de la ciencia, lo cual no significa que deba enterrarse a la dogmática jurídica entendida como práctica normativa.

Además, la concepción del Derecho como sistema nos proporciona una descripción y explicación exhaustivas de varios aspectos operativos de lo jurídico. La noción de un aparato social que recoge información y la procesa para regular expectativas da cuenta en forma sintética y precisa del Derecho en marcha, y —como se señaló un poco más arriba— dado su carácter instrumental es compatible con muchas otras teorías. En efecto, la teoría del sistema jurídico destaca su funcionalidad como subsistema dentro del sistema social por medio de la estabilización de expectativas, pero al no aclararnos en qué sentido se produce dicha estabilización, puede ser utilizada como complemento de otras teorías en las que también se asigne al Derecho un papel funcional.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso recordar que la teoría de los sistemas es, en términos epistemológicos, “sociopoiética”: dado que ella misma se construye y se evalúa desde la propia sociedad, su generación y la producción de trabajos de campo enmarcados en ella (como el presente artículo) se realizan también desde un sistema social llamado “ciencia”, que opera de la misma forma que los sistemas que son objeto de su estudio (Arnold, 2003).

En lo que respecta a las hipótesis especiales acerca de la dogmática, por un lado la teoría de Luhmann aparece como insuficiente, ya que intuitivamente se puede aventurar que las funciones de dicho discurso van más allá de la construcción de modelos de decisión. No obstante, también es intuitivamente cierto que la tarea más intensa de la dogmática está en la construcción de tales modelos. Por otro lado, y dejando de lado el pronóstico de una pérdida de certeza como consecuencia de una orientación de la dogmática y el sistema jurídico hacia las consecuencias, si esta tendencia es cierta plantea desafíos metodológicos considerables a la dogmática. En efecto, y si la tarea de delimitación de categorías jurídicas y el encuadre en ellas de casos concretos puede llevarse a cabo de acuerdo al estilo de trabajo tradicional de la dogmática, si ésta opta por preocuparse por las consecuencias de sus decisiones deberá necesariamente incursionar en el terreno empírico, por sí o en un trabajo interdisciplinario con otras ciencias sociales, ya que las “consecuencias” u “objetivos” no son sino situaciones sociales deseadas o esperadas por el dogmático.

3.2. CARACTERIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN, SELECCIÓN DEL OBJETO Y DISEÑO METODOLÓGICO

La investigación se inscribe dentro de los estudios empíricos acerca del fenómeno jurídico, campo de la investigación que epistemológicamente se ubica en la misma línea esbozada en 3.1 (entre otros Baldwin y Davis, 2003; Wulf, 2016). Dentro de este tipo de estudios, por su lado, la investigación tiene carácter teórico, no dogmático: asumiendo que la dogmática es un discurso comprometido con la producción interna del Derecho, o —como lo indica el propio Luhmann— con las operaciones internas del sistema jurídico, nuestro trabajo se orienta en cambio a la detección y explicación de las propiedades del sistema jurídico observado externamente (Sarlo, 1993).

Tratándose de una investigación en la cual se pone a prueba una hipótesis específica, necesariamente la misma será de campo: elegimos un caso especial dentro del fenómeno

general acerca del cual se formula la hipótesis (la dogmática jurídica), y comparamos su desempeño real con el pronóstico efectuado por las hipótesis.

Si bien, como se indicará más abajo, el objeto de estudio no es una “muestra” sino un “caso”, en su proceso de selección nos fundamos por un lado en el trabajo sobre muestras de Padua (1979: 83 y ss.). Una “muestra” es un subconjunto dentro del universo o población acerca del cual se formula una hipótesis; en el caso de la hipótesis de Luhmann sobre la dogmática, la población sería toda la dogmática del mundo, mientras que una muestra sería un conjunto de productos dogmáticos. Si bien la variedad canónica de muestra es la de origen estadístico, se ha propuesto otro grupo de muestras que y que corresponde a lo que Padua llama “muestra para probar hipótesis sustantivas” (Padua 2000). Este segundo tipo de muestras nos interesa porque se asemeja al “caso”, que es el método que empleamos en este trabajo, por lo cual su delimitación puede trasladarse, con los cuidados debidos, a la delimitación del método del caso. La muestra para probar hipótesis sustantivas no tiene, como tampoco lo tiene el caso, un valor estadístico, ya que no pretende que sus conclusiones se proyecten a todo el universo de fenómenos semejantes, sino que, más modestamente, pretende identificar en algunas situaciones concretas las propiedades predichas por la hipótesis que se está probando. La selección de los elementos de una muestra de este último tipo debe contener elementos lo suficientemente heterogéneos, evitando en todo lo posible los sesgos o intencionalidades que, según el caso, favorecen la confirmación o refutación de la hipótesis. Esa heterogeneidad está constituida por “variables”, es decir propiedades para definir el subconjunto que constituye la muestra.

Las “resoluciones” de las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario y las Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Derecho Tributario, que son el objeto del trabajo de campo de la presente investigación, no cuentan con los elementos suficientes para ser una muestra. Para empezar, carecen de variedad temática en su nivel más general, ya que sólo abarca un sector del saber dogmático. Tampoco son heterogéneas en cuanto a las culturas y tradiciones jurídicas, ni geográficamente amplia, ya que sólo incluye a la dogmática tributaria de América Latina y la Europa meridional de lenguas latinas. Sin embargo, tiene algunas características interesantes, que facilitan el trabajo de campo.

- a) En primer lugar, ahorra a los investigadores tareas de búsqueda documental para la conformación de una muestra, en el sentido estricto de esta última. Las reglas de las jornadas imponen a los relatores nacionales a expresar las posiciones dogmáticas de sus respectivos países acerca de los temas elegidos, sean o no de su gusto, por lo que no es seguro, pero sí probable, que gran parte de la riqueza dogmática de cada país se refleje en los relatos nacionales que conforman la materia prima de las resoluciones. A su vez, las resoluciones son redactadas por los propios relatores a partir de las opiniones de sus dogmáticas nacionales recolectadas en sus relatos nacionales. Dado que, además, las resoluciones son adoptadas por mayoría de votos, hay una razonable “correa de transmisión” que nos conduce de las diferentes dogmáticas nacionales hasta las resoluciones de las Jornadas.
- b) Los temas tratados en las Jornadas, si bien sólo atañen a cuestiones tributarias, dentro de éstas ofrecen una razonable variedad temática dentro del campo tributario, si

consideramos todas las resoluciones a lo largo de todo el período, con una distribución equitativa entre problemas generales y especiales.

- c) Se extienden por 67 años en forma ininterrumpida, lo cual cubre contextos económicos, sociales y políticos muy diferentes dentro del área geográfica.
- d) Si bien no tiene una amplitud geográfica mundial, el territorio abarcado tiene una amplitud y heterogeneidad relevantes en sus condiciones sociales, económicas y políticas: América del Sur y —en menor medida— Central y el Caribe, España, Portugal y —en las últimas décadas— Italia.

De manera que si bien estas resoluciones de las Jornadas del ILADT² no podrían considerarse una muestra en sentido propio, creemos que de todos modos podría entenderse como un *caso de estudio*, que si bien es normalmente considerado como un método de análisis cualitativo, en esta ocasión arrojaría resultados cuantificables (Schwandt y Gates, 52017). Mientras que una muestra representa un subconjunto de elementos en número superior a 1 del universo de casos posibles abarcados por la hipótesis, el caso es un subconjunto de sólo 1 elemento abarcado por la hipótesis. En ese sentido, el conjunto de las resoluciones del ILADT no llegaría a ser una muestra principalmente porque no incluye ningún elemento de dogmática no tributaria, pero sería un caso de una complejidad y riqueza inusuales por lo que se ha indicado. Ello es importante porque en la metodología cuantitativa, el estudio del caso, si bien tiene un valor confirmatorio limitado, no es intrascendente en la medida en que el caso elegido tenga sea amplio y representativo, y no un mero evento aislado, lo cual se cumple con creces con las resoluciones que analizamos. Un punto que sí es relevante en las investigaciones de campo que tienen por objeto el estudio de casos, es la determinación de la unidad de análisis (Yin, 32003: 23-26), que en esta ocasión está delimitada en forma nítida (precisamente, las resoluciones de las jornadas del ILADT), y especificadas las propiedades que hacen al caso relevante.

Además, el estudio del caso puede ser una estrategia interesante si se adopta una concepción falsacionista de la ciencia, de acuerdo con Popper. En efecto, para esta última concepción basta el hallazgo de un contraejemplo de la hipótesis, con tal que sea decisivo o relevante, para que la misma se considere falsada. Un caso relevante que contradiga una o ambas hipótesis de Luhmann sería, pues, suficiente para refutarla, con tal que cumpla con la condición de ser “universalizable” (ver *infra*, 5).

No obstante, si el estudio del caso confirma alguna hipótesis, su valor para aumentar las probabilidades de corrección de la misma (en la concepción de Carnap) es reducido. En efecto, la relevancia probabilística de la confirmación es fundamentalmente cuantitativa, por lo que un caso en que la hipótesis se confirme, si bien no sería inocuo, no elevaría significativamente su grado de verificación.

En lo concerniente al método empleado para el análisis del material observado, que está constituido enteramente por textos, se recurrió a las *técnicas de observación documental*. (Duverger, 1996: 115 y ss.). Eso significa que el trabajo de campo en sentido estricto es cualitativo (Wulf, 2026), si bien el resultado del análisis textual es cuantificado y representado gráficamente. El gran desafío metodológico que enfrentamos fue la generación de

criterios de selección de las resoluciones de las Jornadas que tradujeran apropiadamente las ideas de Luhmann de “orientación a la clasificación” y “orientación a consecuencias”. Esta labor requiere un conocimiento del lenguaje jurídico tributario del área geográfica incluida en la investigación y sus categorías. Si bien ello fue facilitado por el hecho de que los investigadores tenemos un grado relevante de especialización académica en dicha materia, se utilizaron como textos de referencia dos libros que son reconocidos generalmente como fundacionales de la dogmática tributaria en lengua española y tradicionalmente utilizados en la enseñanza universitaria de la materia (Jarach, 1969 y 1996; Valdés Costa, 1996), y una recopilación más reciente de literatura dogmática de América Latina y Europa meridional (García Novoa y Hoyos Jiménez, 2008).

En ese sentido, se asumió —en una primera instancia— que:

- Los textos que enfatizan la descripción y las propiedades que deben asignarse a ciertas categorías usuales de la dogmática jurídica tributaria deben calificarse como “orientados a la clasificación”.

Algunos ejemplos de estas resoluciones son: enumeración de propiedades de diferentes especies de ingresos públicos (precios públicos, tributos y —dentro de éstos— tasas, impuestos y contribuciones especiales); delimitación de condiciones previas del caso para la aplicación de las figuras tendientes a desconocer las formas jurídicas adoptadas por los particulares; caracterización de los distintos tipos de sujetos pasivos tributarios; etc.

- Los textos que enfatizan la obtención de ciertos objetivos, o destacan ciertos efectos positivos o negativos, de una cierta solución jurídica existente o propuesta como innovación.

Algunos ejemplos de estas resoluciones son: propuesta de reformas de los impuestos del sector agropecuario con el fin de mejorar su productividad; mecanismos para eliminar la doble imposición bajo el supuesto de sus efectos negativos en la inversión; etc.

Luego de la calificación, sus resultados fueron expresados gráficamente de acuerdo a diversos criterios atemporales, y por otro lado en una línea de tiempo.

4. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

En un primer momento el análisis de las Resoluciones del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT) se realizó sobre la base de la división realizada por Luhmann en función de la orientación a la clasificación y a las consecuencias o, dicho de otra forma, orientados al input o al output del sistema.

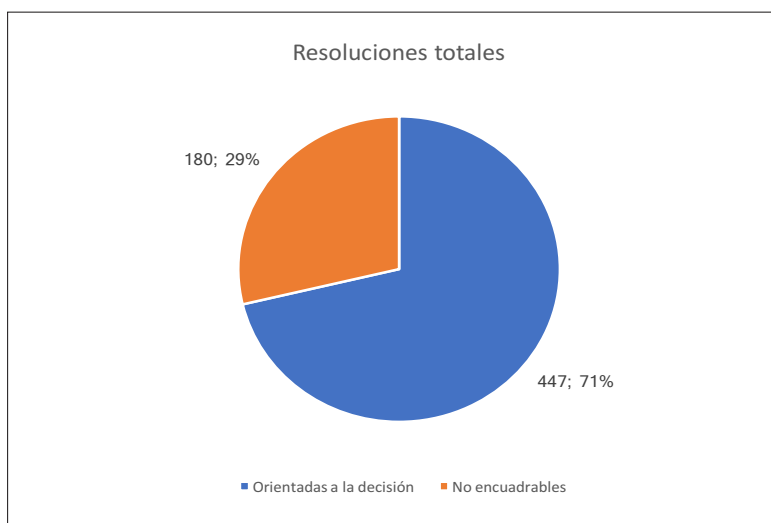
Al poco de adentrarnos en dicho análisis pudimos constatar que la división binaria propuesta por Luhmann no daba cuenta de todos los elementos del caso de estudio, pues no todas las resoluciones de la ILADT podían encuadrarse de forma no forzada en “orientadas

a la clasificación” u “orientadas a las consecuencias”. Un ejemplo claro de esa imposibilidad de calificar a las resoluciones según el binomio es el de las propuestas de creación y regulación de órganos que dictan decisiones (como tribunales u oficinas administrativas especializadas): en estos casos la dogmática no está proponiendo un proyecto de decisión acerca de cómo procesar la información que circula del *input* al *output* del sistema jurídico, sino estructurando las instancias y pasos que deben cumplirse para procesar la información. Por así decirlo, al proponer órganos o procedimientos la dogmática está tratando de operar en el esqueleto del sistema. Algo semejante puede decirse de algunas —no todas— las recomendaciones acerca del manejo de los textos (las labores que los juristas suelen llamar “interpretación” o “integración”). Si bien existen recomendaciones sobre la interpretación de textos que pueden considerarse que se enfocan en la clasificación, y otras que indudablemente son consecuencialistas, otras parecen ser estrategias para el uso del lenguaje aplicables a cualquier tipo de operación dentro del sistema. Esto no significa que estas reglas de uso del lenguaje jurídico sean socialmente neutrales, ni mucho menos: simplemente resultaría forzado reconducirlas a un esquema “clasificación vs. consecuencias”. Un tercer caso claro de resoluciones no encuadrables en el binomio de Luhmann son aquellas que se adentran en cuestiones de enseñanza del Derecho.

Estas proposiciones nos condujeron a la proposición de una tercera categoría de resolución, a la cual denominamos —por comodidad y a los fines estadísticos— “No encuadrables”. Esa denominación, que responde a contenidos dogmáticos no pensados ni desarrollados por Luhmann, denota un conjunto en el que se incluyeron aquellas resoluciones que no se enfocan directamente en proponer modelos de decisión, ni —por añadidura— se orientan a la delimitación de categorías jurídicas ni a las consecuencias de una propuesta de decisión. Ello nos permitiría concluir a la postre que la propuesta de Luhmann de categorizar a la dogmática exclusivamente como “cercana al input” o “cercana al output” no da cuenta en forma completa de los contenidos y las funciones de la dogmática. Ésta tiene, como desarrollaremos en el capítulo final, otras funciones además de proponer modelos de decisión.

El siguiente gráfico circular muestra la división de las resoluciones entre aquellas orientadas a la decisión, de aquellas que clasificamos como “no encuadrables” de acuerdo a lo recién expuesto.

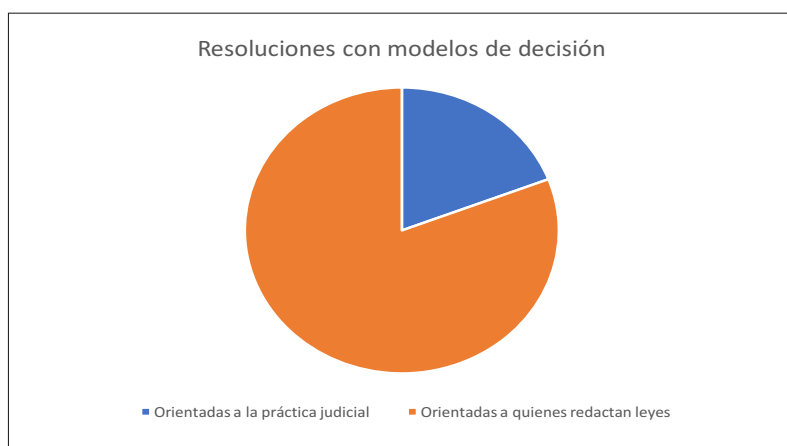
Gráfico 1



Fuente: elaboración propia a partir de la información recolectada de las resoluciones publicadas en ILADT 2024.

Dentro de las resoluciones que contienen modelos de decisión, se advirtió una subdivisión no propuesta por Luhmann: las dirigidas a la práctica judicial en sentido amplio (es decir, a abogados prácticos, jueces, administradores, o dogmáticos orientados a generar soluciones para los grupos anteriores), y por otro lado aquellas dirigidas a los redactores de leyes (lo que en el lenguaje dogmático a veces se llama soluciones *de lege ferenda*). En el siguiente gráfico se muestra esa subdivisión como porcentajes del total de resoluciones que contienen modelos de decisión.

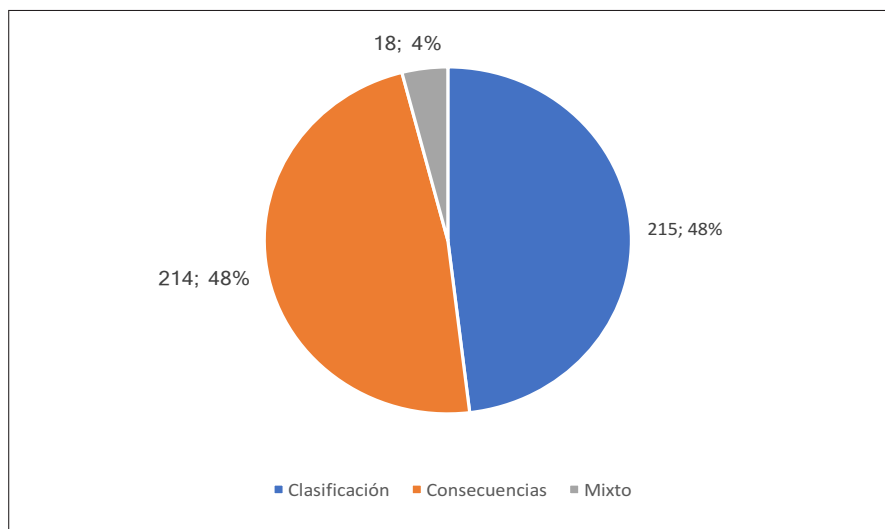
Gráfico 2



Fuente: elaboración propia a partir de la información recolectada de las resoluciones publicadas en ILADT 2024.

La notable predominancia de resoluciones dirigidas a quienes hacen leyes, respecto de las que se dirigen a la práctica judicial, seguramente no se reitere en observaciones que se hicieran respecto de la dogmática materializada en libros y artículos. Ello es fácilmente explicable por el origen de los textos que componen el caso: ellos emergen de reuniones de dogmáticos provenientes de diferentes países, por lo que la atención se focaliza en las grandes direcciones de los sistemas jurídicos tributarios y no —como sucede con las dogmáticas nacionales— con problemas concretos nacidos de cada práctica jurídica local. Esta comprobación —que naturalmente podría ser también intuitiva— no significa una refutación de la hipótesis a) mencionada en el capítulo 2, aunque sí un ajuste a la misma. En efecto, la labor orientadora de la dogmática se extiende a todos el espectro de producción de Derecho: legislación, administración y procesos judiciales.

Gráfico 3



Fuente: elaboración propia a partir de la información recolectada de las resoluciones publicadas en ILADT 2024

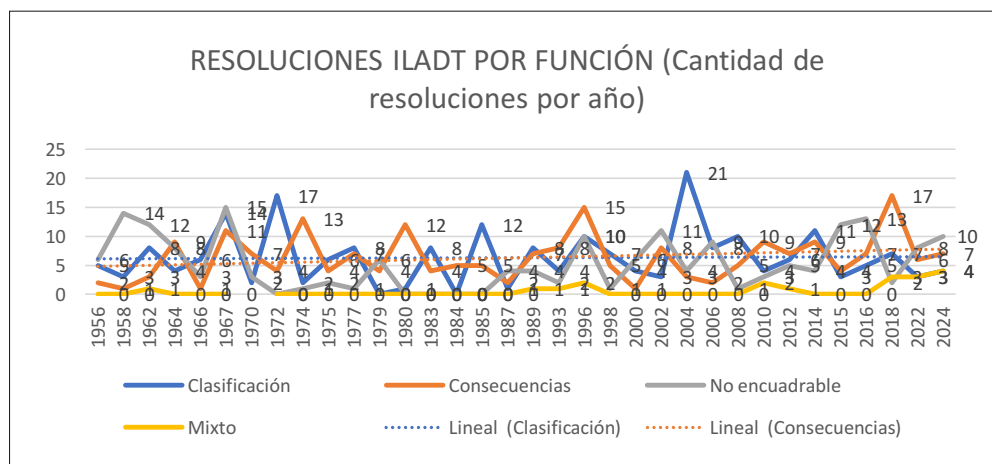
Pasando a la verificación de la hipótesis b) indicada en el capítulo 2, dentro de las resoluciones que proponen modelos de decisión efectivamente se advirtió que en su gran mayoría responden a los patrones propuestos por Luhmann. Sin perjuicio de que, como se señaló en el apartado anterior, los investigadores elaboramos criterios de calificación de los textos de las resoluciones a partir de una aplicación amplia de las definiciones de Luhmann, efectivamente se constató que las resoluciones de las Jornadas en su enorme mayoría se orientan o bien a delimitar categorías jurídicas *per se*, bien a proponer soluciones a partir de la suposición de las consecuencias que las mismas tendrían. También se identificaron unas pocas resoluciones que proponen modelos de decisión que contienen a la vez la definición o descripción de una categoría, y la exposición de las consecuencias o impacto de esa definición o descripción. Escindir estas últimas resoluciones en una parte “orientada

a la clasificación” y otra parte “orientada a las consecuencias” nos resultó, una vez más, forzado y artificioso, por lo que optamos por crear un cuarto subconjunto de resoluciones denominando a esas resoluciones como “mixtas”, también por fuera de la dupla propuesta por Luhmann. No obstante, la enorme mayoría de las resoluciones que contienen modelos de decisión responden a la dupla de Luhmann. Las cantidades totales se exponen en el gráfico 3.

Pero la hipótesis b de Luhmann es esencialmente cronológica: predice una evolución de la dogmática y el sistema jurídico desde modelos de decisiones y decisiones (respectivamente) basadas esencialmente en clasificaciones, hacia decisiones basadas en consecuencias. En el siguiente gráfico se muestra la evolución cronológica las resoluciones de las Jornadas del ILADT, indicando tanto las orientadas a la clasificación como las orientadas a las consecuencias, las mixtas y las no encuadrables (es decir, abarcando el universo total de resoluciones), incluyendo las líneas de tendencia.

En este sentido, conforme se indicó precedentemente, se consideraron como orientados a la clasificación, aquellas resoluciones que ponen su foco en la descripción de ciertas categorías dogmáticas, mientras que, aquellas resoluciones cuyo énfasis se encuentra en la obtención de ciertos objetivos o en los efectos que una solución propuesta pueda acarrear fueron considerados como resoluciones orientadas a las consecuencias. En el caso de las resoluciones mixtas, se incluyó en las mismas aquellas que si bien tienen por objeto la definición o descripción de ciertas categorías jurídicas, lo hacen orientadas a las consecuencias prácticas de su aplicación, por lo que repercuten tanto en la definición de la categoría como en las consecuencias. Finalmente, en la categoría no encuadrables, se incluyeron aquellas resoluciones que no cumplen con ninguno de los criterios antes mencionados, sino que se limitan por ejemplo a constatar situaciones fácticas, a proponer reglas de interpretación, a realizar valoraciones jurídicas o epistemológicas, etc.

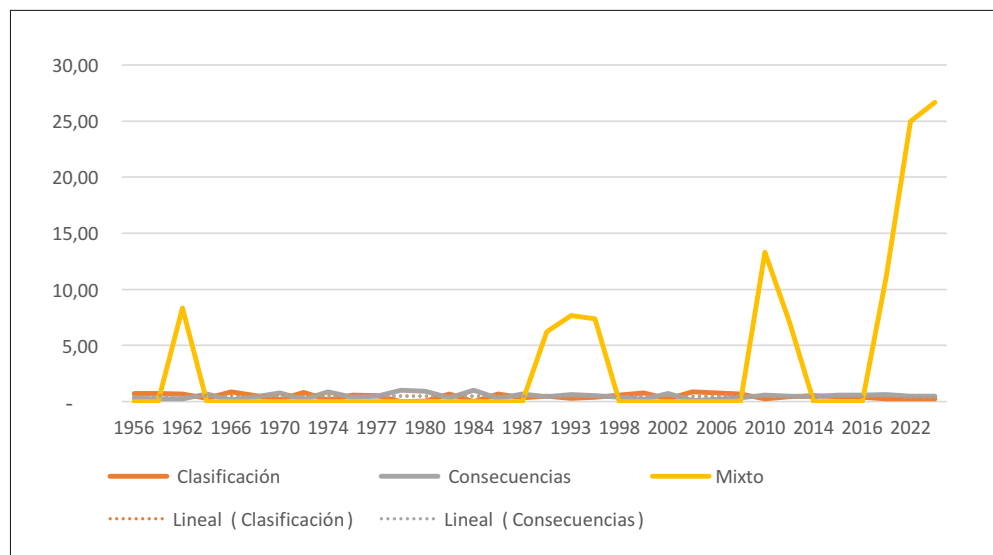
Gráfico 4



Fuente: elaboración propia a partir de la información recolectada de las resoluciones publicadas en ILADT 2024.

Las líneas de tendencia con consistentes con la hipótesis de Luhmann, en forma leve. Nos pareció oportuno someter las hipótesis a otras pruebas con ciertos cambios en la información estadística. Así, el siguiente gráfico muestra la cantidad de resoluciones orientadas a la clasificación y a las consecuencias (además de las mixtas), depuradas de las no encuadrables (por no proponer modelos de decisión), también en una secuencia temporal, incluyendo las líneas de tendencia.

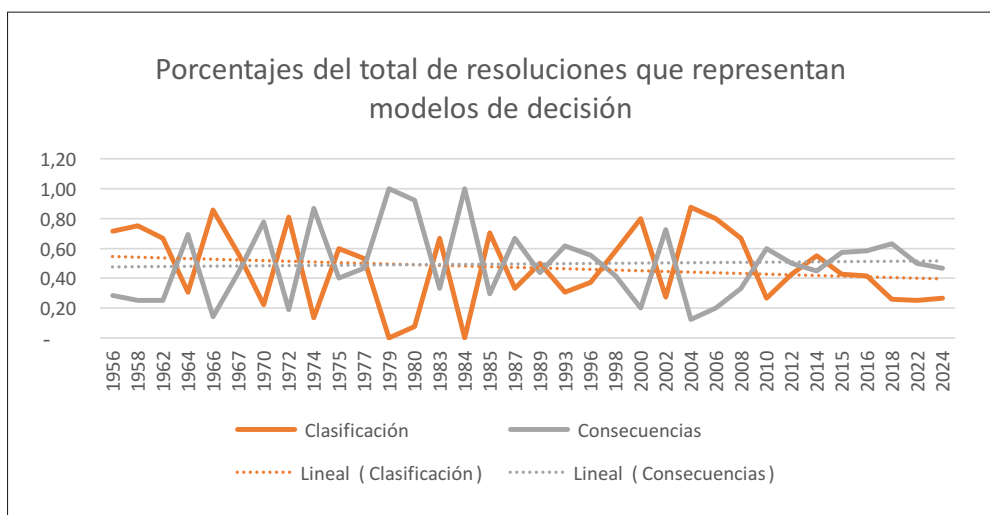
Gráfico 5



Fuente: Elaboración propia a partir de resoluciones transcritas en ILADT 2024.

Con el mismo fin, consideramos las resoluciones orientadas a la clasificación, y a las consecuencias o mixtas, no como magnitudes (es decir, como cantidades absolutas), sino como *porcentajes* del total de resoluciones de cada jornada que proponen modelos de decisión (es decir, depuradas de las no encuadrables), en secuencia cronológica, incluyendo las respectivas líneas de tendencia. Ello se expone en el siguiente gráfico.

Gráfico 6



Fuente: elaboración propia a partir de las resoluciones transcriptas en ILADT 2024.

El gráfico muestra la misma tendencia que los anteriores: crecimiento de los modelos de decisión orientados a las consecuencias, y declinación de los modelos de decisión orientados a la clasificación, ambas con inclinación leve.

Las diferencias más notables entre los tres gráficos que representan la secuencia cronológica, es el momento de intersección: mientras que en los Gráficos 4 y 6 el cambio de predominancia se produce en la segunda mitad de la década de 1980, si consideramos las decisiones como porcentajes de las resoluciones de cada jornada dicho cambio aparece a mediados de la década de 1990.

5. CONCLUSIONES ACERCA DEL TRABAJO DE CAMPO

En primer lugar observemos qué hipótesis de Luhmann acerca de la dogmática pueden considerarse *falsadas* de acuerdo con los criterios de Popper. Recordemos al respecto que, para afirmar que una hipótesis está falsada, Popper señala que debe encontrarse un contraejemplo de la hipótesis, y además que ese contraejemplo sea “universalizable”³. Eso no significa que para falsar una hipótesis debamos encontrar muchos casos de un mismo contraejemplo: puede ser suficiente uno solo, pero por sus características debe ser un contraejemplo que no sea forzosamente accidental, sino que tiene que dar cuenta de propiedades incompatibles con las previstas en la hipótesis falsada, y que dichas propiedades incompatibles puedan repetirse en otros casos (Popper, 1983: 83-84).

En ese sentido, el contraejemplo de la primera hipótesis de Luhmann que resultó de nuestro trabajo de campo (a saber, que la dogmática cumple otras funciones además de modelizar decisiones), es universalizable. Tomemos por ejemplo la labor de establecimiento de cánones o reglas de “interpretación”. Si bien en muchos casos ellas pueden reconducirse a diseños de modelos de decisión por clasificación o por consecuencias, es fácil hallar en sectores no tributarios de la dogmática pautas acerca de “cómo leer los textos” que no se reducen a ese binomio.

Más ampliamente, el trabajo de campo revela que la dogmática jurídica tiene varias funciones que tienen relativa o total independencia de los puntos de entrada y salida del sistema, como ser:

- Organizar el sistema, tanto desde el punto de vista orgánico (propuesta o descripción de órganos y delimitación de sus competencias), y proponer procedimientos para la adopción de decisiones.
- Pedagógicas, cuando refieren a la enseñanza de los saberes jurídicos.
- Establecer cánones o criterios de lectura de textos, normalmente denominados “métodos”, “reglas”, etc., de “interpretación” (y a veces de “integración”), que en muchos casos son aplicables indistintamente a la clasificación como a la producción de resultados, labores que se ubicarían en las etapas intermedias del sistema, entre el *input* y el *output*.
- Modelos de decisión, que —como observamos— siguen en general el patrón propuesto por Luhmann, pero que contienen también algunos elementos en que la escisión entre “orientación a la clasificación” y “orientación a las consecuencias” no es posible.

Cabe agregar que los resultados del trabajo de campo se compadecen mucho mejor con la descripción de las labores dogmáticas que propone Courtis (2006), las que comprenden, sin dudas, la modelización de decisiones para conflictos dirimidos judicialmente, pero también otras funciones de diseño y ordenación del sistema jurídico. Por otro lado, la atención prestada por la dogmática a las “fases intermedias” del procesamiento de la información dentro del sistema (es decir, a la operación de los poderes del Estado, principalmente —pero no limitados a— el Poder Judicial), sugiere que no sólo el *input* y el *output* son relevantes, sino que una nota importante de los sistemas jurídicos de nuestras culturas es lo procedimental. Ello no obsta a que el gráfico 1 sugiera una “versión débil” de la hipótesis (a) de Luhmann, ya que, al menos en este grupo de resoluciones dogmáticas aquellas que proponen modelos de decisión son mayoría frente a las que cumplen otras funciones.

La hipótesis (b) del capítulo 2, en cambio, es corroborada por el conjunto de las resoluciones del ILADT. Las líneas de tendencia de los gráficos 4, 5 y 6 indican un leve pero sostenido ascenso de la cantidad de resoluciones de las Jornadas que proponen soluciones en función de las consecuencias, y un declive también leve pero sostenido de las resoluciones

que se enfocan en la clasificación. Desde el cruce de las líneas de tendencia (aproximadamente entre finales de la década de 1980 y mitad de la década de 1990) hacia adelante hay un leve predominio de las resoluciones que atienden a las consecuencias.

Más allá de las tendencias, los gráficos 4, 5 y 6 muestran “picos” de resoluciones de una y otra orientación. No hemos logrado identificar eventos externos a la dogmática, ni a los sistemas jurídicos en general, que expliquen esos momentos.

Respecto de esta hipótesis (b), no obstante, su confirmación para el caso analizado tiene las naturales limitaciones que tiene la metodología del caso: utilizando el criterio de Carnap, el aumento de probabilidades favorables a una hipótesis que deriva de su corroboración para un caso no es banal, pero tampoco es decisiva. En otras palabras, se requiere de más trabajos de campo significativos para robustecer esta hipótesis de Luhmann.

Con todo, la parte de la teoría de Luhmann sobre la dogmática que aparece como de más difícil abordaje es la hipótesis (c): el aumento de incertidumbre como consecuencia de la inclinación hacia modelos de decisión orientados a las consecuencias, ya que los elementos observables que podemos elegir como indicadores de “certidumbre” o “incertidumbre” son, en todo caso, indirectos. Los trabajos empíricos sobre dicho punto, que ya citamos en el capítulo 2 (ver referencia de Porner Nilsen), son estudios de casos concretos vinculados a prestaciones de seguridad social, y no tienen, por lo tanto, un valor estadístico. Por las dificultades metodológicas al respecto, dejamos a dicha hipótesis de Luhmann fuera del horizonte de nuestra investigación.

Por otra parte, el caso que fue objeto del estudio de campo incluye solamente a un sector muy específico de la dogmática (la tributaria), y dentro de ella a una parte representativa, pero que no tiene el valor de una muestra estadística. Por lo tanto, queda por estudiarse si los sistemas jurídicos en los países de América Latina y Europa meridional evolucionaron en el mismo sentido, ya que sabemos que la dogmática genera soluciones que luego se adoptan por jueces y legisladores, por lo cual es probable que exista un desfase temporal entre la aparición de una tendencia dogmática y su aceptación por los decisores jurídicos.

El resultado del trabajo de campo sugiere, por otro lado, algunos corolarios adicionales a la hipótesis original de Luhmann. Esta última fue formulada a principios de la década de 1970 y se fundaba —a juzgar por los comentarios del autor— en la observación informal de la dogmática civil alemana del siglo XX, desde principios del siglo hasta la redacción del libro respectivo. En nuestro caso, el período estudiado se inicia mucho más tarde que a principios del siglo XX, pero a la larga muestra una evolución similar a ésta a la observada informalmente por Luhmann en relación con la dogmática civil alemana. Estas dos evoluciones coinciden, por otra parte, con las observaciones de Weber realizadas respecto de la dogmática de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, que se mencionaron en el capítulo 3. Esta reiteración sugiere que las dogmáticas muestran una regularidad en su trayectoria como discursos. Según la opinión de Zajonc que cita Luhmann esa trayectoria se asociaría a un crecimiento en la complejidad cognitiva, punto que también debería someterse a evaluación empírica. Otra explicación alternativa, no necesariamente incom-

patible con la de Zajonc, es que la trayectoria dogmática hacia las consecuencias se asocia a un cambio en su autoconcepción: la atención a las consecuencias de las decisiones que propone es una señal de que los dogmáticos empiezan a asumir conscientemente que son parte de una práctica social y que, por lo tanto, sus propuestas de decisión son, a pequeña, mediana o gran escala, una dimensión política.

Pero a la vez, el estudio pone de manifiesto la principal insuficiencia de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, especialmente aplicada al sistema jurídico (ver 3.1). Por ejemplo, queda en evidencia que la teoría de Luhmann tampoco nos aporta explicaciones acerca de los determinantes del tipo de información que procesa la dogmática y el sistema jurídico, y la forma en que lo hace.

Por otro lado, la investigación, al aportar un indicio de que efectivamente la dogmática tiende a ocuparse de las consecuencias de sus propuestas, sugiere la necesidad de que la dogmática jurídica revea sus vínculos con la investigación empírica. La “orientación a las consecuencias” no es otra cosa que la suposición de ciertos efectos sociales deseados y no deseados de un modelo de solución propio, o de los modelos rivales. Ahora bien, para que esas propuestas sean racionales, se requiere algún tipo de sostén empírico. Veamos un ejemplo. Supongamos que una postura dogmática propone una cierta interpretación de un texto positivo (ley, tratado, etc.) referido a la tenencia de niños, niñas y adolescentes, y se dice que dicha solución es preferible para la “salud física, emocional y psíquica” de los niños, niñas y adolescentes. Una afirmación de este tipo debería apoyarse en trabajos empíricos previos, o integrantes de la propia investigación dogmática (realizados por los propios dogmáticos o incorporando académicos de otras disciplinas), que hagan al menos probable que el modelo de solución jurídica es materialmente más benéfica para las y los involucrados.

NOTAS

1. En realidad, se trata de la dogmática de muchos países de América Latina, si bien no de todos, y una parte de la dogmática española, portuguesa e italiana. No obstante, y como las Jornadas cuyas resoluciones se tomaron como objeto tienen la denominación de “latinoamericanas”, conservamos este adjetivo tanto en el título como en el desarrollo del trabajo.

2. Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT) (2024): Resoluciones. Disponible en: <https://iladt.org/resoluciones/>

3. Tal como indica Popper: “únicamente decimos que una teoría está falsada si hemos aceptado enunciados básicos que la contradigan... aceptamos la falsación solamente si se propone y corrobora una hipótesis empírica de bajo nivel que describa semejante efecto, y podemos denominar a este tipo de hipótesis una hipótesis falsadora. El requisito de que la hipótesis falsadora ha de ser empírica, y, por tanto, falsable, quiere decir exclusivamente que debe encontrarse en cierta relación lógica con respecto a los posibles enunciados básicos...” (1993: p. 83).

BIBLIOGRAFÍA

- Amato, Lucas F. (2024): “The legacy of Luhmann’s sociology of law: a triologue among social theory, jurisprudence and empirical research”, *Oñati Socio-legal Series*, 14 (5), 1359-1383.
- Arnold Cathailfaud, Marcelo (2003): “Fundamentos del Constructivismo Sociopoiético”, *Cinta de Moebio*, 18.
- Atienza, Manuel (1980): “El futuro de la dogmática jurídica”, *El Basilisco: Revista de materialismo filosófico*, 10, 63-69.
- Baldwin, John y Gwynn Davis (2003). Empirical Research in Law, en P. Cane y M. Tushnet (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford: Oxford University Press, 880-900.
- Bunge, Mario (1989): *Seudociencia e ideología*, Madrid: Alianza.
- Carnap, Rudolf (1950): *Logical Foundations of Probability*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Chalmers, Alan (2005): ¿Qué es esa cosa llamada ciencia?, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Courtis, Christian (2006): “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, en C. Courtis (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid: Trotta.
- Duverger, Maurice (1996): *Los métodos de las ciencias sociales*, Barcelona: Ariel.
- Galligan, Dennis (2010): “Legal Theory and Empirical Research”, P. Crane y H. Kritzer (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press.
- García Novoa, César y Catalina Hoyos Jiménez (coords.) (2008): *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI* (tomos I y II), Madrid: Marcial Pons.
- Jarach, Dino (1969): *Curso Superior de Derecho Tributario* (tomos I y II), Buenos Aires: Liceo Profesional “Cima”.
- (1996): *El hecho imponible*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kuhn, Thomas (2000): *La estructura de las revoluciones científicas*, México: Siglo XXI.
- (2007): ¿Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos, Barcelona: Paidós.
- Luhmann, Niklas s.f.: *El Derecho de la sociedad*, Repositorio del Instituto Superior Tecnológico Cemlad.
- (1983): *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1998): *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Bogotá: Anthropos – Universidad Iberoamericana – CEJA, Pontificia Universidad Javeriana.
- Padua, Jorge (2000): “Muestreo”, en J. Padua et al. (coords.), *Técnicas de investigación aplicadas a las ciencias sociales*, México: Colegio de México-Fondo de Cultura Económica.
- Popper, Karl R. (1993): *La lógica de la investigación científica*, Madrid: Tecnos.
- Popper, Karl R. (2003): *Conjeturas y refutaciones*, Barcelona: Paidós.
- Porner Nilsen, Stine Piilgaard (2024): “Introduction: a Special Issue on Niklas Luhmann’s System’s Theory and Law”, *Oñati Socio-legal Series*, 14 (5), 1206-1226.
- Ruiz Manotas, Paola y Luis Fernando Bermeo (2018): “La recepción de la teoría de los sistemas de Luhmann en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Prolegómenos*, 21 (42), 161-175.
- Sahuí Maldonado, Alejandro (2002): “Dogmática jurídica y crítica social. Breve aproximación a través de la obra de Niklas Luhmann”, *Crítica Jurídica*, 22, 217-224.
- Sarlo, Oscar (1993): “Investigación en Derecho: una cuestión problemática”, *Revista de la Facultad de Derecho* (UDELAR), 5, 39-48.
- (2014): “Luhmann y el remate de la subjetividad en la sociedad contemporánea”, *Ruptura*, 5, 35-42.
- Schwandt, Thomas A. y Emily Gates (2017): Case Study Methodology, en D. Norman y L. Yvonna (eds.), *The Sage Handbook of Qualitative Research*, Sage.

- Weber, Max (2014): *Economía y sociedad* [1922], México: Fondo de Cultura Económica.
- Wittgenstein, Ludwig (2002): *Investigaciones filosóficas*, Barcelona: Crítica.
- Wulf, Alexander J. (2016): "The Contribution of Empirical Research to Law", *Journal Jurisprudence*, 29, 29-49.
- Yin, Robert K. 3(2003): *The Case Study Research. Design and Methods*, Thousand Oaks: Sage.

VULNERABILIDAD, SUJETO Y ARQUITECTURA INSTITUCIONAL. ANÁLISIS
Y CRÍTICA DEL MODELO NORMATIVO DE MARTHA A. FINEMAN
*VULNERABILITY, SUBJECT AND INSTITUTIONAL ARCHITECTURE. ANALYSIS
AND CRITIQUE OF MARTHA A. FINEMAN'S NORMATIVE MODEL*

Carlos H. González Bellene
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El presente trabajo ofrece una revisión actualizada de la teoría de la vulnerabilidad desarrollada por Martha A. Fineman. Se delinean las estructuras fundamentales de su ambiciosa reconfiguración teórica del sujeto jurídico y del rol del Estado, anclada en dos condiciones universales de la existencia humana: la vulnerabilidad física y la dependencia social. Esta revisión es seguida por un análisis crítico. Por un lado, se destaca que su «inversión del método» le permite eludir el debate conceptual sobre la vulnerabilidad y concentrarse en la articulación de nociones estructurales como la justicia social, la igualdad y el contrato social. Asimismo, se subraya el rendimiento potencial de su propuesta frente a los desafíos globales contemporáneos. Por otro lado, se señalan ciertos flancos abiertos en su proyecto, vinculados a la aspiración universalista que lo orienta, a la escasa consideración de desarrollos críticos afines en torno a las nociones de agencia y autonomía, a las dificultades estratégicas para insertar su tesis en el esquema socio-político vigente, y a los riesgos de que —en su afán por responder a urgencias normativas— pueda ofrecer una plataforma susceptible de justificar políticas antidemocráticas o perfeccionistas. Finalmente, el trabajo concluye con una reflexión sobre los alcances, límites y posibles usos de la teoría en escenarios jurídicos e institucionales concretos.

PALABRAS CLAVE

Martha A. Fineman – vulnerabilidad universal – dependencia – sujeto jurídico – deberes del Estado – justicia social – autonomía.

ABSTRACT:

This paper offers an updated review of the vulnerability theory developed by Martha A. Fineman. It outlines the foundational structures of her ambitious theoretical reconfiguration of the legal subject and the role of the State, anchored in two universal conditions of human existence: physical vulnerability and social dependency. This review is followed by a critical analysis. On the one hand, it highlights how her “inversion of method” allows her to sidestep the conceptual debate on vulnerability and focus instead on the articulation of structural notions such as social justice, equality, and the social contract. It also underscores the potential normative yield of her proposal in addressing current global challenges. On the other hand, it draws attention to certain open fronts in her project, particularly regarding its universalist aspiration, the limited engagement with related critical developments on agency and autonomy, the strategic difficulties in embedding her thesis within contemporary socio-political frameworks, and the risk that —in seeking to respond to urgent normative demands— it may offer a platform susceptible to justifying anti-democratic or perfectionist policies. Finally, the paper concludes with a reflection on the scope, limitations, and possible uses of the theory in concrete legal and institutional settings.

KEY WORDS:

Martha A. Fineman – universal vulnerability – legal subject dependency – state duties — social justice – autonomy.

DOL: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.139>

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación conjunto entre UAM-UC3M «EcoGentium. Justicia ecológica y nuevas vulnerabilidades. Desafíos jurídicos globales» (ref. 2024/00209/001), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI). Agradezco a Silvana Álvarez Medina, Oriela De Rossetti, Luciana Álvarez Bauzá, Fernando de los Santos, Sebastián Figueroa Rubio, Carolina De Miguel y Mar Cuartero Cobo, así como a los evaluadores anónimos de Teoría y Derecho, por sus valiosos comentarios a una versión previa de este trabajo. Las ideas aquí expuestas, así como cualquier error u omisión, son de mi exclusiva responsabilidad.

VULNERABILIDAD, SUJETO Y ARQUITECTURA INSTITUCIONAL. ANÁLISIS Y CRÍTICA DEL MODELO NORMATIVO DE MARTHA A. FINEMAN

Carlos H. González Bellene

Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. Supuestos estructurantes y contexto de formulación. 2.1. Una crítica a las idealizaciones del liberalismo político. 2.2. Igualdad, no discriminación y el agotamiento del modelo de lucha clásico del feminismo. 3. La teoría de la vulnerabilidad (*Vulnerability Theory*). 3.1. Una inversión del método. 3.2. El sujeto vulnerable como nuevo paradigma. 3.3. Redefinición de la justicia social. 3.4. La indiferencia institucional como causación colectiva de daño. 3.5. La desigualdad inevitable. 3.6. El nuevo rol de las instituciones y la teoría de la vulnerabilidad como fundamento para la colectivización (institucionalización) del individuo. 4. Entre el potencial transformador y sus limitaciones. 4.1. El énfasis metodológico en las circunstancias materiales y contextuales. 4.2. Las limitaciones conceptuales de su noción de vulnerabilidad. 4.3. Dificultades del proyecto holístico de uniformización del sujeto. 4.4. La falta de diálogo con críticas emparentadas. 4.5. La pretensión normativa de la teoría de la vulnerabilidad. 4.6. Rendimiento frente a los desafíos contemporáneos: entre el potencial y la inconveniencia estratégica. 4.7. La amenaza autoritaria. 5. Consideraciones finales. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque sus raíces pueden rastrearse en tradiciones como el existencialismo o la antropología filosófica, la noción de vulnerabilidad comenzó a adquirir relevancia en los debates jurídicos y filosófico-políticos a partir de la segunda mitad del siglo XX. Un hito clave en este proceso fue la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, cuyo artículo 2 consagró el principio de igualdad y no discriminación en función de diversos criterios, sentando así las bases para la posterior identificación de ciertos colectivos como «grupos vulnerables» (Ribotta, 2022: 46). Desde entonces, el concepto ha sido objeto de múltiples reformulaciones, especialmente en el ámbito de la bioética, el feminismo y la teoría crítica del derecho, hasta convertirse en una categoría central para pensar la justicia, la autonomía y la responsabilidad institucional. En este marco, la teoría de la vulnerabilidad desarrollada por Martha A. Fineman se ha consolidado como una de las contribuciones más influyentes al pensamiento jurídico y político contemporáneo. Con una destacada trayectoria en los campos del derecho, la filosofía política, el feminismo y los estudios críticos, Fineman ha propuesto una relectura radical del sujeto y del rol del Estado a partir de la vulnerabilidad como condición ontológica universal.

Este artículo propone una revisión crítica del proyecto teórico de Martha A. Fineman en torno a la articulación entre vulnerabilidad, sujeto e instituciones, a partir de un recorrido que se inicia con *The Autonomy Myth* (2004) y culmina en su obra más reciente, *Vulnerability Theory and the Trinity Lectures. Institutionalizing the Individual* (2025). A lo largo de este trayecto, se examinan los principales núcleos conceptuales de su propuesta, las conexiones que establece entre sus tesis fundamentales y el refinamiento progresivo de la dimensión institucional de la vulnerabilidad como eje estructurante del orden jurídico-social¹. Esta aproximación permite comprender el proyecto normativo de Fineman en su conjunto, evaluando su evolución conceptual —que la propia autora reconoce (Fineman, 2013: 13)—, sus fundamentos filosóficos y su capacidad para responder a los desafíos contemporáneos desde una perspectiva crítica del derecho y la filosofía política.

El objetivo es examinar tanto la coherencia interna como el potencial normativo y político de las tesis de Fineman. Se adopta una perspectiva analítica que sitúa su proyecto en el contexto más amplio de los debates actuales sobre autonomía, agencia, igualdad y justicia. Para ello, se reconstruyen los principales ejes de su obra, se identifican sus fundamentos filosóficos y se examinan sus implicaciones institucionales. Luego se ofrece una evaluación crítica que destaca sus aportes a la vez que señala ciertas tensiones conceptuales, omisiones estratégicas y desafíos prácticos. Se sostendrá que, aunque la obra de Fineman ofrece una crítica potente al modelo liberal y una propuesta normativamente fértil, no está exenta de tensiones internas, especialmente por su escasa articulación con otras perspectivas sobre desigualdades estructurales, autonomía y agencia, y por incluir derivas normativas problemáticas.

El artículo se estructura en cinco secciones. En primer lugar, se identifican los antecedentes teóricos que Fineman cuestiona, especialmente el modelo liberal de sujeto y las limitaciones de la aspiración igualitarista. En segundo lugar, se expone su teoría de la

vulnerabilidad, con énfasis en su aproximación metodológica, su redefinición del sujeto y su propuesta de justicia social. En tercer lugar, se analizan críticamente el alcance y los límites de su proyecto. En cuarto lugar, se discuten las implicaciones normativas y políticas de su planteamiento frente a los desafíos contemporáneos. Finalmente, se ofrecen algunas reflexiones sobre la viabilidad y el potencial transformador del enfoque de Fineman.

2. SUPUESTOS ESTRUCTURANTES Y CONTEXTO DE FORMULACIÓN

2.1. UNA CRÍTICA A LAS IDEALIZACIONES DEL LIBERALISMO POLÍTICO

Las reflexiones de Fineman parten de la descripción y crítica de un escenario en el que la vulnerabilidad y la dependencia no reciben la atención que merecen en la teoría política, jurídica y social, lo que impide su debida consideración en las instituciones y relaciones sociales. La causa principal de esta omisión es la herencia del pensamiento liberal moderno y contractualista, vigente al momento de establecerse las bases constitucionales de los Estados contemporáneos —especialmente en el caso de Estados Unidos—, cuyo legado hoy resurge bajo la forma del neoliberalismo (2025: 44, 54 y 61-62; previamente, 2012: 1719, 1746-1751; 2013: 17; 2017: 134; 2019a: 347-350). Para Fineman, esta tradición arrastra varios elementos problemáticos. En primer lugar, supone una percepción idealizada del mundo político, que partía de construcciones abstractas —como la libertad o la igualdad— entendidas sin referencia al contexto (2004: pt. 1, 2017: 136-141, 2025: 2, 11-12 y 31-32). Si bien en aquel entonces significaron avances, actualmente limitan nuestra visión para el cambio y la transformación puesto que restringen la forma en que vemos a las instituciones. En segundo orden, y derivado de lo anterior, la herencia incluye una noción cualificada del sujeto político, entendido como un *agente* autosuficiente, libre, autónomo, independiente de su contexto y capaz de valerse enteramente por sí mismo (2004: cap. 1, 2008: 10, 2012: 1746, 2017: 141, 2025: 49, 50, 53, 74, 100, 103 y 111). Un sujeto así concebido implicaba una igualdad no universal, en la que eran asumidas y aceptadas ciertas diferencias entre hombres y mujeres, o entre clases de hombres. A esto se suma, en tercer orden, un rol para el Estado coherente con las asunciones previas. La acción estatal es vista como una potencial fuente de peligro que amenaza con *interferir* en el ámbito de organización individual (2008: 3, 2012: 1747, 2019a: 351, 355; 2025: 113). Por ello, debe asumirse como un tipo de acción inconsistente con el bienestar del sujeto.

Para Fineman, estos elementos del pensamiento liberal contenían tensiones que los desafíos contemporáneos han terminado por evidenciar. Las aspiraciones universales de igualdad y libertad que le daban sustento teórico resultan incongruentes con su aplicación concreta, es decir, con el modo en que inciden en la vida real de las personas. Esa distancia entre el ideal y la realidad estructural se ha resuelto mediante la creación de categorías de ciudadanos —con el sujeto racional e independiente a la cabeza, y el resto por debajo— y la división entre esferas pública y privada, donde lo que no encaja en el ideal queda relegado a la privada (2004: cap. 8, *Postscript*; 2025: ap. 1.1 y 1.2). Fineman se propone desestabilizar

los tres pilares contractualistas del pensamiento moderno: el método, la concepción del sujeto y el rol asignado al Estado. Su principal objetivo radica en desmontar la figura del individuo como sujeto autónomo, desvinculado de toda autoridad moral externa, titular de derechos, guiado por una razón coherente y capaz de contratar en condiciones de igualdad mediante la autonomía de la voluntad. Es importante notar, desde ya, que Fineman no toma en cuenta la dimensión normativa del liberalismo: la dimensión en la que éste pretende construir un sujeto autónomo mediante el sistema jurídico. Fineman contestará siempre desde el plano descriptivo —sobre cómo el sujeto *es*—.

2.2. IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y EL AGOTAMIENTO DEL MODELO DE LUCHA CLÁSICO DEL FEMINISMO

Fineman ha cuestionado enfáticamente el rendimiento que las ideas de igualdad y no discriminación pueden tener para alcanzar una sociedad más justa (2008, 2012, 2013, 2017 y 2019a). La idea de igualdad liberal, a su juicio, erróneamente ha sido entendida como «semejanza de trato», sin importar las circunstancias (2012:1713-1751; 2013: 13-15). Por su parte, la no discriminación ha conducido a identificar *grupos*, lo que es problemático por varias razones: i) deja desprotegidos a quienes no pueden reclamar membresía dentro de ellos²; ii) divide a quienes podrían ser aliados en la reivindicación de una sociedad más justa, poniéndolos a competir respecto de cuál opresión debería ser más urgente; iii) desvirtúa el análisis de las múltiples problemáticas sociales, culturales e institucionales que distribuyen el privilegio y la desventaja, y que trascienden la identidad de categorías; y iv) conduce a la estigmatización y el paternalismo, en forma de respuestas que se brindan a título de «merced» a quienes se menosprecia y se considera imperfectos o desviados (2013: 14-16).

En su última obra, Fineman vuelve sobre esta problemática y la reconduce hacia el modo en que ha impactado negativamente sobre las reivindicaciones feministas. Valora que el feminismo haya logrado poner en crisis el anclaje constitucional del modelo contractualista visibilizando el rol de la mujer como responsable de las tareas de cuidado, especialmente de sujetos que no encajan en el ideal liberal protegido por el contrato social (2025: 10-11). El feminismo también mostró que la familia tiene un rol social decisivo en tareas esenciales para la sociedad —como la reproducción, educación y el cuidado—, y que alrededor de esa idea de familia se construyen las diferencias de género (2025: 13-19). Sin embargo, Fineman es crítica con esta etapa del feminismo porque, en lugar de jerarquizar el trabajo de dependencia necesario para reproducir la sociedad y relocalizarlo en un abanico más amplio de instituciones sociales, persiguió la igualdad de género y se ocupó de resaltar la discriminación y desventajas que sufría la mujer. En su visión, este temperamento condujo a perpetuar la asunción de que los derechos individuales y la igualdad están en el centro de la escena, sin atender a las inequidades estructurales que persisten en la asignación de roles de cuidado (2025: 21-23)³. El rol de la mujer dentro de la familia fue desafiado, pero quedó incólume el papel de la familia en la sociedad, que continuó entendida como la institución primaria y natural a cargo de la dependencia⁴. Subsistió así un

sistema fuertemente asentado en el trabajo de cuidado no remunerado —o, cuanto mucho, mal remunerado— (2025: 11).

Esto lleva a Fineman a sostener que, aunque el feminismo logró importantes avances que fueron consagrados en reformas institucionales y jurídicas decisivas, demostró también que la búsqueda de igualdad y no-discriminación no es el método ideal ni el camino del progreso (2025: 21-22). En su lugar, el objetivo debe centrarse en desmontar la neutralidad del derecho frente a las diferencias (2025: 22). En otras palabras, el error fue perseguir la equidad de género en lugar de la justicia social a través de la revisión de las instituciones mismas.

3. LA TEORÍA DE LA VULNERABILIDAD (VULNERABILITY THEORY)

3.1. UNA INVERSIÓN DEL MÉTODO

Frente a este panorama, Fineman ofrece a la vulnerabilidad como un referencia teórica y metodológica para repensar la concepción del individuo y las instituciones, puesto que reconoce la universalidad de la dependencia humana y demanda una redistribución de las cargas de cuidado a lo largo de toda la sociedad. Su planteo desafía la división público/privado que históricamente ubicó las tareas de cuidado en la familia e insta a la reconfiguración de los arreglos institucionales para que esas labores sean reconocidas, apoyadas y distribuidas de manera justa.

Su proyecto pretende asegurar que las políticas y leyes contemplen las vulnerabilidades subyacentes y universales que tenemos en común todos los individuos (2017). Por eso se asienta en una inversión radical del método: en lugar de pensar desde un sujeto modélico ideal, parte de aquello que todos los humanos compartimos —lo corpóreo— para pensar desde allí las instituciones (2025: cap. 2). En su mirada, la noción básica debe ser universal y remontarse hacia las características comunes al humano para definir los ideales a partir de la sociedad «tal como es», y ajustar las instituciones a sus necesidades (2025: 31-34). Para Fineman, evaluar y adaptar las instituciones que diagraman la vida diaria —familia, trabajo, educación, salud, gobierno— requiere abandonar las categorías basadas en lo demográfico y las pretensiones de igualdad universal, para enfocarse en lo único ontológicamente universal: la vulnerabilidad (2008: 8, 2012: 1750, 2017: 142-143, 2019a: 357-358, 2019b, 2025: 40-41). Pero, además, el método de Fineman incluye la pretensión práctica de reforma de las instituciones sociales —principalmente la familia y el gobierno— para tornarlas justas y efectivas (2004: cap. 10, 2008: 19-22, 2012: 1763-1770, 2017: 148-149, 2025: cap. 6).

3.2. EL SUJETO VULNERABLE COMO NUEVO PARADIGMA

Esta inversión del método lleva a que la teoría de la vulnerabilidad «piense desde el cuerpo humano», dado que el modelo pretende que la teoría política vire la atención de

ideales abstractos hacia la experiencia⁵. El planteo subsiguiente se articula sobre el principio ontológico fundamental de *encarnación universal*, según el cual los seres humanos compartimos una condición corporal que implica dependencia, limitación y exposición constante a riesgos, lo que nos hace estructural e inevitablemente vulnerables —una idea que, como veremos, recuerda la crítica al atomismo liberal planteada por referentes comunitaristas—. Así, Fineman presenta las dos características definitorias de la condición humana: i) una *física*: somos seres corpóreos, encarnados o personificados (*embodied*) y, por tanto, vulnerables (2025: 29, 31, 39, 50 y 56); y ii) otra *social y construida*: dadas las limitaciones y atributos de los cuerpos, dependemos unos de otros (*embedded*), estamos interrelacionados e integrados en sistemas de relaciones sociales e instituciones (2025: 31, 32, 39 y 50)⁶.

El concepto de vulnerabilidad en Fineman remite a la fragilidad inherente al cuerpo humano. Rechaza expresamente visiones excepcionistas que la entienden como una condición anómala o exclusiva de ciertos grupos —como personas con discapacidad, en situación de pobreza o marginadas— por dos razones (2025: 34-36, 46 y 86). Primero, porque ello obstaculiza una teoría del Estado con responsabilidad colectiva; segundo, porque establece una oposición entre una persona vulnerable y otra autosuficiente, capaz de eludir el control o la tutela estatal. Así, la primera sería vista como deficiente y la segunda no, lo que tornaría la necesidad de protección en algo excepcional, limitando así una concepción amplia de justicia social y de inclusión. En cambio, Fineman plantea la vulnerabilidad como constante de la existencia humana⁷. También destaca cómo el cuerpo cambia a lo largo del tiempo, por lo que la vulnerabilidad debe entenderse como un concepto dinámico que atraviesa a las personas de distintos modos según la etapa vital (2025: 41).

En cuanto a la dependencia, la caracteriza como la inevitable integración del individuo en las instituciones y relaciones sociales (2008: 10-12, 2012: 1752, 2019b: 55, 2025: ap. 2.3), y la asocia a la *resiliencia* (2008: 255-256; 2012:1713; 2013:24, 2017: 146-148, 2025: ap. 3.3.1), entendida como el conjunto de arreglos sociales, políticos y jurídicos que nos proveen recursos para sobrevivir, adaptarnos y prosperar a pesar de nuestra vulnerabilidad intrínseca. El Estado es clave entre esas instituciones y por eso repensar su rol es fundamental para concebir la justicia social. Además, para mostrar cómo las instituciones se encuentran integradas e interrelacionadas y solo unidas pueden funcionar adecuadamente, Fineman identifica la *dependencia derivada*: aquella que tienen, respecto de ciertos recursos, quienes deben satisfacer roles de cuidado dentro de las instituciones⁸.

La teoría de la vulnerabilidad se presenta así como una crítica al modelo neoliberal, que sostiene que el Estado no debe interferir en la vida económica ni en decisiones individuales para preservar una libertad separada del colectivo. Fineman, en cambio, propone usar el derecho y la política para equilibrar intereses en contextos diversos (2025: 92).

3.3. REDEFINICIÓN DE LA JUSTICIA SOCIAL

La justicia social constituye una preocupación transversal en la obra de Martha A. Fineman, quien advierte que dicha noción ha atravesado profundas transformaciones históricas

y enfrenta hoy el desafío de responder a un mundo caracterizado por la complejidad, la incertidumbre y la interdependencia estructural de los seres humanos. Aunque el concepto ha sido tradicionalmente vinculado a la redistribución y a la autoridad estatal para perseguir el bien común, Fineman advierte que esta manera de entenderlo resulta insuficiente frente a los desafíos contemporáneos (2017, 2019a, 2025: cap. 3). En su visión, el discurso contemporáneo sobre justicia social ha quedado atrapado entre dos formas de individualismo (2019a: 346-354, 2025: ap. 3.2): el *individualismo progresista*, centrado en los derechos y la igualdad formal; y el *individualismo neoliberal*, donde la función del Estado se reduce a proteger el mercado. A pesar de sus matices, ambos enfoques colocan al individuo como unidad central del análisis, desplazando el interés por lo colectivo. Esta evolución condujo a una idea de justicia social entendida principalmente como igualdad de oportunidades para participar en el mercado, lo cual resultaría insuficiente para garantizar un orden social verdaderamente justo.

Frente a esta limitación, Fineman invita a repensar la justicia social desde el enfoque en la vulnerabilidad para revisar las responsabilidades estructurales del Estado, en lugar de anclarla en los derechos individuales (2025: ap. 3.4). Dado que la vulnerabilidad es una característica universal e inherente a la existencia humana y no solo una condición situacional de algunos individuos o grupos, el Estado tiene un deber ineludible de crear, sostener y supervisar instituciones que sean sensibles a esa realidad. Como consecuencia, su idea de justicia social deja atrás el presupuesto de agencia igualitaria y de elecciones libres y racionales, y parte del reconocimiento de que la autonomía individual depende de estructuras sociales robustas (2019a: 342, 2025: 61). Por eso, entiende a la justicia social como una organización compasiva y equitativa de la sociedad, orientada a distribuir de manera adecuada los frutos del desarrollo económico (2025: 65), lo que exige un Estado que además de ser receptivo o sensible (*responsive*) a las condiciones cambiantes de los sujetos, también intervenga activamente para la creación de contextos institucionales que amplíen las capacidades de todos (2012: 1758-1763; 2013: 24-26; 2017; 2019a: 342; 2025: 71).

3.4. LA INDIFERENCIA INSTITUCIONAL COMO CAUSACIÓN COLECTIVA DE DAÑO

Para justificar la idea de que el Estado debe enfrentar activamente esos desafíos, en la más reciente etapa de su obra Fineman se ocupa de argumentar que la indiferencia estatal que promueve el liberalismo constituye un perjuicio colectivo o «daño constitucional». Para eso, amplía las ideas de «daño» y «perjuicio» (*harm/injury*) que capturan las categorías jurídicas tradicionales, entendidos en clave individual (2025: cap. 4). Sin descartar la visión liberal, la teoría de la vulnerabilidad expande el foco hacia las formas estructurales en que el Estado y sus instituciones producen, reproducen o permiten formas persistentes de desigualdad. Con este giro, Fineman redefine el sentido de la responsabilidad estatal: ya no se trata solo de evitar interferencias indebidas, sino de garantizar activamente condiciones materiales e institucionales que hagan posible una vida digna en contextos marcados por la interdependencia y la fragilidad (2025: 87).

La autora sostiene que la dependencia es una constante de la experiencia humana, por lo que proporciona una base normativa para repensar los vínculos entre ciudadanía, justicia y política pública. A quienes *cuidan* —típicamente mujeres— se les ha impuesto una responsabilidad estructural sin el correlato institucional de recursos, reconocimiento o apoyo, generando una «deuda colectiva» (*collective or social debt*, 2017: 139; 2025: 78) que alcanza a todo miembro de la comunidad —es transversal e ineludible si la sociedad pretende subsistir— respecto de las personas cuidadoras, puesto que en ellas se privatizan funciones esenciales para su sostenibilidad (2025: 76). La familia, lejos de ser una unidad autosuficiente, ha sido estructuralmente abandonada por políticas públicas que naturalizan su rol sin acompañarlo de inversión estatal (2025: 98 y 102). Esta omisión —advierde la autora— constituye un perjuicio colectivo o «daño constitucional», esto es, una lesión infligida por acción u omisión del aparato estatal (2025: 44, 72 y 95). Desde esta concepción, el daño también se manifiesta cuando las instituciones adoptan una postura de indiferencia hacia las necesidades humanas⁹. La indiferencia institucional no es solo una falla técnica, sino una forma de violencia estructural que lesiona el tejido social.

Estas reflexiones conducen a Fineman a una crítica abierta al paradigma neoliberal. En el modelo contemporáneo dominante, la no intervención estatal se presenta como neutralidad cuando, en realidad, encubre la decisión de dejar intactas estructuras sociales inequitativas. La exaltación de la «responsabilidad personal» y la «libertad individual» se traduce en una transferencia de cargas estructurales sobre sujetos sin capacidad real de agencia (2025: 62, 65 y 70). Para Fineman, la teoría de la vulnerabilidad revela que esta concepción liberal del daño omite la dimensión social de la injusticia: el fracaso individual es, muchas veces, el efecto acumulado de instituciones que niegan recursos, dignidad y oportunidades (2025: 44). Frente a ello, exige repensar la política como el espacio donde se definen las condiciones materiales de la existencia, y no como mero terreno de distribución de derechos individuales. Así vistas, las instituciones no son neutrales ni inevitables: son configuraciones jurídicas y políticas que pueden —y deben— ser moldeadas para garantizar la equidad.

El reconocimiento de la categoría de daño constitucional conduce a dejar atrás el diseño de Estado que se autolimita para no interferir, y sustituirlo por un Estado compelido a asumir activamente la responsabilidad de garantizar que los arreglos institucionales reflejen justicia social (2025: 112-115). La distinción entre poder despótico —visible en las instituciones clásicas del gobierno— y poder infraestructural —el presente en relaciones bilaterales, como padres-hijos o empleador-empleado— (2025: 96-97)¹⁰ permite comprender que el poder estatal opera también en la organización de la vida cotidiana. La omisión de regular o intervenir en estas esferas deja así de ser entendida como neutralidad para pasar a constituir una forma de reproducción de la desigualdad.

3.5. LA DESIGUALDAD INEVITABLE

Fineman modula el ideal de igualdad que anhelaba el feminismo como aspiración reivindicatoria, que encuentra insuficiente e incluso distorsivo cuando se ignora la variabili-

dad inherente al desarrollo corporal y social de los individuos (2025: cap. 5). Entiende que la justicia, en este marco, no puede definirse únicamente en función de limitaciones de igualdad ni debe orientarse a corregir desigualdades demográficas; en su lugar, debe atender a las condiciones materiales que habilitan cierto margen a cada sujeto para participar en sociedad. La desigualdad, en este sentido, no es una desviación corregible del sistema, sino un dato estructural que debe interpelar el diseño mismo de las instituciones (2013: 14-16; 2017: 135).

El paradigma de la vulnerabilidad sostiene que ciertos grados de desigualdad son inevitables e incluso deseables o esperables —como en las relaciones entre padres e hijos—, pero que esta inequidad solo puede ser legítima si las instituciones están diseñadas con sensibilidad a la complejidad y asimetría de las necesidades humanas. De lo contrario, aplicar principios de igualdad formal puede resultar injusto. Por ello, la teoría desplaza el foco desde la igualdad como resultado hacia la equidad en la organización institucional, lo que requiere un Estado comprometido con la justicia estructural más allá del paradigma de la no discriminación.

3.6. EL NUEVO ROL DE LAS INSTITUCIONES Y LA TEORÍA DE LA VULNERABILIDAD COMO FUNDAMENTO PARA LA COLECTIVIZACIÓN (INSTITUCIONALIZACIÓN) DEL INDIVIDUO

El concepto renovado del individuo como intrínseca e inevitablemente corporal e integrado en relaciones e instituciones que hacen a su resiliencia conduce a pensar al sujeto político, jurídico y social como uno *institucionalmente constituido*, inmerso desde siempre en las relaciones sociales, económicas y políticas que condicionan su agencia. Esta redefinición, que Fineman elabora bajo la idea de «institucionalizar al individuo» (2025: cap. 6) —una secuela de la «institucionalización de la autonomía» que proponía en *The Autonomy Myth* (2004)—, termina de desplazar el foco desde el ideal liberal de autonomía hacia una comprensión relacional y situada de la subjetividad.

Se trata de un giro que impone un cambio en las obligaciones del Estado —esta es, de hecho, la preocupación de fondo de Fineman—. En lugar de limitarse a garantizar la no interferencia o la igualdad formal, para la autora la acción estatal debe orientarse a crear y sostener las condiciones institucionales que permitan a los individuos enfrentar su vulnerabilidad estructural. Fineman se refiere continuamente a políticas públicas activas, sensibles a la integración de la vulnerabilidad y la dependencia en el entramado social, destinadas a atender y transformar activamente las injusticias sociales generadas por relaciones estructuralmente asimétricas que los modelos tradicionales de igualdad o contrato no logran visibilizar ni resolver.

A su vez, la ampliación del sujeto jurídico conduce a incluir todas las etapas y variaciones de la vida humana, desplazando el ideal de sujeto adulto, racional e independiente de la tradición liberal. Además, la vulnerabilidad sobrepasa lo biológico y se extiende a las dimensiones emocionales, psicológicas y sociales de la existencia. Por eso la propuesta de

Fineman subraya la necesidad de que el rol del Estado involucre políticas públicas transversales, que alcancen los cuidados actualmente asignados a la familia, la educación, la salud, las relaciones de trabajo y también cuestiones más intangibles, como el lugar de las personas en las relaciones interpersonales.

Fineman también conecta su obra con los desafíos contemporáneos (2025: ap. 6.3). Explica que crisis como la pandemia de COVID-19 o la emergencia climática han puesto en evidencia la inevitabilidad de la vulnerabilidad generalizada y la insuficiencia de enfoques centrados en el individuo aislado. Para la autora, estas situaciones revelan que la respuesta estatal no puede ser esporádica ni motivarse únicamente por la emergencia: debe institucionalizarse como rutina administrativa, mediante dispositivos burocráticos eficaces que anticipen y gestionen riesgos colectivos. La respuesta institucional, para Fineman, puede entenderse como un *mandato normativo* —esto es, elaborar un sistema jurídico de respuesta y hacerlo cumplir— o como un *imperativo existencial* (2025: ap. 6.3.2). La autora opta por este segundo enfoque: no se trata meramente de promulgar reglas, sino de reconocer que la vulnerabilidad humana exige acción estructural urgente, continua y proactiva. Fineman propone un modelo de Estado que asuma un rol activo en la creación de condiciones de vida dignas y no se limite a aplicar normas. Sugiere una relectura radical del derecho y la política desde una base materialista y biológica, puesto que el énfasis en la responsabilidad individual ha demostrado que impide la construcción de estrategias de protección social sostenibles y equitativas. Por eso, propone reconfigurar las responsabilidades estatales en clave de interdependencia, desplazando el centro desde los derechos individuales abstractos hacia un deber activo del Estado de garantizar resiliencia colectiva.

4. ENTRE EL POTENCIAL TRANSFORMADOR Y SUS LIMITACIONES

El proyecto de Fineman es prometedor e influyente en el contexto del pensamiento político y jurídico contemporáneo porque ofrece una alternativa —que cuenta con notable potencial explicativo— frente a las concepciones liberales del sujeto y a los marcos normativos centrados en la autonomía individual. Su teoría de la vulnerabilidad permite repensar las bases de la persona, la justicia y el rol del Estado desde una perspectiva que reconoce la importancia de lo ontológico —el *ser* del humano— y lo fenomenológico —la *experiencia* del individuo en su contexto—. También tiene ramificaciones políticas y filosóficas más amplias, que de cierto modo pueden leerse entre líneas. Sin embargo, una propuesta tan ambiciosa se enfrenta a serios retos explicativos. En lo que sigue, se examinan críticamente los supuestos que la sostienen, así como las consecuencias normativas e institucionales que se derivan de su modelo. Esta revisión busca, de ese modo, indagar en sus límites y en sus tensiones internas.

4.1. EL ÉNFASIS METODOLÓGICO EN LAS CIRCUNSTANCIAS MATERIALES Y CONTEXTUALES

Desde el punto de vista metodológico el proyecto de Fineman constituye —a mi entender— una nítida concreción del giro contextual presente en la filosofía política y moral contemporánea, puesto que parte de la crítica a la idea de justicia y sujeto concebidos de modo abstracto propia del liberalismo clásico. Aunque su obra no es profusa en referencias en ese sentido, podría considerarse que la tesis de Fineman es heredera de al menos tres grandes vertientes del pensamiento que reivindican la importancia de considerar los contextos históricos, culturales y materiales en los que se configura la experiencia humana: el comunitarismo, las teorías del reconocimiento y el feminismo crítico.

Por un lado, comparte su *crítica al sujeto liberal autónomo* con las objeciones formuladas por autores comunitaristas¹¹ que han sostenido que la identidad individual no se constituye en el vacío, sino en el marco de relaciones sociales e históricas concretas. Fineman materializa esas ideas más allá del ámbito de las interrelaciones sociales, en el estadio previo de la vulnerabilidad corporal inherente al humano. Además, a diferencia de los comunitaristas políticos, su objetivo no es revalorizar las comunidades morales como fuentes de sentido y normatividad. Su crítica no se orienta a restaurar tradiciones compartidas, en su lugar, pretende establecer un fundamento normativo para los deberes del Estado y otras instituciones. Ahora bien, la crítica al sujeto anclada en las concepciones liberales de igualdad, no discriminación y justicia social se encuentra profundamente vinculada al contexto jurídico estadounidense, marcado por un modelo de no-intervencionismo estatal y por los límites estructurales del Derecho antidiscriminatorio. En Estados Unidos, como advierte Barrère Unzueta (2016: 21), la noción restringida de igualdad —centrada en la neutralidad formal y la protección de grupos específicos— ha contribuido a profundizar las desigualdades materiales en riqueza y posición social. En ese marco, la crítica de Fineman a la focalización en categorías demográficas como raza o género aparece pertinente, dado que estas han sido centrales en la configuración jurídica de la no discriminación (Barrère Unzueta, 2016: 22), pero han derivado en respuestas estatales que operan como auxiliares ante la desventaja, sin asumir un rol activo en la promoción estructural de la equidad. No obstante, en otros contextos jurídicos —particularmente aquellos que reconocen la igualdad material como principio rector— resulta discutible la generalización de un modelo liberal de no interferencia, ya que existen marcos normativos que obligan a los poderes públicos a desplegar acciones positivas para garantizar condiciones equitativas, lo que exige una lectura situada de la propuesta de Fineman y de su potencial transformador.

Por otra parte, sus ideas sobre la *justicia social* estructurada sobre el rol de las instituciones y su impacto diferencial en la vulnerabilidad, se articula en los márgenes de los debates en torno a la justicia como reconocimiento (Fraser y Honneth, 2006). Así, Fineman comparte con Fraser la idea de que no basta con corregir desigualdades distributivas, sino que es necesario transformar los marcos normativos y simbólicos que sostienen el estatus desigual de determinados grupos sociales. También tienen en común la preocupación por la dimensión material de la justicia, en particular la necesidad de redistribuir los recursos que permiten una participación equitativa en la vida social. Sin embargo, su enfoque in-

corpora una noción adicional: la *resiliencia*, entendida como los recursos de los individuos para enfrentar contingencias y desarrollarse en contextos cambiantes. Además, la idea de *indiferencia institucional* de Fineman como forma colectiva de causar daño se emparenta con el concepto de *menosprecio* en Honneth (1997: 160-169), entendido como negación del reconocimiento necesario para el desarrollo de la identidad. Sin embargo, mientras que a Honneth le preocupa la experiencia intersubjetiva del daño en las luchas por el reconocimiento en ámbitos específicos, a Fineman le interesa el análisis estructural, donde el daño no necesariamente se produce por actos individuales de desprecio, pues también puede tener lugar por la omisión sistemática de las instituciones en responder a la vulnerabilidad humana. Esta diferencia de enfoque le permite pensar el reconocimiento como experiencia subjetiva, pero también como responsabilidad institucional.

Y esto nos lleva a una diferencia clave en sus puntos de partida: Fraser y Honneth se enfocan en grupos específicos que sufren injusticias por razones identitarias o socioeconómicas, mientras que Fineman parte de rechazar la conveniencia de esa estrategia. Así evita el riesgo de esencializar identidades o fragmentar la justicia en demandas particulares, proponiendo en cambio una base común que reconoce la exposición de todos los seres humanos a contingencias físicas, sociales y estructurales. Esto le permite agregar, creo, una dimensión estructural más explícita: además de reconocer identidades preexistentes, conduce a redefinir la propia concepción jurídica y política del sujeto. Por otra parte —aunque sea debatible con cuánto éxito—, Fineman intenta no comprometer su universalismo con una pretensión de homogeneidad, para lo cual reconoce que la vulnerabilidad se manifiesta de manera diferente en cada individuo. Así, su propuesta permite articular lo común y lo particular sin reducir la justicia social a una suma de reivindicaciones identitarias.

Finalmente, Fineman puede ser posicionada dentro del *feminismo crítico* porque centra la atención en las relaciones de dependencia, los cuidados y el cuerpo. Los debates feministas han puesto en cuestión la abstracción neutral del sujeto de derecho y han mostrado cómo las experiencias corporales, afectivas y reproductivas han sido sistemáticamente invisibilizadas o subordinadas en el diseño institucional moderno¹². Fineman recoge esa crítica, pero la proyecta hacia un plano de mayor sistematicidad normativa y teórica, al proponer una teoría jurídica del sujeto vulnerable. En este sentido, su preocupación por el sujeto apunta a construir una categoría universal que permita repensar la arquitectura institucional desde la condición compartida de la vulnerabilidad humana. Así, su propuesta trasciende los marcos identitarios o sectoriales, para ofrecer una base normativa más amplia desde la cual interpelar al derecho y al Estado. Desde esta perspectiva, puede decirse que Fineman participa del giro contextual, pero también lo profundiza en una clave jurídico-institucional. Retoma la idea feminista de comenzar por los cuerpos, los vínculos de cuidado y la dependencia recíproca, y la amplía desde la mujer hacia la condición humana misma. Fineman lleva así una de las contribuciones distintivas del pensamiento feminista —la centralidad de la experiencia encarnada— al plano más abstracto y estructurante de la filosofía política. Sin embargo, es dable destacar que la crítica a la experiencia subjetiva liberal no es del todo novedosa, puesto que cuenta con recorrido en la teoría política y, en particular, en la teoría feminista (véase Garayo y Vercellone, 2022).

No es un dato menor que su censura se dirija a los ideales del imaginario constitucional estadounidense e incluya a buena parte del modelo político de fondo que ha dominado en occidente desde la Ilustración¹³. Sin embargo, puede reprochársele el no ser suficientemente analítica con la relación y distinción entre liberalismo y neoliberalismo, algo que torna difícil de identificar a su oponente con claridad. Fineman comienza con un cuestionamiento al individuo político del liberalismo clásico para luego retomar la crítica, en una continuidad, hacia el neoliberalismo —que conceptualiza a partir de Harvey (2005)— (Fineman 2017: 1; 2025: 31-32, 35). Esto es problemático puesto que el liberalismo en el que piensa al comienzo es el *clásico* de Hobbes y Locke (según Fineman 2008: 2-8; 2025: 31-32), e incluso —por sus críticas a la igualdad como paradigma (Fineman 2025: 61-65) y por sus referencias a van Parijs (2015; según Fineman 2019a: 350)— podría apuntar en otros pasajes al liberalismo *igualitarista* del tipo de Rawls (2017 [1971]) o Dworkin (2003). Pero, cuando alude al *neoliberalismo*, refiere a la corriente donde la planificación estatal y la intervención —en particular, la regulación del mercado— son vistas como interferencias y amenazas a la libertad individual (2025: 32, 44, 61-63, 85); corriente que ancla en Hayek (1944 y 2012 [1976], según Fineman 2019a: 349-350 y 2025: 64) y Friedman y Friedman (1962, según Fineman 2017: 1-2) y que está emparentada a autores como Nozick (1974) o Buchanan (1975), antes que al pensamiento liberal clásico o liberal-igualitario. Hay, en definitiva, cierta oscuridad en relación con el tipo de liberalismo que toma como oponente, y una omisión de considerar matices relevantes —puesto que, por ejemplo, la idea de igualdad no es idéntica en el liberalismo clásico, el liberalismo igualitario y el neoliberalismo—.

4.2. LAS LIMITACIONES CONCEPTUALES DE SU NOCIÓN DE VULNERABILIDAD

La pregunta acerca de *qué es* la vulnerabilidad está lejos de ser pacífica, especialmente en los ámbitos de la ética y la filosofía política. De este modo, pueden identificarse dos tipos principales de respuestas, según se considere que la noción alude, por un lado, a la capacidad inherente o intrínseca del ser humano para sufrir daño, o, por otro, a que dicha situación derive de condiciones sociales, externas o contingentes que afectan a determinadas personas o grupos. Asimismo, existen diversas posiciones intermedias que introducen matices y buscan recuperar ambas perspectivas, reconociendo tanto la dimensión ontológica del sufrimiento como la influencia de factores sociales y contextuales en su manifestación¹⁴.

Una de las estrategias más llamativas y convincentes de Fineman es, a mi entender, que estructura su teoría de la vulnerabilidad en torno a una idea básica difícil de rebatir: que el cuerpo humano es vulnerable. Esto no es casual en su modelo, sino que forma parte de la actitud general —pensar desde la experiencia y el contexto— con la que ella enfrenta los demás temas de los que se ocupa. Sin embargo, esa noción mínima es enriquecida con su contextualización social. De ese modo, la universalidad de Fineman logra dar cuenta tanto de la vulnerabilidad *intrínseca* del ser humano —aquella que deriva del carácter biológico del cuerpo, propenso a la enfermedad, el envejecimiento, el dolor y la muerte; esto es, lo universal a todos dada la condición humana— como de la *extrín-*

seca —esto es, la que emana de las relaciones socio-políticas—. Esto es posible gracias a la articulación entre los dispositivos *embedded* y *embodied*, que le permite vincular los conceptos de vulnerabilidad y dependencia¹⁵. En su última obra, desliza que la idea de dependencia en la que piensa funciona en forma de «capas» —*layers*— que se superponen (2025: 77), en lo que puede entenderse como un acercamiento a la fórmula de Luna, para quien la vulnerabilidad se da en forma de estratos que pueden reproducirse en efecto cascada (2009 y 2019). Tal complementación permite a Fineman captar las dimensiones ontológica y social del fenómeno, y constituye una base sólida sobre la cual edificar su propuesta de teoría política.

Sin embargo, en los debates acerca de la noción misma de vulnerabilidad la formulación de Fineman no se encuentra libre de polémica. Su propuesta ontológica universalista ha sido cuestionada por ser demasiado amplia y poco precisa, lo que debilita su uso práctico concreto (Mackenzie, Rogers y Dodds, 2014: 5-7); por «licuar» el concepto —«cuando todo es vulnerable, nada es vulnerable»— (San Juan y Gallardo Gajardo, 2024: 90), o por confundir la vulnerabilidad con fenómenos distintos, como la mortalidad (*idem*). El objetivo de universalizar la vulnerabilidad también implica una generalización que recurre a algo tan fundamental —la corporalidad misma— que puede invisibilizar distinciones importantes. En efecto, que compartamos una vulnerabilidad básica no significa que todos seamos igualmente vulnerables (Barrère Unzueta, 2016: 25-30)¹⁶.

Fineman ha buscado dar cuenta de la cuestión de las particularidades dentro de una conceptualización universal de la vulnerabilidad en diversos trabajos¹⁷, y en su último aporte refuerza el punto al sostener que, a nivel individual, la inevitable dependencia humana fluctúa según las circunstancias o la etapa vital en que se encuentra el individuo (2025: 45). También refiere que «[a]unque la implicación teórica del cuerpo universal en la teoría de la vulnerabilidad ciertamente descentra al individuo, al concentrarse en la entidad colectiva de todos los sujetos, paradójicamente también aporta mayor claridad y atención a las condiciones físicas y materiales que conforman la realidad de cada uno» (2025: 108, traducción propia). A los críticos debe concederse que enfocarse únicamente en las formas de vulnerabilidad comunes a todos deja fuera, de forma latente, el análisis del modo en que distintas desventajas pueden entrecruzarse en las experiencias concretas de las personas o grupos¹⁸, cuestión que Fineman se ocupa expresamente de descartar como plataforma para su análisis. Pero aquí parece haber cierta confusión. Fineman no niega que las categorías basadas en los principios de igualdad y no discriminación —como el género, la raza, la edad, etc.— deban ser relevantes para la vulnerabilidad, de hecho, les asigna un rol dentro de su teoría. Ese rol no es identitario —no le interesa su lugar en tanto contribuya a la visibilización de «grupos» en busca de reconocimiento— sino individual: cada una de esas categorías puede provocar particulares formas de inserción —*embeddedness*— del individuo en la sociedad, que conforman su resiliencia concreta¹⁹. Una crítica de la que no se ocupa Fineman es de la planteada por Mackenzie (2014: 37-38), según la cual en su tesis tienen demasiado peso causas ontológicas (como la edad, la enfermedad o la desgracia) de la vulnerabilidad, en desmedro de las sociales. La constante alusión de Fineman a su

fórmula como «ontológica», sin los matices que introduce en otras partes, no contribuye a clarificar el asunto.

Ahora bien, para tomar realmente en serio el planteo de Fineman las críticas conceptuales deberían dar cuenta del modo en que complementa su idea de vulnerabilidad con la de dependencia²⁰ que los individuos tenemos respecto de un abanico de recursos y relaciones sociales —su concepto de *resiliencia*—. Esa dependencia, que reconoce como variable —alcanza causas extrínsecas, como enfermedades y catástrofes; e intrínsecas, como deseos, necesidades físicas, envejecimiento y hasta la dependencia derivada que generan los arreglos institucionales—, permite amparar las situaciones individuales que preocupan a los críticos.

Por otra parte, la amplitud de las vulnerabilidades que engloba el concepto de Fineman ha dado lugar a que adicionalmente se cuestione si su propuesta puede realmente servir como base efectiva para la construcción de una sociedad más igualitaria, dado que la indiferenciación que promueven la igualdad de trato y el derecho a la no discriminación son más universales que su concepto de vulnerabilidad (Morondo Taramundi, 2016: 211-212)²¹. Sin embargo, esta crítica parece perder terreno frente a las nociones de *necesaria desigualdad* y de *justicia social* reformulada que Fineman ya había planteado (2017) y que profundiza en esta obra, orientadas a diferenciar el ámbito de la igualdad a la que podemos aspirar y el sentido en que todos somos «igualmente» vulnerables. La objeción, tras el complemento, pierde fuerza crítica.

Sin embargo, las objeciones no parecen comprometer su precisión para dar cuenta del fenómeno que a ella le interesa examinar. Esto por cuanto, además de omitir considerar la idea de dependencia con la que Fineman integra la vulnerabilidad al entramado social —*embeddedness*—, pierden de vista que la definición de vulnerabilidad universal de Fineman, más allá de su plataforma ontológica —esto es, de la apelación a la naturaleza y existencia del ser—, es meramente estipulativa y no niega la existencia de otras vulnerabilidades relevantes. Por el contrario, está orientada a maximizar el alcance del término para satisfacer un objetivo filosófico-político concreto²². Su definición, así entendida, no es contradictoria con la posibilidad de que una persona se vea intersectada por varias causas de vulnerabilidad distintas, ni que distintos grados de vulnerabilidad sean posibles y deban ser atendidos en diferente medida —más bien, lo asume—. Su objetivo, en definitiva, no es otro que ofrecer un punto de partida que expanda el alcance de la justicia social para legitimar una intervención activa del Estado en la reducción de la desigualdad. Si ha elegido el medio estratégicamente más adecuado para ello, es un problema distinto, del que nos ocuparemos a continuación.

Pero, según se entiende aquí, la definición de Fineman es abiertamente estipulativa²³: propone usar un sintagma determinado de cierta forma preferente, sin rechazar la relevancia de otras aproximaciones, y lo justifica en que, a su juicio, las demás no son capaces de superar las limitaciones estructurales del sistema en las que pretenden impactar. Frente a ello, ofrece un camino alternativo.

4.3. DIFICULTADES DEL PROYECTO HOLÍSTICO DE UNIFORMIZACIÓN DEL SUJETO

Algo distinto ocurre, a mi entender, con la noción de sujeto en la obra de Fineman. A lo largo de sus textos, categorías como sujeto constitucional, jurídico, político o social aparecen empleadas de forma intercambiable, como si remitieran a una misma entidad básica o aspiraran a hacerlo. Sin embargo, al no distinguir los planos en los que cada figura opera, se diluyen sus particularidades funcionales y normativas. Se trata de una crítica de considerable densidad teórica, que adquiere especial relevancia dado el compromiso explícito de la autora con la impugnación del liberalismo clásico, al que reprocha la idealización de un sujeto autónomo, independiente y abstracto. Sin embargo, aquí sólo será esbozada en términos exploratorios, dado que su desarrollo excede el marco delimitado de este estudio. El punto es que, paradójicamente, al generalizar las distintas facetas de la individualidad, Fineman parece reproducir el mismo gesto que cuestiona, corriendo el riesgo de incurrir en una forma análoga de universalismo descontextualizado. Veamos.

Cuando pensamos en el costado *político* del sujeto, tenemos en mente una arista que se configura en el entrecruzamiento de discursos, instituciones y prácticas, y no puede entenderse como una entidad homogénea o autosuficiente (Foucault, 1991: 103-110). La dimensión política del individuo está conformada por su ontología, pero también por sus aspiraciones, preferencias, personalidad o carácter, cuestiones que no tienen relevancia en la tesis de Fineman. Por otro lado, Fineman emplea como sinónimos las categorías de sujeto *constitucional* y *jurídico*, que no son estrictamente identificables. La primera posee una historicidad y un marco de acción generales y directamente vinculados a la relación del individuo con el fundamento del sistema político, mientras que hablar de sujeto *jurídico* implica enfatizar al sujeto como titular de derechos y deberes en un sistema normativo, precisamente desde donde más se ha permitido visibilizar judicialmente la vulnerabilidad (Ribotta, 2022: 46). Pero, más allá de ello, que pretenda dotar de ontología al sujeto jurídico-constitucional para justificar la acción pública —no solo estatal, sino también en el rediseño de las relaciones y demás instituciones sociales— en aras de la justicia social, es algo que requiere mayores explicaciones, porque si no se corre el riesgo de conservar la idea de *sujeto* contractualista como mero titular de derechos que se impugna. En todo caso, la ontología de la vulnerabilidad luce más próxima a la idea del individuo como titular de derechos humanos, universalmente reconocidos por el solo hecho de la condición humana a la que Fineman apela²⁴. Sin embargo, el discurso de los derechos humanos no aparece contemplado en la última versión de su tesis. Por último, Fineman construye al sujeto *social* en función de sus relaciones materiales y simbólicas en contextos específicos. En este sentido, la idea de un sujeto universal pierde densidad analítica al no distinguir con mayor precisión los niveles en los que la vulnerabilidad opera y es normativamente reconocida o negada. Lejos de negar que el contexto social pueda generar vulnerabilidad jurídica, lo que aquí se plantea es que Fineman no se detiene en examinar estos vínculos, cuya conexión no resulta evidente. ¿Es tan relevante para cada uno de esos ámbitos la vulnerabilidad ontológica universal del sujeto? ¿Es lo mismo para un sujeto en posición de poder, con sólidas estructuras de respaldo, que para individuos excluidos, discriminados u oprimidos?

Su estrategia integradora o sistémica también puede limitar la pretendida expansión de la teoría de la vulnerabilidad. El fuerte anclaje en su enfoque al contexto constitucional estadounidense antes señalado²⁵, se advierte también en su lenguaje y en su estructura argumentativa, lo que plantea desafíos para su recepción en otros entornos jurídicos. La apelación a la idea «sujeto constitucional» y la aspiración a redefinir la categoría de «perjuicio constitucional» son una muestra de ello, pues presuponen una tradición y cultura política propias del constitucionalismo norteamericano, donde la protección de derechos individuales frente al Estado ha tenido un desarrollo particular. En sistemas jurídicos como el latinoamericano, donde las constituciones incorporan principios materiales de justicia social, o reconocen una estructura más densa de derechos colectivos y deberes estatales, su modelo puede requerir ajustes significativos.

La ambición de ofrecer una visión holística del individuo exige un desarrollo conceptual más riguroso, ya que, en su estado actual, tiende a diluir los contornos del proyecto. Al intentar abarcar múltiples dimensiones a la vez, la autora expone su investigación a críticas que, sin embargo, pueden entenderse como oportunidades para profundizar y expandir su marco teórico.

Este problema tiene una repercusión significativa en el planteamiento general de la autora: la falta de claridad en torno al propósito central de *institucionalizar al individuo*, que da título a la obra. El paso desde una concepción ontológica del individuo hacia una dimensión institucional es, precisamente, uno de los aspectos menos desarrollados del texto. Si bien se expone con claridad cómo la vulnerabilidad incide en la desigualdad en los reclamos feministas, en la redefinición de la injusticia social y en la integración del sujeto en el orden sociopolítico, no ocurre lo mismo con el resto de la propuesta. Incluso si se acepta la tesis de la vulnerabilidad como condición universal, persiste la cuestión sobre por qué de ese diagnóstico fáctico deben derivarse expectativas normativas concretas, y por qué las instituciones estarían obligadas a responder con deberes específicos. Sería enriquecedora una explicación sobre cómo la redefinición de un concepto puede derivar en modificaciones en nuestras expectativas normativas. Como veremos luego, esta pretensión necesariamente debe dar cuenta del sistema de gobierno y de los desacuerdos entre las personas.

4.4. LA FALTA DE DIÁLOGO CON CRÍTICAS EMPARENTADAS

Si bien Fineman plantea una sólida crítica a la noción de sujeto racional y autosuficiente del liberalismo clásico, resulta llamativo que no actualice presupuestos conceptuales heredados de la tradición liberal que ella misma pretende superar. Esto se advierte, en particular, en las nociones de «agencia» y «autonomía» que emplea sucesivamente para aludir críticamente al sujeto liberal. El modelo que Fineman critica es uno anclado en la comprensión individualista y abstracta del sujeto, pero no incorpora las críticas contemporáneas que, desde ámbitos tan diversos como la filosofía feminista, la filosofía moral y de la acción o la teoría crítica, han problematizado esas categorías. En efecto, Fineman dirige su ataque contra el sujeto con capacidad de autorregulación y toma de decisiones, desvinculando del contexto —material, relacional, social, político o institucional—.

Está claro que la autora se apega a esa concepción de sujeto en su análisis porque es la que, según relata, explica las distribuciones actuales de los trabajos de cuidado y el rol de las personas en las instituciones. Sin embargo, probablemente su visión podría enriquecerse con los desarrollos críticos como el de la *autonomía relacional*, que reformulan el concepto mismo de autonomía en clave contextual²⁶. En este orden, Mackenzie ha impugnado a Fineman por considerar que la contraposición entre autonomía y vulnerabilidad que plantea es inconducente y que una ética de la vulnerabilidad correctamente concebida debería incluir la obligación de respetar y promover la autonomía, pues de lo contrario podría derivar en formas de intervención que resulten paternalistas o incluso coercitivas (Mackenzie, 2014: 33)²⁷. Lo mismo ocurre con la noción de agencia, plano en el que Fineman limita su análisis a una concepción decimonónica, sin incluir planteos revisados que amplían la comprensión de la acción humana más allá del individuo y sus elecciones conscientes, y consideran también la interacción continua entre organismos, entornos y sistemas complejos²⁸.

En definitiva, la crítica de Fineman al sujeto del individualismo clásico tiende a mantenerse relativamente aislada respecto de otras corrientes teóricas, sin perjuicio de que su enfoque ofrece un marco conceptual promisorio para el desarrollo ulterior. Comparte con perspectivas centradas en la agencia y la autonomía la impugnación del modelo individualista, de modo que su propuesta se inscribe en una conversación más amplia sobre la reconfiguración del sujeto moderno.

4.5. LA PRETENSIÓN NORMATIVA DE LA TEORÍA DE LA VULNERABILIDAD

La postura de Fineman destaca también por su sólida crítica frente al problemático estado de cosas que reconstruye a lo largo de su trabajo. Su proyecto dista de ser una provocación o una mera proclama idealista destinada al posicionamiento académico o la corrección política: refleja derechamente un compromiso con el pensamiento orientado a influenciar las prácticas. La coherencia distingue su trabajo, que interpela tanto a sectores conservadores como a quienes, desde posiciones progresistas, prefieren discursos menos exigentes²⁹.

Su crítica incluye una seria objeción frontal a los marcos normativos, ideológicos y materiales del orden neoliberal actualmente en auge, que procura blindar al Estado ante cualquier reclamo de redistribución, reconocimiento o transformación estructural. Frente al discurso que desestima o trivializa fenómenos como la crisis climática, la relevancia de la pandemia por COVID-19, las luchas por el reconocimiento de las minorías o la centralidad de los debates en torno al género³⁰, Fineman propone fijar allí las cuestiones a las que una nueva arquitectura política y jurídica debería dar respuesta.

En este sentido, Fineman proyecta una verdadera alteración en la dirección de ajuste normativa tradicional. En lugar de construir lo político a partir de una noción idealizada de autonomía y autosuficiencia individual, sugiere que debe partirse del dato estructural de la vulnerabilidad humana, es decir, de aquello que suele considerarse excepcional, patológico o irrelevante —lo que las instituciones tratan de ocultar, lo que *lucha por el*

reconocimiento—, y que con frecuencia permanece excluido de los esquemas analíticos dominantes. Al recuperar la noción de vulnerabilidad como fundamento de la condición humana, sugiere una reorganización del poder público en torno a criterios de justicia sustantiva, responsabilidad colectiva y redistribución estructural. Se trata, en última instancia, de disputar nada menos que el sentido común contemporáneo desde una perspectiva que reconoce la interdependencia como base de la vida social, y propone reconstruir institucionalmente ese dato ontológico.

El plano ideal queda en buena medida desplazado en su propuesta, circunscribiéndose a ciertos lineamientos generales vinculados con la justicia social. En lo sustantivo, su enfoque se presenta como profundamente pragmático y atento a la historicidad y contingencia de los arreglos institucionales. Esta perspectiva, a medio camino entre el normativismo y el realismo político, le permite promover transformaciones concretas sin depender de modelos ideales prefijados, ni de principios sustantivos inmutables.

4.6. RENDIMIENTO FRENTE A LOS DESAFÍOS CONTEMPORÁNEOS: ENTRE EL POTENCIAL Y LA INCONVENIENCIA ESTRATÉGICA

Dentro de esta orientación pragmática, el planteo de Fineman presenta una enorme potencialidad para dar cuenta de desafíos globales —como la gestión de la crisis climática o de catástrofes internacionales—, como ella misma se ocupa de explicitar hacia el final de las *Trinity Lectures*. La perspectiva de la vulnerabilidad tiene fuerza teórica suficiente para unificar las crisis actuales y ofrecer un marco teórico a partir del cual diseñar propuestas de abordaje uniformes. Puede que este sea el punto coyunturalmente más necesario de su proyecto. Sin embargo, su planteamiento abre puntos problemáticos al ingresar en ese escenario y en los giros políticos actuales.

Por un lado, en su afán de universalización, la tesis puede erosionar en el plano discursivo los avances alcanzados en materia de reconocimiento de derechos específicos para grupos históricamente vulnerabilizados, e incluso comprometer la implementación de políticas públicas orientadas a su protección. Así, cierta interpretación discutible de Fineman ha censurado su modelo por *capacitista*, es decir, por asumir un sesgo discriminatorio hacia la discapacidad, aún sin que esa sea su intención explícita (Arsenault-Gallant, 2025). Según esta crítica, el lenguaje empleado en su obra puede inadvertidamente contribuir a consolidar la idea de que solo las personas sin discapacidad encarnan plenamente la condición humana, mientras que quienes viven con alguna discapacidad serían percibidos como incompletos, lo que podría perpetuar dinámicas de exclusión y diferenciación. Tal objeción resulta problemáticamente reductiva, porque si la tesis de Fineman diluye la diferencia entre personas con o sin discapacidad es porque todas caen bajo el paraguas de las personas vulnerables. Es una crítica que no da cuenta de que Fineman comparte aquella preocupación estigmatizante como punto de partida (2013: 109). Más allá de eso, lo cierto es que su teoría puede dar lugar a cierta «licuación» del concepto de vulnerabilidad, estratégicamente negativa (Agüero San Juan y Gallardo Gajardo, 2024: 90), y a que las reivindicaciones específicas de las personas con discapacidad, como grupo, queden desdibujadas.

Por otro lado, el modelo de Fineman objeta la idea de igualdad como paradigma estructurante de la lucha por la justicia social pero, para edificar esa crítica, se enfoca en el rendimiento que tuvo en una época concreta del feminismo. No se ocupa, en cambio, de examinar el rendimiento de la igualdad para dar cuenta de problemas actuales, donde la pretensión de igualdad continúa desempeñando un papel central³¹. Como se señaló antes, el proyecto de Fineman puede resultar estratégicamente inconveniente para sus propios objetivos. Quizás debería incluir, en lugar de apartar, las miradas centradas en la igualdad y la no discriminación; una operación que no luce contradictoria con sus objetivos, y que —en cambio— sería internamente explicable para su tesis. Fineman pretende superar el paradigma de la discriminación por considerarlo insuficiente, pero no advierte que sólo lo es si se piensa dentro del esquema de individuos autónomos. Incluir una concepción relacional de la autonomía podría evitar la incomodidad del paradigma de la discriminación, y conducir incluso a una noción superadora de igualdad. Ahora bien, si se toma en cuenta la autoconcepción de los sujetos como individuos *à la* liberal, resultan lógicas las pretensiones que podían plantear —pienso en las primeras demandas feministas que Fineman rechaza— basadas en la igualdad y no discriminación. Solo una vez revisada la autoconcepción de la persona —tarea en la que el feminismo tuvo un lugar preponderante—, es posible efectuar planteos más sofisticados, que reconocen la vulnerabilidad inherente a la condición humana y amplían el espectro de pretensiones. Lo mismo ocurre con la concepción de autonomía que emplea Fineman antes examinada: lejos de ser contradictoria con sus tesis, comparte puntos de partida y visión del rol del Estado³².

Por otra parte, como Fineman reconoce (2025: 61, 85 y 87), el neoliberalismo actual —que rescata el modelo de sujeto liberal clásico— se estructura en torno a una lógica que coloca a la macroeconomía en el centro de la escena. Sin embargo, a pesar de que Fineman vuelve continuamente sobre los alcances del rol del Estado propugnando una intervención más activa y espontánea, poco dice sobre el costado económico en el que esa actuación debería sostenerse. La teoría de Fineman, en ese sentido, no cuenta con una base económica, lo que deja un flanco abierto a uno de los argumentos centrales del neoliberalismo —la idea de que el Estado no debe ser una entidad deficitaria y que, por ello, debe limitarse a una actuación mínima que no afecte la estabilidad macroeconómica— a la vez que pierde pie en la implementación práctica urgente a la que aspira. No obstante, esta limitación también puede verse como una oportunidad para profundizar y ampliar su marco conceptual, abriendo la posibilidad de articular una teoría económica complementaria que sustente y potencie las implicancias normativas e institucionales de su propuesta.

Llevado a un plano mayor, su modelo tampoco da cuenta de la forma en que los Estados actuales se encuentran geopolíticamente vinculados entre sí, y cómo ello podría afectar al abordaje de los problemas globales que preocupan a Fineman. Es importante hacer notar que los profundos cambios que la autora propone difícilmente puedan ser logrados independientemente por un Estado de manera individual; especialmente si se considera que entre los Estados también se verifican relaciones de dependencia y vulnerabilidad (Ribotta, 2022: 46). Esta objeción adquiere particular relevancia frente a los desafíos de escala global, donde la acción aislada de un Estado resulta claramente insuficiente, y donde

la interdependencia entre naciones exige marcos teóricos capaces de integrar dimensiones transnacionales de la vulnerabilidad y la justicia institucional.

Es decir, si bien su proyecto ofrece una plataforma sólida para el tipo de transformación social e institucional que parece necesaria a la luz de los desafíos actuales, deja aún preguntas cruciales sin responder sobre su viabilidad en un mundo globalizado, donde incluso los Estados son actores vulnerables ante dinámicas transnacionales y económicas que escapan a su control soberano.

4.7. LA AMENAZA AUTORITARIA

Por último, hacia el final de su libro, Fineman se ocupa de enfatizar lo imperioso de la acción del Estado en aras de una reestructuración social e institucional que dé cuenta de la vulnerabilidad y la dependencia; y también alude a la necesidad de normalizar y estandarizar las conductas, expectativas y aspiraciones entre los individuos. Este punto, quizás el más colectivista del proyecto, podría derivar —incluso como consecuencia no intencionada— en la legitimación de formas de gobierno autoritarias, bajo el pretexto de una protección estatal intensificada. Es decir, el planteo genera riesgo de disolver el equilibrio entre protección estatal y autonomía individual, de implicar cierta forma de perfeccionismo estatal³³ —incompatible con una sociedad plural y diversa— y de legitimar intervenciones autoritarias en nombre del bienestar común. Está claro que Fineman piensa más desde y hacia el ámbito jurídico, que el político. No plantea su trabajo «a la defensiva» de esta clase de objeciones. Sin embargo, en este marco, una propuesta normativa tan exigente como la de Fineman requiere integrar de forma explícita una reflexión sobre las formas de gobierno y los mecanismos que permiten a una comunidad deliberar y decidir colectivamente frente a la vulnerabilidad estructural. A esto apunta, creo, la tacha de «proteccionista» de Mackenzie. No es suficiente con identificar el problema para legitimar una determinada función estatal: las respuestas institucionales deben surgir de procedimientos participativos, inclusivos y dialógicos, que garanticen que las soluciones no provengan de una racionalidad teórica impuesta, sino que se construyan desde el consenso democrático y den cuenta de las disidencias y la colectividad de las decisiones. La filosofía política tiene un rol clave al brindar herramientas conceptuales para imaginar alternativas y orientar el debate común, pero no puede reemplazar el ejercicio político del autogobierno. En este contexto, el proyecto de Fineman tiene tanta carga normativa —incluso recurre a la idea de una «imperiosa» acción estatal— que puede conducir a una deriva perfeccionista. En su lugar, debería incluir consideraciones sobre el modo en que una comunidad puede generar arreglos institucionales y culturales para dar cuenta de ese fenómeno.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este trabajo ha sido posible realizar una sistematización de la teoría de la vulnerabilidad de Martha Fineman, así como una aproximación a sus fortalezas y debili-

dades. Su sólida tesis le permite ofrecer nada menos que una plataforma común para un proyecto de comprensión de la persona humana, las relaciones interpersonales y el Estado. Con raíces en el comunitarismo, el feminismo y las discusiones sobre teoría de la justicia, se involucra en una aguda crítica a las asunciones fundamentales del liberalismo moderno y del sistema político, jurídico y socio-económico que se erige sobre ellas. Logra, a través de una serie prolijamente concatenada de dispositivos teóricos, consolidar la noción universal de vulnerabilidad como base para impulsar una reconfiguración profunda del sujeto y del rol estatal. Esta apuesta teórica no está exenta de desafíos y abre varios frentes en su formulación. No obstante, un proyecto tan ambicioso difícilmente podría avanzar sin dejar espacios «vulnerables», y el de Fineman no solo es ambicioso, sino que además contiene una propuesta densamente fundada para enfrentar los desafíos globales de la actualidad.

A pesar de su carácter provocador y su riqueza conceptual, la tesis de Fineman presenta tensiones internas que no pueden ignorarse. Una de las más relevantes surge entre su apuesta universalista y la necesidad de sostener políticas públicas focalizadas en colectivos históricamente postergados. Al reconducir la vulnerabilidad a una condición ontológica común, su planteo disputa espacio con otras visiones que han logrado reconocimiento de derechos para sectores oprimidos, a la vez que genera riesgo de diluir otras desigualdades estructurales —como las de género, raza o discapacidad— y de comprometer estratégicamente reivindicaciones alcanzadas. En ese sentido, uno de los puntos a subrayar es su escasa articulación con otras perspectivas contemporáneas —especialmente sobre agencia y autonomía— con las que prácticamente no dialoga, a pesar de que podrían fortalecer su planteamiento sin restarle potencia crítica. Además, la obra ofrece una integración limitada con la configuración actual de los Estados y las bases económicas del modelo que cuestiona, aspectos clave para comprender cómo se produce y distribuye la vulnerabilidad.

No debe perderse de vista que la crítica de Fineman se formula desde el contexto jurídico y político de Estados Unidos, donde el constitucionalismo liberal ha privilegiado históricamente la no interferencia estatal y una concepción formal de la igualdad. Entendido este anclaje, resulta comprensible que su propuesta de vulnerabilidad universal se dirija contra un modelo que ha invisibilizado la dependencia y ha limitado la acción pública a respuestas auxiliares frente a la desventaja. Sin embargo, desde otros contextos —especialmente aquellos donde el constitucionalismo social ha calado más hondo— es posible objetar algunos supuestos de su crítica. En sistemas jurídicos que promueven activamente valores como la solidaridad, la igualdad material y la justicia relacional, la concepción de Fineman encuentra un terreno más fértil, pero también exige una lectura situada que evite extrapolaciones normativas acríticas.

Por otro lado, la propuesta de Fineman parece confiar en el Estado como vía privilegiada para responder a la vulnerabilidad y promover la justicia social. Esta apelación no implica necesariamente una adhesión al estatismo, pero sí una reivindicación del poder público como instrumento legítimo de transformación institucional. En este punto, conviene recordar que en ocasiones el feminismo ha encontrado en el Estado un aliado estratégico. Por ello, no siempre es razonable desconfiar del Estado: en ciertas condiciones, su intervención puede ser la única vía eficaz. Con todo, la potencia normativa del enfoque

de Fineman radica en su capacidad para interpelar estructuralmente al diseño institucional contemporáneo. Las dudas sobre el rendimiento de la teoría aquí esbozadas, lejos de invalidarlo, lucen como espacios fértiles para futuros desarrollos teóricos que lo profundicen.

Finalmente, la virtud central de la obra de Fineman radica en visibilizar aquello que incluso el sujeto ideal del liberalismo comparte con ese «otro» que suele quedar al margen de las políticas públicas, del entramado institucional e incluso de ciertas reivindicaciones igualitarias, especialmente cuando se trata de colectivos menos visibles o con escasa capacidad de incidencia política. Su idea universal de la vulnerabilidad interpela profundamente, y desde una base empírica, al modelo que recluye al ámbito privado aquello que no encaja en el ideal. Frente a esa lógica de exclusión, Fineman recuerda que los vínculos y experiencias comunes existen incluso entre sujetos profundamente diversos, y que una sociedad justa no puede edificarse sobre la base de la separación, sino a partir del reconocimiento de esa humanidad compartida que nos une pese a nuestras diferencias.

NOTAS

1. Los trabajos de la autora que confluyen a conformar su *corpus* sobre esta temática son Fineman 2004, 2008, 2010, 2012, 2013, 2017, 2019a, 2019b y 2025.

2. Fineman lo ejemplifica con el caso del empleo: es posible despedir a una persona de un trabajo por la razón que fuera, siempre que no sea por una causa discriminatoria. Esto genera vulnerabilidad «por fuera» de las categorías que la igualdad y la no discriminación permiten identificar (2013: 14). Pero el problema para Fineman no se limita al caso de quien no puede reclamar membresía porque no existe un grupo identificado como vulnerable a la luz de las ideas de igualdad y no discriminación; también se verifica en los casos en que, existiendo el grupo, no es sencillo determinar sus contornos, como ocurre con las personas mayores (sobre el ejemplo, Giménez Gluck, 2022: 76-80). Como señala Añón Roig, ese criterio de igualdad también es objeto de crítica por la apelación a una comparación hipotética, en supuestos donde no existen circunstancias asimilables (Añón Roig, 2013: 141-142).

3. Fineman analiza los fallos *Bradwell v. State of Illinois* (1872, 83 US 130-141) y *Muller v. State of Oregon* (1908, 208 US 412-421) de la Corte Suprema de EE. UU., que protegían a las mujeres sobre la base de diferencias de género, roles domésticos «naturales» y atributos como la debilidad o delicadeza. Recurre además a bibliografía y prensa de época para mostrar cómo las instituciones naturalizaban los roles masculino y femenino. Aunque buscaban evitar abusos laborales, estas decisiones retrataban a la mujer como débil, vulnerable y dependiente, en tensión con demandas feministas simultáneas como el reclamo de participación política (2025: ap. 1.2.1). Fineman señala que a la mujer no se la menospreciaba, pero se la confinaba a tareas reproductivas consideradas esenciales (2025: 16-18), mientras que al varón y a instituciones como la familia y el Estado se les asignaban otros papeles. Esto evidenciaba el límite de los reclamos basados en la igualdad y en distinciones demográficas –sexo, género, edad, raza, capacidad, desplazamiento, desventaja, etc.– que, paradójicamente, reforzaban la desigualdad y consolidaban al varón como sujeto normativo. De hecho, el precedente *Muller*, dictado con el fin de proteger, fue luego usado para justificar restricciones salariales y horarias para mujeres (2025: 19-21).

4. Fineman caracteriza a la familia como una institución asumida: las reformas se han centrado más en los roles dentro de ella, que en la importancia fundamental de la familia en la sociedad en las tareas de cuidado, educación y reproducción (2025: 24 y 26). Al dar por hecho ese rol, la sociedad «privatiza» el

cuidado que la familia supone, y con ese dispositivo se ocultan importantes segmentos experienciales de la sociedad (2025: ap. 1.4). Sin embargo, afirma Fineman, no debe perderse de vista que la familia no es una institución «natural», lo que la torna reformable (2025: 32, 98 y 102).

5. Fineman enmarca su tesis en la teoría del rango medio de Merton (1968), en tanto sostiene que las preguntas más trascendentales se encuentran a medio camino entre la realidad empírica de la vida y las teorías y narrativas que subyacen a las aspiraciones políticas y públicas.

6. Las nociones de *embodiment* y *embeddedness* fueron previa y progresivamente desarrolladas en Fineman 2008: 9; 2012: 1754; 2013: 17-24; 2017: 134, 142-144; 2019a: 357; y 2008: 22; 2013: 16; 2017: 142-143; 2019a: 358, respectivamente.

7. Previamente, Fineman ha categorizado la vulnerabilidad como biológica, constante, causada tanto por factores internos como externos, y compleja (2013: 21; 2017: 142-143).

8. Se trata de una noción que Fineman construye progresivamente a lo largo de su obra (2004: 57-70, 2013: 1 y 2025: 46), y que parece recoger la idea de «dependencia secundaria» planteada por Kittay (1999: 40-42) para referir a la posición de dependencia y vulnerabilidad de quienes están a cargo de las tareas de cuidado –generalmente, mujeres–. Aunque no lo explicita, el proyecto teórico de Fineman mantiene afinidades estructurales con el trabajo de Eva Kittay, al operar sobre un marco normativo y conceptual convergente –centrado en el cuidado, la dependencia, la vulnerabilidad y la crítica al sujeto liberal y a valores fundantes del liberalismo como la autonomía, la igualdad o la racionalidad–, cuyas resonancias merecen indagaciones ulteriores.

9. Fineman acude a un experimento psicológico conocido como «still face» (2025: 81-82), que evidenció los efectos negativos en los niños cuando sus madres, durante la interacción, adoptaban expresiones faciales neutras e inexpresivas, interrumpiendo así el vínculo emocional. El experimento es presentado como una poderosa metáfora: del mismo modo que un niño sufre ansiedad y desesperanza ante el rostro inmóvil de su madre, los ciudadanos padecen angustia y desamparo ante instituciones frías, opacas o negligentes.

10. Distinción que toma de Novak, 2008.

11. Tengo presente aquí a referentes como Alasdair MacIntyre (2007), Michael Sandel (1998) o Charles Taylor (1989). Para una visión crítica sobre la crítica comunitarista del sujeto y la autonomía liberales, véase Hierro, 2014: 50.

12. El cuerpo está en el centro de las elaboraciones teóricas de notables autoras feministas, entendido no como un dato natural o puramente biológico, sino como una construcción histórica, política y material. Paradigmáticamente Judith Butler ha problematizado la performatividad del género y la inteligibilidad social del cuerpo (2002) e Iris Marion Young ha abogado por la jerarquización de los cuerpos en las políticas de la identidad (2000). Elizabeth Grosz, por su parte, ha desarrollado una ontología del cuerpo que desafía las dicotomías clásicas entre mente y materia (1994), y Silvia Federici ha enfatizado el lugar del cuerpo –especialmente el cuerpo reproductivo femenino– como campo de disputa central en la historia del capitalismo y el patriarcado (2010). Aunque desde diversos enfoques y con distintos objetivos, son referencia en el colocar al cuerpo como punto de partida para la reflexión crítica sobre el orden social.

13. Tanto el origen de sus reflexiones con el público estadounidense como destinatario, como el giro desde allí hacia una crítica más ambiciosa, son reconocidos por Fineman (Fineman y Grear, 2013: 2; Fineman 2013: 13).

14. Un mapeo actualizado de esta cuestión puede verse en Agüero San Juan y Gallardo Gajardo, 2024, quienes agrupan las posiciones sobre vulnerabilidad en intrínsecas, extrínsecas y disposicionales; una

categorización que en parte se superpone a la que proponen Mackenzie, Rogers y Dodds (2014) entre inherente, situacional y patógena. Véase también Luna, 2009 y 2019.

15. Esta caracterización de lo vulnerable como necesariamente vinculada a lo dependiente -aunque con una distinta concepción de lo ontológico, entendido como perteneciente de modo exclusivo a determinados grupos o sectores respecto de tipos específicos de perjuicio- es hija de la propuesta fundacional de Goodin (1886: 779 y ss.), quien ya entonces abogaba por la defensa del Estado social y la fundamentación de prestaciones sociales a las personas vulnerables.

16. Barrère Unzueta, en comentario a Fineman, 2013, destaca que su modelo deja fuera las vulnerabilidades potenciales, y engloba tanto las causas sistémicas como las fortuitas de vulnerabilidad (2016: 25, 30). La autora también ha señalado que la vulnerabilidad universal de Fineman expande la importancia de la noción a costa de quitar relevancia a los regímenes que causan la vulnerabilidad (2016: 19). Sin embargo, esta última crítica queda desactualizada a partir de *Vulnerability and the Trinity Lectures*, obra en la que Fineman se ocupa constantemente de mostrar cómo el sistema social, político y económico del liberalismo contractualista clásico es el que ignora, profundiza y perpetúa la vulnerabilidad.

17. Así, ha planteado la existencia de una «paradoja de la vulnerabilidad» que «[...] se basa en la importancia de reconocer las diferencias al tiempo que se reconoce que la vulnerabilidad es una parte fundamental y universal de la condición humana. La vulnerabilidad debe entenderse como algo particular, variado y único a nivel individual» (Fineman, 2017: 143, traducción propia). Esta salvedad ha sido formulada, en otros términos, de manera constante en la obra de Fineman, véase 2008: 10; 2012: 1713; 2013: 21; 2014: 307 y 2017: 143-145.

18. Esta problemática se enraíza en la noción de «interseccionalidad» paradigmáticamente introducida por Crenshaw, 1991.

19. Así, explica que «[s]i bien la vulnerabilidad es universal, la resiliencia es particular, y se encuentra en los activos o recursos que una persona acumula y utiliza a lo largo de su vida y mediante la interacción con, y el acceso a, las instituciones de la sociedad» (Fineman y Gear, 2013: 2).

20. Algo que ya aparece en Fineman, 2008: 9-13; 2012: 1753 y 2017: 134-139.

21. El comentario de Morondo Taramundi (2016: 211-212) se dirige a las versiones de Fineman, 2008, 2010 y 2013.

22. Expresamente lo ha sostenido así con anterioridad (Fineman, 2012: 1769-70) y es el hilo conductor de *Vulnerability and the Trinity Lectures*.

23. En el sentido en que lo define Guastini, 1999: 202, esto es, como una decisión sobre el significado de una palabra. Es innegable que la conceptualización de Fineman ha abierto un notable flanco a las críticas. Con un tono de hastío, en *Vulnerability and the Trinity Lectures* Fineman dedica una nota a «desmarcarse» de estas críticas, que considera «fijaciones» que ocupan innecesariamente los debates sobre su teoría. Así, explica que no pretende disputar la noción misma de vulnerabilidad, sino los usos que hacemos de ella, que en definitiva es la mejor para el fenómeno del que quiere ocuparse. El problema no radica tanto en el uso del término, como en la comprensión limitada que tenemos de su alcance y profundidad en relación con la condición humana. Esa falta de entendimiento impide, para Fineman, que reconozcamos plenamente cómo nos afecta en lo personal y nos dificulta reconsiderar ciertos juicios políticos y éticos que deberían estar informados por esa realidad (2025: 56).

24. Sobre el punto, véase Chávez-Fernández Postigo, 2023: 14-15.

25. Fineman reconoce que su planteo crítico fue inicialmente orientado hacia el público estadounidense, y que ulteriormente se convenció de que de allí podía derivarse una teoría más general sobre la justicia (2013: 14).

26. De esto se ocupan los trabajos clave de Jennifer Nedelsky (2011), Catriona Mackenzie y Natalie Stoljar (2000) o Silvina Álvarez Medina (1999, 2015 y 2018). Al margen de la discusión conceptual con Fineman, Ribotta (2022) ha profundizado sobre las consecuencias negativas de adoptar una visión sobre la vulnerabilidad que no tome a la autonomía como aspiración u objetivo a alcanzar.

27. Mackenzie deja claro que Fineman «no se opone» a que la autonomía sea un objetivo a alcanzar –incluso, reconoce que en algunos pasajes lo considera un objetivo–. Lo que le cuestiona es que no profundice el punto, y que no tome a la autonomía relacional como referencia (2014: 41). Esta última crítica también es planteada por Barrère Unzueta (2016: 23) y Chávez-Fernández Postigo (2023: 14). Creo que el esquema de Fineman podría dar respuesta a la crítica de fondo de Mackenzie, en el sentido de que, por trascender a las categorías grupales, fomenta la autonomía individual al impedir que la pertenencia a un grupo condicione las preferencias o demandas de una persona. Así, una persona puede formar parte de una categoría social sin necesariamente adherirse a sus reivindicaciones, una posibilidad que, si bien no es negada por las conceptualizaciones grupales, tampoco es promovida con la claridad y el énfasis que caracteriza el planteamiento de Fineman.

28. Pienso, concretamente, en el revisionismo de Manuel Vargas (véase Fischer et al, 2013: 157-201) o en la revisión interpersonal de la agencia en el marco de la responsabilidad planteada por Figueroa Rubio (2019: 185-190). De hecho, el cuestionamiento a la idea tradicional de agencia es prometedor. Figueroa Rubio y Ortiz de Urbina revisan el problema desde el paradigma de la opresión y sostienen que la agencia se construye socialmente, tanto en su origen como en el tipo de control y racionalidad que demanda, aspectos que adquieren sentido en función de narrativas compartidas por determinados grupos sociales, que a su vez pueden verse condicionados por contextos de opresión (2025, en prensa).

29. Esto, de hecho, la lleva a ser crítica incluso con ciertas reivindicaciones del feminismo y con resoluciones históricamente celebradas de la Corte Suprema estadounidense, véase supra, nota 3.

30. Uno de los rasgos característicos de este nuevo ciclo neoliberal es su tendencia a negar o minimizar las crisis sistémicas que afectan a nuestras sociedades (Foa Torres y Reynares, 2022; Agulles, 2023). En particular sobre la pandemia de COVID-19, un análisis del contexto negacionista –compatible con la reacción neoliberal– puede verse en García Pascual, 2024.

31. La igualdad se encuentra tan vigente que en la actualidad es incluso el parámetro clave para evaluar la injusticia algorítmica, véase Añón Roig, 2022. Algo similar ocurre con el paradigma de la no-discriminación que Fineman rechaza, véase Capellà i Ricart, 2024. Una crítica más desarrollada al concepto de igualdad de Fineman puede verse en Mackenzie, 2024.

32. Así, Álvarez Medina (2020), con el foco puesto en la autonomía relacional, ha fundamentado también una sólida crítica a la distinción público/privado, a la idea liberal de sujeto y al rol abstencionista del Estado.

33. Empleo esta expresión en el sentido que suele dársele en la teoría política, esto es, para aludir a una concepción según la cual el Estado puede promover intereses y planes de vida considerados objetivamente «mejores» (Nino, 1989: 205).

BIBLIOGRAFÍA

- Agulles, Juan M. (2023): «Pandemia, crisis sistémica y nueva normalidad neoliberal», *Política y Sociedad*, 60(3). <https://dx.doi.org/10.5209/poso.75258>
- Agüero San Juan, Claudio y Allan Gallardo Gajardo (2024): «Tres concepciones sobre la vulnerabilidad», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, (45), 78-103. <http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n45.05>
- Álvarez Medina, Silvina (1999): «La autonomía personal y la perspectiva comunitaria», *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, (21), 69-99.
- (2015): «La autonomía personal y la autonomía relacional», *Análisis Filosófico*, 35(1), 13-26. <https://doi.org/10.36446/af.2015.44>
- (2018): *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2020): «La interferencia estatal en la vida privada y familiar», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (42), 1-23.
- Añón Roig, María José (2013): «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía*, (39), 127-157. <https://doi.org/10.5347/39.2013.109>
- (2022): «Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos», *Derechos y libertades*, 47(II), 17-49. <https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6872>
- Arsenault-Gallant, Hannah (2025): «Uncovering Ableism in Martha Fineman's Ontological Vulnerability and Resilience Theory: A Critical Disability Theory Perspective», *Critical Disability Discourses*, 10(1). <https://doi.org/10.25071/1918-6215.39776>
- Barrère Unzueta, María Ángeles (2016): «¿Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica», *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, (34), 17-34. <https://doi.org/10.7203/CEFD.34.8927>
- Buchanan, James M. (1977): *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan*, Chicago / London: The University of Chicago Press.
- Butler, Judith (2002): *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*, Madrid: Paidós.
- Capellà i Ricart, Anna (2024): «Antisubordinación y discriminación algorítmica», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, (37), 214-237. <https://doi.org/10.36151/TD.2024.112>
- Chávez-Fernández Postigo, José (2023): «Vulnerabilidad y dignidad: un diálogo con la teoría de Martha Fineman», *Dikaion*, 32(1), e32118. <https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.18>
- Crenshaw, Kimberlé W. (1991): «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Policies, and Violence Against Women of Color», *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299.
- Dworkin, Ronald M. (2003): *Virtud soberana: la teoría y práctica de la igualdad*, Barcelona: Paidós.
- Federici, Silvia (2010): *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Madrid: Traficantes de sueños.
- Figueroa Rubio, Sebastián J. (2019): *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*, Madrid: Marcial Pons.
- Figueroa Rubio, Sebastián J. e Íñigo Ortiz de Urbina (eds.) (2025, en prensa): *Opresión, agencia y delito*, Madrid: Marcial Pons.
- Fineman, Martha A. (2004): *The Autonomy Mith: A Theory of Dependency*, New York: The New Press.
- (2008): «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», *Yale Journal of Law and Feminism*, 20(1), 1-23.
- (2010): «The Vulnerable Subject and the Responsive State», *Emory Law Journal*, 60, 251-275.
- (2012): «Beyond Identities: The Limits of an Antidiscrimination Approach to Equality» *Boston University Law Review*, 92(6), 1713-1779. <https://ssrn.com/abstract=2192316>

- (2013): «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics», en M. A. Fineman y A. Grear (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham/Burlington: Ashgate, 13-27.
- (2017): «Vulnerability and Inevitable Inequality», *Oslo Law Review*, 4(3), 133-49. <https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02>
- (2019a): «Vulnerability and Social Justice», *Valparaíso Law Review*, 53, 341-365.
- (2019b): «Vulnerability in Law and Bioethics», *Journal of Health Care for the Poor and Underserved*, 30(4), 52-61. <https://doi.org/10.1353/hpu.2019.0115>
- (2025): *Vulnerability Theory and the Trinity Lectures. Institutionalizing the Individual*. Bristol: Bristol University Press.
- Fineman, Martha A. y Anna Grear (2013): «Introduction. Vulnerability as Heuristic—An Invitation to Future Exploration», en M. A. Fineman y A. Grear (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham/Burlington: Ashgate, 1-11.
- Fischer, John M., Robert Kane, Derk Pereboom y Manuel Vargas (2013): *Cuatro perspectivas sobre la libertad*, Madrid: Marcial Pons.
- Foa Torres, Jorge Gabriel y Juan Manuel Reynares (2022): «El lugar de la verdad en las subjetividades neoliberales contemporáneas. En torno al caso de lxs negacionistas en la pandemia del coronavirus», en L. E. Bruno y M. L. Ruffini (comps.), *Las pandemias del neoliberalismo*, Córdoba (Arg.): Edicea, 53-73.
- Foucault, Michel (1991): *Microfísica del poder*, Madrid: La Piqueta.
- Fraser, Nancy y Axel Honneth (2006): *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, Madrid: Paideia-Morata.
- Friedman, Milton y Rose Friedman (1962): *Capitalism and Freedom*, Chicago: Chicago University Press.
- Garayo, Nadia Karenina y Adriana Laura Vercellone (2022). Sobre la disputa feminista con la tradición política hegemónica, en G. Scivoletto y M. Olalla (eds.), *Alternativas: Ejercicios de teoría crítica contemporánea*, Mendoza: Qellqasqa Editorial, 49-83.
- García Pascual, María Cristina (2024): «De la negación a la catarsis. El debate en torno a la pandemia de la COVID-19», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 40, 47-67. <https://doi.org/10.53054/afd.vi40.10394>
- Giménez Gluck, David (2022): «Igualdad y no discriminación de las personas mayores», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 33, 64-89. <https://doi.org/10.36151/td.2022.051>
- Goodin, Robert E. (1986): *Protecting the Vulnerable. A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, Chicago: University of Chicago Press.
- Grosz, Elizabeth (1994): *Volatile Bodies: Toward a Corporeal Feminism*, Bloomington/Indianapolis: Indiana University Press.
- Guastini, Riccardo (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- Hamrouni, Naïma (2017): «Ordinary Vulnerability, Institutional Androgyny, and Gender Justice», en C. Strahele (ed.), *Vulnerability, Autonomy and Applied Ethics*, New York: Routledge, 69-82.
- Hayek, Friedrich A. (1944): *The Road to Serfdom*, London: Routledge.
- (2012 [1976]): *Law, Legislation and Liberty. Volume 2: The Mirage of Social Justice*, Chicago: Chicago University Press.
- Hierro, Liborio L. (2014): «Autonomía y derechos humanos: ¿para qué se inventaron los derechos humanos?», en L. Hierro (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid: Marcial Pons, 27-52.
- Honneth, Axel (1997): *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, Barcelona: Crítica.
- Kittay, Eva Feder (1999): *Love's Labour. Essays on Women, Equality, and Dependency*, New York/London: Routledge.
- Luna, Florencia (2009): «Elucidating the concept of vulnerability: layers not labels», *The International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, (2)1, 121-139. <https://www.jstor.org/stable/40339200>

- (2019): «Identifying and evaluating layers of vulnerability – a way forward», *Developing World of Bioethics*, 19, 86-95. <https://doi.org/10.1111/dewb.12206>
- Macintyre, Alasdair (2007): *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Indiana: University of Notre Dame Press.
- Mackenzie, Catriona (2014): «The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability», en C. Mackenzie, W. Rogers y S. E. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York: Oxford University Press, 33-59.
- Mackenzie, Catriona, Wendy Rogers y Susan Dodds (2014): «Introduction: What Is Vulnerability, and Why Does It Matter for Moral Theory?», en C. Mackenzie, W. Rogers y S. E. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, New York: Oxford University Press, 1-29.
- Mackenzie, Catriona y Natalie Stoljar (2000): «Introduction: Autonomy Reconfigured», en C. Mackenzie y N. Stoljar (eds.), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, New York/Oxford: Oxford University Press, 3-31.
- Merton, Robert King (1968): *Social Theory and Social Structure*, New York: The Free Press.
- Morondo Taramundi, Dolores (2016): «¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 205-221. <https://doi.org/10.7203/CEFD.34.8916>
- Nedelsky, Jennifer (2011): *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, New York: Oxford University Press.
- Nino, Carlos Santiago (1989): *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: EDIAR.
- Novak, William J. (2008): «The Myth of the “Weak” American State», *American Historical Review*, 113(3), 752-72.
- Nozick, Robert (1974): *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books.
- Pozzolo, Susanna (2019): «¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis del derecho en perspectiva de género», *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 51, 1-28. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i51.226>
- Rawls, John (2017 [1971]): *Teoría de la Justicia*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Ribotta, Silvina (2022): «Personas mayores, autonomía y vulnerabilidades», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 33, 38-63. <https://doi.org/10.36151/TD.2022.050>
- Sandel, Michael J. (1998): *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Taylor, Charles (1989): *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press.
- Van Parijs, Philippe (2015): «Social Justice and the Future of the Social Economy», *Annals of Public and Cooperative Economics*, 86(2), 191-197. <https://doi.org/10.1111/apce.12082>
- Young, Iris Marion (2000): *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid: Ediciones Cátedra.

EL FACTOR INDOMESTICABLE. ELEMENTOS PARA LA REFLEXIÓN
IUSFILOSÓFICA DE LA DISRUPCIÓN DIGITAL
*A RECKLESS ASSET. ELEMENTS OF A LEGAL-PHILOSOPHICAL
APPROACH TO DIGITAL DISRUPTION*

Clara Navarro Ruiz*

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

En las siguientes líneas se exponen los elementos fundamentales para la consideración de las tecnologías disruptivas de la información (IA, *Big Data*). En primer lugar, se describe el contexto jurídico, económico y social del desarrollo tecnológico actual. Para ello, se ahondará en la fragmentación del derecho contemporáneo y la transformación de la estructura del Estado-Nación (Cutler; Mercado Pacheco; Zumbansen). Se considera, en segundo lugar, las definiciones esenciales y elementos filosóficos de esta tecnología. Aquí analizaremos su descripción característica (Delipetrev, Tsinaraki *et al.*) y sus elementos metafísicos esenciales (Joque, Pasquinelli). A continuación, se analiza el estado actual de la legislación en torno a estas tecnologías (Gutiérrez García, Hernández Peña), pasando a continuación a la consideración geopolítica de la relación tecnología-política de EE.UU., China y la Unión Europea. Se concluyen con unas reflexiones de balance crítico.

PALABRAS CLAVE

IA, algoritmo, derecho de las tecnologías, tecnologías disruptivas.

ABSTRACT

In the next lines we present the essential elements to analyze disruptive information technologies (IA, *Big Data*). First, we describe the legal and social-economical context of the contemporary technological development. With that aim, we tackle the fragmentation of contemporary law and the transformation of the Nation-State structure (Cutler; Mercado Pacheco, Zumbansen). Secondly, we consider the essential definitions and philosophical elements of this technologies. Here we analyze its characteristic description (Delipetrev, Tsinaraki *et al.*) and its elementary metaphysical elements (Joque, Pasquinelli). Following to that, we analyze the present of technology law (Gutiérrez García, Hernández Peña). We also consider, in a geopolitical way, the policies of technology being carried through by the USA, China, and the Europea Union. We conclude with some critical considerations.

KEYWORDS

AI, algorithm, law of technology, disruptive technologies.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.140>

* Profesora Ayudante Doctora en el departamento de Filosofía y Sociedad de la Universidad Complutense de Madrid. Este artículo se ha escrito con el apoyo de los siguientes proyectos: Red Cultura de la Legalidad (Ayuda RED2018-102533-T) financiada por la Agencia Estatal de Investigación y el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades MCIN/AEI /10.13039/501100011033; Culturas de la opresión, explotación laboral y transformaciones del Estado: Análisis Interseccionales de algunas formas de dominación contemporánea. Una investigación de filosofía social (PID2024-156672NB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación; Cost Action CA20134-Traces as Research Agenda for Climate Change, Technology Studies, and Social Justice (TRACTS); el proyecto Justice in the XXI Century: A Perspective from Latin America (JUSTLA), dentro del marco europeo HORIZON-MSCA-2023-Staff Exchanges , así como el PIMCD UCM 2023 n.º 52 y n.º 5, Precariedad, exclusión social y marcos epistémicos del daño: lógicas y efectos subjetivos del sufrimiento social contemporáneo (VI). Por último, deseo expresar mi agradecimiento a los comentarios de las personas que han evaluado este artículo, que han contribuido enormemente a su mejora.

EL FACTOR INDOMESTICABLE. ELEMENTOS PARA LA REFLEXIÓN IUSFILOSÓFICA DE LA DISRUPCIÓN DIGITAL

Clara Navarro Ruiz
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto político-jurídico de la transformación tecnológica: breves apuntes sobre la globalización jurídico-económica. 3. Elementos y realidad de la tecnología disruptiva. 3.1 Aparejos tecnológicos fundamentales: determinación y definiciones básicas. 3.2 Elementos teóricos de las tecnologías algorítmicas: aspectos sociales y metafísicos. 4. Retos y propuestas ético-legislativas ante las tecnologías disruptivas. 4.1. Breve consideración de los riesgos asociados a las TICs. 4.2 Propuestas ético-legislativas para el análisis y legislación. 4.3 Estrategias de tres actores geopolíticos: China, EE. UU., Unión Europea. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las siguientes líneas exponen los elementos fundamentales que consideramos imprescindibles para el análisis, reflexión y crítica de la situación generada por las tecnologías disruptivas de la información de fundamento algorítmico (Big Data e IA)¹. Estas, que constituyen el secreto del éxito de los grandes agentes económicos tecnológicos (las empresas GAFAM², pero también *Alibaba*, *TikTok* o *Tencent*), se aplican en cada vez más sectores de carácter público y privado.

Se ha de comentar, de entrada, que el análisis aquí realizado se despliega con una actitud de talante crítico, reacio al tecnooptimismo ingenuo de autores como Bastani (2019), si bien no se defiende aquí ningún neoluditismo. Las tecnologías de la información (TICs) son un elemento de potencias emancipadoras y una realidad que indefectiblemente, configura y configurará nuestras sociedades. Al jurista se le impone por tanto su análisis y su reflexión equilibrada, dada su labor social (incluso a pesar de las incertidumbres que estas generan (Barrilao, 2016).

Con tal objetivo, en el presente escrito comenzaremos con una breve consideración del contexto jurídico, social y económico del despliegue de las tecnologías disruptivas de la información. Tras ello, seguiremos con una exposición de las definiciones básicas de los elementos tecnológicos a considerar, que acompañamos de dos intervenciones provenientes de la reflexión filosófica. El siguiente punto acomete la realidad legislativa (presente y propuesta) de las tecnologías disruptivas de la información y se abordan, asimismo algunas de las propuestas políticas de los actores geopolíticos globales. Cerraremos con unas escuetas conclusiones.

2. CONTEXTO POLÍTICO-JURÍDICO DE LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA: BREVES APUNTES SOBRE LA GLOBALIZACIÓN JURÍDICO-ECONÓMICA

La capacidad transformadora de las tecnologías de la información es incomprensible sin el específico contexto socioeconómico y político del siglo XXI. Este, caracterizado por el fenómeno de la globalización, conlleva una serie de tensiones y rupturas que, como ha sabido ver Balaguer Callejón (2023: 24) son muy diferentes de las que configuraron al constitucionalismo clásico. Independientemente de que el convulso estado de la geopolítica actual pueda hacer virar el rumbo de lo que aquí se va a exponer, es menester igualmente tenerlo presente, por constituir el escenario a partir del cual se operarán las transformaciones que en su caso ocurran.

La globalización, como es harto conocido, ha fragmentado y diseminado el proceso productivo a lo largo del globo, generando largas cadenas de producción global (CVG). Estas, optimizadas por las tecnologías de la información y los sistemas logísticos, han logrado el viejo anhelo del sistema socioeconómico capitalista de disolver las distancias espaciales a través de la aceleración temporal de los procesos productivos (Navarro Ruiz, 2022; Mau, 2024: 323-348). Los elementos esenciales de dicha transformación se resumen fundamentalmente en dos cuestiones (Cutler, 2003; Navarro Ruiz, 2024 y 2026): en primer lugar, en la pérdida de poder del Estado-Nación, que ha pasado a ser un agente que ha de competir por devenir un enclave de inversión atractivo para los capitales (Barcellona, 2021; Laporta, 2005: 250). En consonancia con esto ha habido, también, una reconfiguración y rediseño de los agentes socioeconómicamente relevantes. Dicha cuestión ha desembocado en el definitivo desdibujamiento de los contornos de lo considerado “público” y “privado” para los teóricos de la política y el derecho internacionales, que están generando nuevas formas

de conceptualizar el espacio del derecho y la política globales a través de términos como lo “transnacional” (Zumbansen, 2012 y 2020). Expliquemos esto más detalladamente³. Ya se ha dicho que el espacio del derecho contemporáneo está caracterizado por la sacudida provocada por el carácter global del sistema socioeconómico, que ha de soportar una estructura jurídica —la del constitucionalismo clásico del siglo XX— fuertemente enraizada en las estructuras nacionales (Mercado Pacheco, 1995). Esta, poco compatible con la nueva realidad material, ha obligado al Estado a desprenderse de sus clásicas facultades legislativas y antaño papel de centralidad en pro de instrumentos y tácticas que le permitan operar en el espacio global. De esta forma, se han comenzado a implementar, entre otras soluciones, mecanismos de autorregulación de los actores, procesos de formulación legislativa más participativos y horizontales y, por último, mecanismos de resolución de disputas fundamentados en la autonomía de las partes (como el arbitraje) que poseen un carácter más flexible (Ali, 2020; Estévez Araújo, 2021: 81-83).

El resultado de estas intervenciones ha sido la creciente fragmentación y especialización del derecho, muy influenciado por la llamada *lex mercatoria*. Esta, que tiene sus orígenes en el derecho especial de los comerciantes de la Europa medieval, puede ser definida como un conjunto de procedimientos y usos jurídicos generado por la propia práctica comercial de los agentes internacionales. Dicha forma de proceder se ha impuesto principalmente por el peso de los actores globales más relevantes, que conforman hoy una clase heterogénea en la que se entremezclan actores públicos y privados (Cutler, 2020: 31).

El conjunto de los cambios mencionados ha impuesto *de facto* un sistema de fuentes de derecho de carácter multinivel, implementado a diferentes niveles geográficos (comunitario, local, nacional [Faria, 2012: 25-26]), el cual se adapta perfectamente a los principios del “nuevo constitucionalismo” (Gill y Cutler, 2014), cuyo objetivo es adecuar los procesos regulatorios a las exigencias de la acumulación del capital global (Cutler, 2013: 722).

En último término, todos los procesos que venimos relatando han generado un nuevo escenario político y socioeconómico que bien puede describirse con la noción de lo “transnacional”. Bajo dicho término se apela a problemas, situaciones y problemas que no se entienden bajo lo que ha sido considerado tradicionalmente derecho internacional, pero cuya resolución y formulación exige apelar a instancias o agentes no-estatales y que, a su vez, apelan a relaciones sociales que van más allá del Estado-Nación (Jiménez Alemán, 2016: 242). Estamos así ante una perspectiva de carácter metodológico (Zumbansen, 2012), con la que se busca capturar las interrelaciones de una sociedad que entremezcla de forma continua los límites de lo local y lo global; que se comprende más bien hibridando dichos elementos, como ha hecho, por otro lado, la sociología de Sassen (2008).

Habida cuenta de esta cuestión, es evidente que el concepto de lo transnacional ofrece un modelo de estudio del derecho que trasciende su análisis desde la disyuntiva excluyente de los abordajes centrados bien en el Estado-Nación, bien en las relaciones internacionales (Turégano, 2017: 226-228). Mediante la eliminación de las pulsiones monistas, la perspectiva asociada al concepto de lo transnacional acoge con mucha facilidad la observación del estado y su configuración en el marco de la red de relaciones, intereses y beneficios de los actores en juego, completando una imagen mucho más rica y compleja de la realidad

política, social y económica (Cutler, 2013: 728). Se rompe así con el tradicional abordaje conceptual que comprende que el orden legislativo se encuentra de forma exclusiva en el ámbito del Estado-Nación, mientras que el espacio internacional es el espacio de juego de un estado de naturaleza que se consideraría —al modo de los contractualistas— de carácter prepolítico. En suma, este es un escenario que entiende el presente bajo el signo de la contingencia ínsita a la cambiante correlación de fuerzas entre agentes: algo que se corresponde, sin duda, con nuestra actualidad. En este sentido, Streeck (2024) sostiene que el presente político se entiende bien desde la noción de “hiperglobalización” (Streeck, 2024: posiciones 46-47 de 525) y aboga por recuperar mecanismos democráticos de institucionalidad que permitan aliviar las tensiones que está generando la actual configuración económica, que, además, considera de fundamentos endebles (Streeck, 2024: posiciones 155-170 de 525). Son todas ellas cuestiones que, además, el convulso panorama geopolítico pone encima de la mesa de forma continua.

Más allá de estas cuestiones y volviendo al ámbito de lo estrictamente jurídico, queda patente que la configuración legal contemporánea se describe adecuadamente con la mencionada noción, la de lo “transnacional”. De forma ulterior, muestra dos relaciones dialécticas fundamentales que nos será de utilidad recordar en este trabajo: de una parte, la existente entre el derecho “duro” o institucionalizado, fiscalizante y punitivo de los estados con el derecho “blando” apoyado en mecanismos y procesos autorregulatorios y de amplia autonomía de las partes; de otra, la tensión entre la fuerza centrífuga, expansiva, de la deslocalización asociada a la globalización y entre la *vis* de relocalización, a diversos niveles geográficos (local, comunitario, nacional) (Cutler, 2013: 728).

Bien, a pesar de que lo presentado nos haya llevado a un asunto aparentemente ajeno a nuestro objeto, veremos que entender el marco jurídico descrito nos será de utilidad para comprender los riesgos y problemas que se han de resolver en el uso de las TICs, pero también, los límites que han de ser establecidos a los agentes que están implementando y posibilitando su uso. Ante todo, nos ayuda a captar que el comportamiento de los grandes agentes globales se enmarca en un contexto jurídico que facilita espacios político-jurídicos híbridos, en los que el peso económico de los agentes otorga carta de naturaleza política porque los Estados-Nación ya no son los únicos agentes significativos.

En su conjunto, este contexto nos ayuda a entender la centralidad político-social de las empresas detrás del desarrollo de estas tecnologías, que bien podríamos pensar desplegadas por entes públicos. Sin embargo, es bien sabido que los altos costes de la IA y otras tecnologías disruptivas de la información ha generado que su desarrollo quede predominantemente en manos privadas. Dicha circunstancia, además de generar dependencia para los poderes públicos (Barrilao, 2023: 149) posee efectos perniciosos habida cuenta de que, en ciertos aspectos, han suplido el espacio antes ocupado o regulado por funciones públicas —piénsese, por ejemplo, en el ámbito de los medios de comunicación— todo lo cual exacerba aún más la debilidad de la respuesta estatal en el marco que acabamos de exponer. Una situación aún más grave esta al comprender que, como corresponde a su legítimo objetivo constitucionalmente reconocido (38 CE), las empresas privadas se ordenan teleológicamente bajo el principio de la expectativa de beneficios, lo que puede entrar en conflicto

con los valores y principios legales y constitucionales correspondientes (Barrilao, 2023: 149). Tenemos así los ingredientes para una situación de potencial conflicto de intereses que empuja, con firmeza, a que la realidad tecnológica sea considerada detenidamente.

3. ELEMENTOS Y REALIDAD DE LA TECNOLOGÍA DISRUPTIVA

Para comenzar a navegar en las tecnologías disruptivas de la comunicación, es conveniente comenzar por explicar que la noción de “revolución tecnológica” está ligada al hiato temporal de cambio de siglo y, en principio, a la introducción de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), tanto como a su abaratamiento y progresiva expansión. Explicado brevemente, dicho proceso se dio en dos fases diferenciadas, coincidentes con el propio desarrollo de globalización: en primer lugar, la revolución microelectrónica, que generó la llamada “tercera revolución industrial” (Kurz, 1986); la siguiente, a continuación, ligada a los avances de dicha tecnología y que ha desembocado en la cuarta revolución industrial (Schwab, 2016). Esta última, efecto del desarrollo de los procesos de la economía digital y la gestión de datos, ha posibilitado el surgimiento de nuevos artefactos y procesos de mayor o menor implementación social. Así, entre estos, podemos nombrar la impresión 3D, el desarrollo de la robótica en diversas versiones, drones y coches de conducción automática y, también, desarrollos asociados a la intervención biológica y genética (Navarro Ruiz, 2019: 289). Todos estos procesos, muy diferentes entre sí, dependen de una tecnología cuyo funcionamiento reposa sobre la base de algoritmos, que son el primer componente del conjunto que debe ser definido, como haremos a continuación.

3.1. APAREJOS TECNOLÓGICOS FUNDAMENTALES: DETERMINACIÓN Y DEFINICIONES BÁSICAS

Como se ha comentado, determinar y explicar los componentes fundamentales de las nuevas tecnologías disruptivas ha de comenzar con la definición de “algoritmo”. De forma muy sencilla, se define como “una serie de instrucciones para realizar cálculos o tareas, ya sea en matemáticas o en informática”⁴. Los algoritmos determinan la organización, proceso de aprendizaje y obtención de resultado que va a efectuar una tecnología dada (por ejemplo, un sistema de aprendizaje de inteligencia artificial (IA), pero también el comportamiento de recompensas y sanciones de la aplicación de una plataforma comercial como *Spotify* o *Uber*).

El siguiente concepto que se debe abordar es el de *Big Data*. Este “hace referencia a las posibilidades de acceso a ingentes cantidades de datos digitales” (Hoffman-Riem, 2018: 64-66) y se caracterizan por las denominadas “cinco v”: *volumen* (se trata siempre de una gran cantidad de datos), *variedad* (tanto en los datos mismos como en la diversidad de formas de recogida), *velocidad*, *veracidad* (para asegurar la calidad de los datos y su coherencia) y, por último, como resultado de los elementos anteriores, el valor que posee este *Big Data* para generar beneficios empresariales. Cabe destacar, igualmente, que, según la finalidad

deseada, el Big Data puede ser sujeto a diversos procedimientos de análisis: i) descriptivo en caso de que se quieran clasificar los datos, ii) predictivo, en caso de buscar identidad “indicadores de una posible relación causal [...] en forma de correlaciones estadísticamente significativas” (Hoffman-Riem, 2018: 65) y por último, iii) prescriptivo, que (como se imaginará) orienta recomendaciones de actuación. Este último método se utiliza para la formación de tácticas que desean influir sobre comportamientos, lo que, ulteriormente, puede generar efectos sobre la opinión pública (tanto en sus percepciones actuales, como en las futuras [Hoffman-Riem, 2018: 65-66]). La utilización de *Big Data* se ha hecho especialmente poderosa por el uso de la IA, con la que ha actuado de forma sinérgica. Es justamente esta la siguiente noción que debemos describir.

La IA, por su parte, ha sido objeto de diferentes caracterizaciones, según se haya incidido en sus diversas cualidades. Una definición que aquí nos puede ser de utilidad es la que ha sido adoptada por la IA Watch (Delipetrev, Tsinaraki *et al.*, 2020), es decir, aquella establecida en el marco de desarrollo de la ley IA de la UE, formulada por un grupo de expertos de alto nivel:

Los sistemas de inteligencia artificial (IA) son un sistema de *software* (y posiblemente también de *hardware*) diseñado por seres humanos a los que, cuando se les da un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital percibiendo su entorno a través de la adquisición de datos, interpretando los datos recogidos estructurados o sin estructurar, razonando sobre el conocimiento, o procesando la información derivada de dichos datos y decidiendo la(s) mejor(es) acción(es) que puede(n) realizarse para alcanzar el objetivo establecido. Los sistemas de IA pueden utilizar bien reglas simbólicas o utilizar un modelo numérico, y también pueden adaptar su comportamiento analizando cómo sus previas acciones afectan a su entorno. Como disciplina científica, la IA incluye diversas aproximaciones y técnicas, como el aprendizaje automático [*machine learning*] [...] razonamiento automático [*machine reasoning*] [...] y la robótica [...]. (Delipetrev, Tsinaraki *et al.*, 2020: 5).

Más allá de lo comentado en esta definición, es necesario distinguir entre dos corrientes de estudio y desarrollo de la inteligencia artificial: la primera, la *Artificial Narrow Intelligence* (ANI) o “IA débil”, se refiere a aquella rama de estudio y desarrollo de la IA que puede operar en un contexto determinado de carácter predefinido, siendo incapaz de realizar procesos de generalización. Es el tipo de tecnología que se encuentra debajo de la mayoría de las técnicas y dispositivos que conocemos, como los traductores, las aplicaciones de reconocimiento facial o el dispositivo Alexa (Delipetrev, Tsinaraki *et al.*, 2020: 5-6). Junto a esta IA se encuentran la *Artificial General Intelligence* (AGI) o “IA fuerte” —equivalente a la inteligencia humana, todavía no alcanzada por el desarrollo tecnológico— o, incluso, la Artificial Superior Intelligence (ASI) —superior a la inteligencia humana, existente hoy exclusivamente en el ámbito de la ciencia ficción—. Aquí nos referiremos a dispositivos y tecnologías que se han de circunscribir al ámbito de la IA débil. Igualmente relacionada con la noción de IA, se debe tener en cuenta el concepto de “aprendizaje automático” o *machine learning*, que es “un conjunto de técnicas” que hace posible que las máquinas aprendan de forma automática a través del uso de “patrones y deducciones en lugar de ins-

trucciones directas de una persona” (UNESCO, 2023: 20). Se trata del tipo de tecnología que está detrás de la llamada IA generativa, como *ChatGPT*.

Al margen de estas consideraciones, una de las cuestiones fundamentales que se han de tener presentes a la hora de abordar el uso y legislación de las nuevas tecnologías disruptivas es si podemos calificar de “razonables” las decisiones que toman, esto es, si consideramos que poseen racionalidad. A pesar de que la IA haya abierto un campo de estudio específico dentro del área de la teoría de la mente, estamos todavía lejos de considerar que la IA posee un raciocinio semejante al de los seres humanos (López de Mántaras y Brunet, 2023: 16-18), en tanto solo son capaces de ofrecer un determinado resultado (*output*), establecidos ciertos parámetros (*inputs*) sobre la base de una serie de pasos preordenados: de esta manera, no podemos afirmar que haya una referencia expresa, es decir, un sentido, del mismo modo que no diríamos que tiene sentido —aunque fuera pensable— que un gorrión posee intenciones artísticas por haber dibujado una figura especialmente bella en su vuelo (Palomo, 2023: 25). Este modo de funcionamiento está detrás de otro de sus problemas más acuciantes: el hecho de que la IA, en tanto genera información a través de la mera gestión de los datos anteriores, no hace surgir nada nuevo. De esta forma, esta tecnología es solo capaz de generar la denominada “información endogámica”, que carece de la abstracción que posee el pensamiento, que se eleva, pues, sobre la base de la información dada (Palomo, 2023: 26-27). De forma adicional, cabe destacar que la IA suele alucinar de forma frecuente (Palomo, 2023: 23) y que muchas veces podemos no ser capaces de explicar la forma en la que ha llegado a un resultado determinado, lo que ha generado el problema de la IA como “caja negra”, especialmente relevante para el ámbito de la legislación y la garantía de la rendición de cuentas (Ortiz de Zárate, 2022: 331). Volveremos sobre esto líneas más abajo. Por el momento, vamos a pasar a cuestionar la neutralidad de estas tecnologías explicando algunos de los postulados teóricos que la fundamentan.

3.2. ELEMENTOS TEÓRICOS DE LAS TECNOLOGÍAS ALGORÍTMICAS: ASPECTOS SOCIALES Y METAFÍSICOS

Si esta argumentación quiere ser tildada de “iusfilosófica” conviene traer a colación uno de los aspectos más discutidos de las tecnologías disruptivas de la información: su aparente ausencia de neutralidad, particularmente, dada la intrínseca bondad con la que estas suelen ser percibidas y la inmediata aceptación y adopción tecnológica que esto genera. En este sentido, el trabajo de teóricos sociales como Pasquinelli (2023), Joque (2022)⁵ y Törnberg y Uitermark (2025) resulta tremendamente útil para comprender que el contexto y condiciones de surgimiento de la tecnología y los instrumentos de medición matemáticos no están exentos de presuposiciones sociales; y que, adicionalmente, permean igualmente en las concepciones que poseemos de lo que significa una sociedad y el modo en que esta se organiza.

Pasquinelli, en primera instancia, ha indicado cómo la lógica de la IA no se ha generado a partir de un modelo que imite el sistema propio de nuestra biología. Contrariamente a las afirmaciones de los científicos e ingenieros (que sostienen que esta tecnología mimetiza

nuestras redes neurales, lo que otorgaría a la IA un carácter “neutro” y “objetivo”) se ha de entender que la lógica que emulan es social. Más concretamente, según este autor, se copia el funcionamiento de “la inteligencia del trabajo y las relaciones sociales”, esto es, de aquellas relaciones sociales que conformamos en el proceso de trabajo (Pasquinelli, 2023: 12).

Del mismo modo, en el autor italiano, la abstracción se ha de entender en términos generales dentro del contexto social, es decir: como un proceso de mediación simbólica con ciertos fines instrumentales. Lejos de constituirse como el exclusivo aislamiento de ciertas propiedades de una realidad empírica, abstraer es un ejercicio que se realiza con un cierto objetivo, como parte de la solución a un problema que precisa entender un entorno contingente y cambiante. Así, se realiza “no en el espacio idealizado de las ideas platónicas, sino en el mundo efectivamente viviente, conformado por campos de fuerzas y conflictos. En este sentido, la abstracción es también parte del más extenso antagonismo social” (Pasquinelli, 2023: 43). Partiendo de estas ideas, Pasquinelli entiende que la IA y las nuevas tecnologías disruptivas de la información son incomprensibles sin la historia de lucha de clases. La descualificación del trabajo a través de los mecanismos de cuantificación, segmentación y ulterior automatización de este es un medio muy útil para el disciplinamiento y subordinación del trabajador a los dictados del sistema social y económico; esenciales, por otro lado, para una comprensión completa del desarrollo científico (Pasquinelli, 2023: 82-83, 90-93).

Para este teórico (2023: 118), pues, el punto decisivo en el surgimiento de las tecnologías disruptivas de la información se encuentra en el hiato que va desde finales del siglo XIX a mediados del siglo XX. En este momento tuvo lugar una extraordinaria expansión de los países occidentales, lo que, a su vez, hizo que hubieran de gobernarse sus recientes capacidades productivas y distributivas. La solución dada fue la de traducir numéricamente los procesos informativos y comunicativos, algo que resultó ser un buen mecanismo de control. Es de este modo como la información “pasó a medir la inteligencia, conocimiento y las habilidades necesarias para controlar [máster] el proceso de producción y las relaciones sociales en su conjunto” (Pasquinelli, 2023: 121). Una información cuyos elementos fundantes se encontraban (y encuentran) en lo más cotidiano: en las relaciones de cooperación y socialidad generadas por los propios empleados al trabajar cotidianamente. Efectivamente, a lo largo de su texto, Pasquinelli muestra que la noción de información está muy relacionada con el estudio y análisis de los procesos laborales de los trabajadores fabriles —como los estudios que realizó, por poner un ejemplo, el sociólogo R. Alquiati en las fábricas de Olivetti de los años 60 (Pasquinelli, 2023: 120)—. Indica con ello el origen de la cadena de esa “inteligencia” (solo en apariencia neutra) que registra y clasifica la IA y sus algoritmos. Porque esta, en realidad, proviene de la fuerza de organización social asociada al trabajo, “que es en quintaesencia una fuerza política” (Pasquinelli, 2023: 122). El autor concluye así que

...[e]l diseño de los dispositivos de información [*information machines*] respondió —incluso al nivel de las formas lógicas de sus algoritmos— a las formas de interacción social en su conjunto. En otras palabras, en el siglo XX, no fueron las tecnologías de la información las que en primera instancia reconfiguraron la sociedad, tal como pretende [*implies*] la visión mitologizada de la “sociedad de la información”; antes bien, fueron las relaciones sociales, desde dentro, las que for-

jaron las redes de comunicación, las tecnologías de la información y las teorías cibernéticas. Los algoritmos de información fueron diseñados de acuerdo con la lógica de la autoorganización para captar más adecuadamente un ámbito social y económico que estaba sufriendo una transformación radical. (Pasquinelli, 2023: 143).

La transformación radical a la que se refiere Pasquinelli en el fragmento cristalizaría algo más tarde en la “sociedad de la información”, donde las redes neurales artificiales convirtieron la información captada en elementos estadísticos de medición “que fueron introducidos originalmente para cuantificar habilidades cognitivas, sociales y ligadas al trabajo”. (Pasquinelli, 2023: 220).

Dando un paso más en la argumentación de este tipo, Joque (2022) ha establecido que la abstracción y los mecanismos instrumentales de la misma (los algoritmos y procedimientos estadísticos) objetivan las relaciones de poder socioeconómico que, indefectiblemente, se han de entender mediadas históricamente. En su texto *Revolutionary Mathematics: Artificial Intelligence, Statistics and the Logic of Capitalism* apunta a que todo proceso de abstracción genera una determinada estructura metafísica, que ha de contextualizarse para deshacer el hechizo de su objetividad. Partiendo de dicha afirmación, Joque sostiene que la tecnología que usan la IA y sus algoritmos está fundamentada sobre un aparato estadístico cuya base metafísica es especialmente afin a los procesos de intercambio capitalistas. Esta estructura, en última instancia, facilita su apropiación por parte de agentes privados, aunque esté nutrida y conformada por la interacción social (realizada de forma gratuita [Joque, 2022: 139 y ss.]). Por tanto, la conformación de conocimiento estadístico algorítmico, en su forma y configuración actual, es para Joque un proceso de expropiación: siendo dicho proceso el último capítulo de un mecanismo de poder más general, que opera a través de la abstracción y que, además, es rastreable en la propia forma mercancía. Veamos esto algo más detenidamente.

Según el autor norteamericano —apoyado en el aparato conceptual marxiano contenido en el argumento del fetichismo de la mercancía de *El Capital* (Marx, 1973: 85-108 [2008: 87-113])— la abstracción que anida en el funcionamiento del sistema capitalista se basa en la invisibilización de las condiciones sociales de la producción de las mercancías, las cuales las diferencia cualitativamente. Al mismo tiempo, el proceso de abstracción es, recordemos —se ha comentado antes con la argumentación con Pasquinelli— un procedimiento de mediación simbólica dirigido teleológicamente. Esto significa que, por efecto de esta, se aíslan ciertos aspectos de una realidad determinada para obtener ciertos resultados, o sea, para el cumplimiento de ciertos objetivos. La determinación de dicho fin, por tanto, genera una jerarquía por la cual ciertos aspectos o realidades de una cosa o circunstancia serán tenidos en cuenta, mientras que otros serán obliterados por no ser considerados relevantes (Joque, 2022: 138 y ss.).

Habida cuenta de esta cuestión, observemos qué ocurre ahora con las mercancías que, como hemos dicho, se diferencian cualitativamente en el proceso de su producción. ¿Qué ocurre cuando se presentan, no obstante, en el espacio mercantil? Que estas, las mercancías, se presentan a simple vista como objetos intercambiables y diferentes solo cuantitativamente por su valor y por el trabajo (abstracto) contenido en las mismas⁶. En el acto de

intercambio se ha producido una determinada abstracción. Efectivamente, dicho acto de intercambio hace que lo anteriormente inconmensurable (las condiciones de producción de las mercancías) se haya objetivado y hecho conmensurable y, en la misma medida, cuantificable.

El elemento decisivo que se ha de tener en consideración en lo que se refiere a dicha explicación es que el proceso de abstracción que tiene lugar a nivel de la mercancía y el acto de intercambio posee una legaliformidad y unos elementos constitutivos que también anidan en el funcionamiento de los algoritmos. En su configuración actual, estos conforman correlaciones individualizadas para ofrecernos las recomendaciones precisas (en el caso de un algoritmo con fines comerciales) o bien para proporcionar la solución deseada (en otro tipo de algoritmos). Se trata este de un tipo de operación completamente afín, para Joque, al actual estadio de desarrollo del sistema socioeconómico capitalista. En este, el sistema de producción, mediante técnicas del *just in time* y otros mecanismos de optimización que conforman un vasto sistema logístico, proporciona una respuesta precisa y rápida a las demandas del mercado. Aunque se trate de un fragmento algo extenso, es útil observar esta tesis en palabras del propio autor:

Más específicamente, tornar algo en repetible y conmensurable es renunciar a cualquier investigación sobre dichos particulares [...] mientras que al mismo tiempo se sigue extrayendo valor de su instanciación⁷. De un lado, la estadística y el aprendizaje automático [*machine learning*] hacen operativa [*operationalize*] esta tensión productiva, pero, tal como hace el capitalismo, lo hacen sobre la base de una conmensurabilidad fundamental. La preferencia del aprendizaje automático por las correlaciones sobre las explicaciones causales permite la inclusión de datos locales que pueden no parecer inmediatamente relevantes para ayudar en la producción de un modelo abstracto. Y aún con eso, incluso estos datos deben ser seleccionados, recogidos y transformados en algo asimilable por un algoritmo. [...] Todas las correlaciones se corresponden [*are local*] únicamente con los datos sobre los que se han entrenado. Un modelo nunca es universal, sino que es siempre una abstracción particular y local. [...]. Los algoritmos permiten convertir cualquier pequeño *bit* de datos extraíbles en *bits* intercambiables que pueden ser comparados y, en última instancia, intercambiados. No obstante, estos algoritmos producen y reproducen en cualquier caso exactamente el mismo tipo de diferencia jerarquizada que poseen las viejas formas de universalidad. Mientras que la abstracción, entendida de forma amplia, ha sido desde hace mucho un componente del pensamiento humano de carácter esencial, si bien asimismo productivo y peligroso, el aprendizaje automático moviliza y licúa estas abstracciones; los algoritmos de aprendizaje automático, como las redes neuronales, permiten a los ordenadores crear abstracciones que son únicamente correlaciones momentáneas. Los productos se recomiendan a los consumidores específicos basándose en una serie de atributos en una hora dada y, después, cuando llegan nuevos datos, en otra serie en la siguiente hora. (Joque, 2022: 140).

A pesar de su alto grado de abstracción, consideramos que la argumentación de Joque es imprescindible para deshacer el hechizo de la neutralidad de la objetividad que poseen las tecnologías algorítmicas. Debe notarse que el argumento del autor norteamericano va más

allá de señalar los posibles sesgos en la configuración de los algoritmos (que aquí trataremos en una sección posterior). Antes bien, apunta a que el propio ejercicio de datificación y algoritmización de cualesquiera aspectos de la realidad no son intervenciones inocentes o sin consecuencias, sino que en ellas anidan, cristalizadas, ciertas jerarquías, unas correlaciones de fuerzas: todas las cuales deciden, en este caso, qué aspectos se deben considerar en un determinado proceso de abstracción. En la medida en que el trabajo del jurista apunta a la regulación de las conductas y acciones dentro de un marco social determinado, resulta fundamental abrir la consideración de la tecnología y su configuración interna a preguntas de carácter ético y político. Por ello, aunque lejano al objeto inmediato del ámbito jurídico, creemos que lo apuntado resulta de indudable interés.

Para cerrar este apartado, quisiéramos igualmente realizar una brevísima mención al trabajo de Törnberg y Uitermark (2025) quienes han puesto de relieve que la creciente implementación de las tecnologías digitales en las sociedades configura asimismo nuevos modelos de comprensión de lo social que, en último término, también conforman concepciones novedosas de las formas de interacción. Su reciente *Seeing like a platform* resalta la continuidad teórica existente entre el concepto de “sistema complejo” y la introducción de tecnologías digitales cuyo efecto, precisamente, es captado mucho más adecuadamente mediante dicho paradigma. El modelo ontológico al que apunta la noción de “sistema complejo” implica ver la realidad “no como un equilibrio de fuerzas en un sistema cerrado” —imagen propia de los sistemas “complicados” que subyacen a los modelos de la física tradicional—, sino como como el resultado de “interacciones dinámicas” (Törnberg y Uitermark, 2025: 11), lo que permite comprender los distintos ámbitos de la realidad desde una perspectiva cambiante y resiliente con capacidad adaptativa. Se trata esta de una aproximación que puede ser complementada, por cierto, con análisis que han subrayado el carácter ideológico de la propia IA (Cugurullo, 2025).

En definitiva, la comprensión ontológica de Törnberg y Uitermark, que observa lo real desde su dinamismo y apertura a la interacción, es justamente la que, como sostienen estos autores, se encuentra tras las plataformas digitales, que funcionan algorítmicamente. Las plataformas digitales operan a través de la creación de espacios que estimulan determinadas formas de comportamiento, mensajes y mecanismos de interacción diversos según el espacio en que nos encontremos (en la medida en que *Instagram*, *TikTok* o *X*, por ejemplo, privilegian y fomentan diferentes formas de socialización [Ak, 2025: 3-4]). Dicho en otras palabras, su poder “no es el de comando y control, sino el de la configuración a través de la cual emerge lo social” (Törnberg y Uitermark, 2025: 15). El inmenso poder que esto conforma posee, como es evidente, potenciales beneficios y riesgos que debemos ponderar. Esto es particularmente importante desde el punto de vista de la construcción de los espacios de discusión y opinión pública, tanto más cuanto su despliegue está profundizando la fragmentación social y comunicativa (Gerbaudo, 2024: 12-14). Son estas cuestiones que han sido ya ampliamente abordadas, como se analizará seguidamente. Sea como sea, esta primera breve sección ha constatado dos cuestiones de importancia. En primer lugar, se ha señalado la ya mencionada ausencia de neutralidad de los instrumentos tecnológicos y, de igual forma, se ha mostrado que la construcción del espacio de la *res publica* está —tam-

bién— tecnológicamente mediada. La siguiente sección aborda justamente las consecuencias de ambos asuntos, pues nos introducimos en el núcleo fundamental de este trabajo: el análisis de los riesgos, beneficios y elementos a tener en consideración al abordar, desde una perspectiva jurídica, las tecnologías disruptivas de la información.

4. RETOS Y PROPUESTAS ÉTICO-LEGISLATIVAS ANTE LAS TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS

En este apartado se dará cuenta de la cara y cruz del análisis de las tecnologías disruptivas, dado que trataremos, en primer lugar, sus riesgos más patentes y tras ello, algunas de sus propuestas de gobernanza. La vasta literatura existente en ambos aspectos de la cuestión hace que no podamos abordar todo lo que pertenece a este ámbito: aspectos como los *deep fake*, las tecnologías biológicas o neuronales, los problemas medioambientales (García Gutiérrez, 2024: 66 y ss., 144) o las respuestas judiciales dadas a algunos de los conflictos que ya han tenido lugar no serán, desafortunadamente, tratadas aquí.

4.1. BREVE CONSIDERACIÓN DE LOS RIESGOS ASOCIADOS A LAS TICS

La amplitud de intervenciones que se han realizado en torno al abordaje legislativo de las tecnologías disruptivas de la información hace que pueda ser complicado organizar temáticamente la discusión. En las presentes líneas, por mor de la simplicidad y sin pretensión de agotar el asunto bajo consideración, vamos a abordar cuatro áreas de preocupación y consideración, dada su celebridad: la presencia de sesgos, la opacidad algorítmica y el problema de la explicabilidad (XAI) (que pueden ser considerados juntos) y, por último —dentro del ámbito de lo que podríamos considerar la transgresión o ausencia de cumplimiento de derechos constituidos— la ausencia de privacidad y la falta de rendición de cuentas (Ortiz de Zárate, 2022: 330). Los problemas están ampliamente interrelacionados entre sí, no obstante, los distinguiremos en la medida de lo posible.

El sesgo en IA, en primer lugar, puede ser definido como “una diferencia sistemática en el tratamiento de ciertos objetos, personas o grupos [...] en comparación con otros mediante algoritmos de IA” (UNESCO, 2023: 20). Su presencia puede encontrarse tanto en los propios datos de los que se alimenta el algoritmo, como en su propio diseño. Hay diversos ejemplos de una y otra situación. Por ejemplo, hace algún tiempo, *Apple* lanzó al mercado una tarjeta de crédito que ofrecía unos límites de crédito más bajo a las mujeres que a los hombres de forma independiente a su respectiva situación crediticia, según se explicó entonces, dados los datos —erróneamente seleccionados— con los que se había entrenado la tecnología (Gutiérrez García, 2024: 54). Es igualmente (y tristemente) célebre, por su parte, el algoritmo COMPAS, usado por los tribunales estadounidenses, cuyo diseño ha suscitado enormes críticas por su probable sesgo discriminatorio hacia la población afrodescendiente.

La solución al problema de los sesgos pasa por exigir a los desarrolladores y técnicos el despliegue de tecnologías fundamentadas en datos de calidad, adecuados al objetivo de la tecnología y al contexto que se desarrolla (Gutiérrez García, 2024: 30), un mandato que ha de diferenciarse, de forma adicional, según estén concernidos poderes públicos o privados (Huelgo Lora, 2024). Dicha exigencia ha de ser una máxima de los legisladores, incluso aun cuando se acepte que son difícilmente identificables, que su introducción haya sido inconsciente o, bien, que esta responda a problemas de explicabilidad del algoritmo (Gutiérrez García, 2024: 56-57). Se hace necesaria, pues, una gobernanza de los datos, que distinguiendo entre diversos niveles de peligrosidad de incidencia de los riesgos en cada caso dado (Hernández Peña, 2022: 140) haga posible mitigar la discriminación algorítmica, habida cuenta de que, por eficaces que puedan ser las medidas implementadas, esta última no se reduce a los solos datos y su tratamiento. Antes bien, está relacionada asimismo con procesos más complejos de diseño, configuración y comprensión de la dimensión social del elemento tecnológico en vertebración con ejes de diferenciación como, entre otros, el género, la edad y los procesos de racialización (D'Ignazio y Klein, 2020; Mergen, Çetin-Kılıç y Özbilgin, 2025).

Sea como sea, el fundamento de la exigencia de una gobernanza de datos reposa sobre los propios principios constitucionales, que, como sostiene Balaguer, “están orientados a promover la igualdad y a proteger a los grupos más vulnerables de la sociedad” (Balaguer Callejón, 2022: 42). En opinión de este autor, se ha de poder exigir la adaptación de la tecnología a la realidad de los sistemas constitucionales, que nunca han sido neutrales frente a la prohibición de la discriminación y la promoción de la igualdad (Balaguer Callejón, 2022: 43). Por evidentes que sean las dificultades que podamos encontrar al realizar esta exigencia, es cierto que su mera demanda puede servir de impulso para desplegar políticas de desarrollo tecnológico que apunten en esa dirección.

En segundo lugar, hemos de nombrar la opacidad algorítmica (o problema de la “caja negra”) y como complemento a la misma, el problema de la explicabilidad. La opacidad algorítmica apunta a la imposibilidad de conocer y mostrar el funcionamiento y proceso de resolución de problemas/tareas de un sistema algorítmico determinado (UNESCO, 2023: 20). Efectivamente, dada la complejidad de los mecanismos de aprendizaje automático y profundo, es ocasiones es muy difícil (o imposible) llegar a conocer cómo se ha llegado a un resultado determinado, lo que impide juzgar de forma rigurosa la adecuación de la solución ofrecida (Gutiérrez García, 2024: 56). Esta situación, precisamente, es la que genera el problema de la explicabilidad (XAI). Veamos esta más ampliamente.

Lo primero que ha de decirse de la noción de “explicabilidad” es que su definición está sujeta a discusión. Los expertos no han alcanzado un criterio definitivo sobre lo que suponga una explicación satisfactoria (Ortiz de Zárate, 2022: 333-334). A pesar de la diferencia de opiniones, sea como sea, sí parece claro que bajo dicho concepto anida la necesidad de “dar a entender la racionalidad o criterios detrás de una decisión” (Ortiz de Zárate, 2022: 334), lo que exige a su vez que el lenguaje informático sea claro y distinto, en otras palabras, que sea directamente traducible a lenguaje humano. De esta manera, uniendo esto último con lo antes indicado acerca de la opacidad algorítmica, puede decirse que superar

la opacidad algorítmica es condición de posibilidad de una explicabilidad que haga honor a su nombre.

Siguiendo con nuestra enumeración, la falta de cumplimiento de las garantías debidas del derecho a la privacidad es otro de los problemas asociados a las tecnologías disruptivas de la información y, sin duda alguna, uno de los más abordados. Como se ha señalado en apartados anteriores, el desarrollo de la IA depende en gran medida del tratamiento de grandes cantidades de datos que, en muchas ocasiones, no son obtenidos de forma legal (ni son fácilmente anonimizables) y, además, cuando realizamos acciones que no sospechamos puedan estar aportando unidades de información (Gutiérrez García, 2024: 70-76). Aunque a este respecto hace tiempo que los respectivos reglamentos de protección de datos han funcionado como vehículo para proteger los legítimos intereses de la ciudadanía, es evidente que la protección ha de ir más allá de los datos de carácter personal. Se ha de ampliar la visión, en diversos ámbitos y ramas jurídicas “a las oportunidades y riesgos que la digitalización tiene en el Estado y la sociedad en su conjunto, y sin restringirse a los ámbitos nacionales afectados en cada caso” (Hoffmann-Riem, 2018: 47) y teniendo en cuenta, por añadidura, las especificidades del área de lo digital (Hoffmann-Riem, 2018: 52). Nuestra propia experiencia como usuarios de Internet puede habernos mostrado que la aceptación del tratamiento de nuestros propios datos —que realizamos a diario aceptando las políticas de *cookies* de las diversas webs— no se realiza tras un razonamiento sosegado y crítico, desconociendo así hasta qué punto (ni qué) se ha consentido (Gutiérrez García, 2024: 71). Un problema que se profundiza y agrava aún en mayor medida cuando, tras la aplicación de sistemas de IA, se pueden inferir datos “no aportados ni consentidos por su titular” (Gutiérrez García, 2024: 73).

En último lugar, es necesario que abordemos el peligro de la ausencia de rendición de cuentas. Dicha cuestión puede afectar de forma particularmente grave al uso de la tecnología algorítmica por parte de los poderes públicos, por ser este principio un pilar fundamental de los Estados de Derecho (Ortiz de Zárate, 2022: 335-336) y porque la protección ante la tecnología algorítmica se está canalizando predominantemente desde el derecho de consumo o comercial, lo que opaca otras dimensiones de derecho igualmente relevantes (Balaguer Callejón, 2022: 46).

Dado el actual escenario, ha de comenzarse por afirmar de forma enérgica que la exigencia de la rendición de cuentas es insoslayable. Y se hace necesario decirlo porque, en conexión con el problema de la explicabilidad mentado anteriormente, ha habido quien ha afirmado que dicha obligatoriedad de la rendición de cuentas podría ser una petición vana, por ser ineficaz: al fin y al cabo, se argumenta, la ciudadanía carece de las herramientas para comprender la explicación que se le podría otorgar. Este argumento, empero, no se sostiene. Ese nivel de comprensión ha de poder exigirse únicamente para los datos estrictamente personales y una cuestión diferente, además, sería la de adscribir la responsabilidad de una explicación lega a las propias compañías o agentes desarrolladores (Montilla Martos, 2023: 51).

Al margen empero de los datos personales, es innegable que los poderes públicos tienen la obligación y deben exigir dicha rendición de cuentas en aquellos servicios o tecnolo-

gías que proporcionen o que afectan a su ciudadanía. Tanto más cuando las tecnologías algorítmicas, con las debidas garantías, han de ser una pieza más dentro del sistema de gobernanza tecnológico. De entrada, porque no siempre cumplen un papel de naturaleza jurídica, como cuando sustituyen al factor humano en tareas mecánicas (Ponce Solé, 2019: 48) y, ante todo, porque poseen múltiples posibles beneficios en términos preventivos (Cotino Hueso, 2019: 40; García Gutiérrez, 2024: 116-117). Además, en el ámbito de la protección de los derechos y su tutela, tampoco resulta convincente aplicar un principio de excepcionalidad a las tecnologías algorítmicas bajo la excusa de su complejidad. Al fin y al cabo, las autoridades judiciales se pronuncian frecuentemente sobre diversas técnicas y procedimientos, por lo que las tecnologías disruptivas de la comunicación también deberían estar sometidas a escrutinio (Presno Linera, 2023). Una cuestión esta que ya se ha reconocido de forma explícita cuando el uso de dichas tecnologías se realiza en el ámbito laboral, como ocurre en el caso de la ley *rider*⁸ (Presno Linera, 2023).

Independientemente de esta última cuestión, cabe mencionar que, para hacer posible dicha rendición de cuentas, más allá de los principios regulatorios también pueden ser útiles las auditorías (García Gutiérrez, 2024: 236-238), que pueden ayudar a que las garantías de protección de derechos se implementen *ex ante* en el propio diseño algorítmico y que tienen la capacidad de incluir a los diversos actores involucrados en el desarrollo de la tecnología (Gutiérrez García, 2024: 235-237).

Bien, con esta última referencia, más en la línea de las soluciones, explicamos a continuación algunas de las proposiciones realizadas para el abordaje y legislación de la IA.

4.2. PROPUESTAS ÉTICO-LEGISLATIVAS PARA EL ANÁLISIS Y LEGISLACIÓN

Para abordar de forma sucinta las iniciativas más relevantes a este respecto, podemos distinguir entre los documentos de principios rectores de carácter ético, las propuestas para la conformación legislativa y, por último, la propuesta de inclusión de nuevos derechos.

Las propuestas de vocación internacional de carácter ético (Hernández Peña, 2022: 47 y ss.) destacan por su diversidad, tanto en técnica propositiva (de lo particular a lo general o viceversa) como en procedencia (académica, ONGs, sociedades profesionales). Dos de las más importantes son los Principios Asilomar y los de la OCDE (OECD/LEGAL/0449)⁹. El documento de la OCDE, en primer lugar, se compone de dos secciones, dedicadas respectivamente a los principios de administración de la IA y a las políticas nacionales y de cooperación que recomiendan implementar a los Estados Miembros. En líneas generales, los principios incluidos en la primera sección hacen énfasis en que los Estados se impliquen en el desarrollo de tecnología de IA en el marco de un paradigma de fiabilidad, supervisión y respeto de derechos fundamentales (Hernández Peña, 2022: 46-47). A estos también corresponde la implementación de instrumentos de respuesta y protección, tanto como la exigencia de encauzar, de forma concreta, la realización del principio de explicabilidad. Los principios Asilomar¹⁰, por su parte, son una declaración promovida por el Instituto *Future of Life* y han tenido una fuerte impronta dentro de la comunidad científica (Hernández Peña, 2022: 55). De carácter menos ordenado que los principios de la OCDE (con los que

se alinea de forma explícita), destacan por haber puesto encima de la mesa la discusión global sobre los riesgos de la IA.

Siguiendo nuestra argumentación, nos detenemos ahora en un plano más abstracto, el que tiene que ver con las propuestas para la gobernanza y legislación de las tecnologías disruptivas de la información. Las intervenciones parecen coincidir en múltiples afirmaciones. De entrada, en la necesidad de cooperación entre Estados para colmar los vacíos legales existentes en el ámbito del ciberespacio, que se ha convertido ya, entre otros, en un problema de derecho internacional (Quispe Remón, 2024: 179) y que afecta gravemente a la construcción de opinión pública, asunto de unánime preocupación para los estudiosos de la materia. Son lejanos ya los tiempos en que Internet se configuró “como una auténtica república digital de internautas sin injerencias de los poderes públicos” (Sánchez Barrilao, 2020: 54), circunstancia que ayudó a que la intervención pública en el espacio virtual intentara garantizar una cierta neutralidad material ante los contenidos de internet. Por el contrario, dado el uso de técnicas de IA, el actual sistema de presentación de contenidos está basado en una lógica centralizada y jerárquica con vistas a la obtención de lucro (Balaguer Castejón, 2022: 70-71). Sumado a esto —y como es patente por la ubicua polarización— es evidente que dicha lógica está generando asimetrías entre los interlocutores y realidades de “monismo plural” informativo (Balaguer Castejón, 2022: 87) que dificultan mucho la valoración crítica de los contenidos (Acosta Yparraguirre, 2024: 150; Sánchez Barrilao, 2020: 59). Por ello, se han de implementar medidas que, desde la exclusión de la apropiación monopólica por parte de los estados y con base en tecnologías de código abierto, sean capaces de disolver la actual concentración oligopólica de poder informativo (Acosta Yparraguirre, 2024: 151).

Se deben destacar, igualmente, las propuestas sustantivas y técnicas para la gobernanza de la IA y otras tecnologías disruptivas. El enfoque ponderado de Hernández Peña (2022) presenta una serie de principios de utilidad para conformar un enfoque regulatorio que supere la pugna entre la precaución y la innovación (Hernández Peña, 2022: 100). Enfatiza, en primer lugar, la necesidad de legislar sobre la tecnología desde la apreciación neutral de la tecnología algorítmica, que no inhiba el desarrollo de esta, pero que actúe siendo consciente de la afectación de esta en el entorno (Hernández Peña, 2022: 94-95). Insiste asimismo en actuar desde el principio de innovación, por el cual se puedan “atemperar posiciones maximalistas que imposibiliten la innovación” (Hernández Peña, 2022: 98). Podrían ser incluidos dentro de este principio la introducción de *sandboxes* regulatorios, esto es, aquellos “espacios aislados de regulación” que hacen que las empresas puedan probar productos e iniciativas en un contexto de seguridad, el cual no les obliga a cumplir las normas a las que estarían sujetos en condiciones normales (Gutiérrez García, 2024: 238). Estos se han propuesto ya como una solución desde la UE y, de hecho, España ha implementado recientemente los primeros pasos para su introducción¹¹. El último de los principios es, naturalmente, el principio de precaución, que ha de otorgar la necesaria discrecionalidad política sobre el riesgo considerado aceptable (Hernández Peña, 2022: 99).

Por último, ha surgido una estrategia que ha sostenido la necesidad de crear nuevos derechos como herramienta de garantía jurídica ante la realidad. Aunque se ha argumentado

en contra de esta estrategia por no ser óptima (Gutiérrez García, 2024:199), mencionamos aquí a título de ejemplo (Valcke, Clifford, *et al.*, 2021: 72-73) que se ha enunciado la necesidad de implementar un “derecho al tiempo futuro” (Zuboff) o el derecho a la “libertad cognitiva” (Bublitz) para evitar los peligros del determinismo tecnológico. Se han propuesto incluso derechos muy específicos, como el derecho “a no ser medido, analizado o entrenado [*coached*]” y al “contacto humano significativo” (Van Est, Gerritsen). Sin tanta concreción, cabe destacar a este respecto que la constitución chilena, pionera en este sentido, ha introducido en su reciente reforma constitucional la garantía de resguardo de la “actividad cerebral”, como reflejo de la necesidad de que la tecnología esté al servicio de las personas (art. 19, 1, 21.383).

4.3. ESTRATEGIAS DE TRES ACTORES GEOPOLÍTICOS: CHINA, EE. UU., UNIÓN EUROPEA

En último lugar, creemos útil indicar las estrategias políticas de abordaje frente a las tecnologías disruptivas de la información que están efectuando tres de los actores geopolíticos fundamentales, si bien —como se afirmó en otro lugar de estas páginas— el alto grado de volatilidad de la política contemporánea amenaza con que lo aquí establecido no sea certero ya en el momento de que este trabajo sea leído. Efectivamente, el presente está mostrando con claridad la inextricable ligazón del derecho internacional con el ejercicio de poder efectivo, generando una dinámica en la que la sempiterna discusión entre el idealismo y realismo en las relaciones internacionales ha adquirido una nueva actualidad (Ibrahim, 2025: 6).

Por motivos de la misma índole, cabe preguntarse si —y de qué forma— el contexto geopolítico, económico y regulatorio condiciona las decisiones de estos tres actores y de qué manera buscan estos posicionarse en la disputa por el nuevo orden mundial. Como se ha comentado en el primer apartado, hay una cada vez mayor fragmentación, complejización y privatización del derecho comercial contemporáneo cuyo gobierno se está llevando a cabo a través de la doble vía de i) acuerdos y tratados comerciales de carácter bi- y/o multilateral (Contreras Huerta, 2021) y ii) principios regulatorios de carácter ético-político, glosados brevemente en la sección anterior. Asimismo, la progresiva extensión del conjunto se está manifestando en una estructura constitucional mundial que parece estar encaminándose al modelo político y socioeconómico del “sistema complejo” (Jáuregui, 2013: 134-137; 2015: 236-238), en el que el abandono de la centralidad normativa y directiva del Estado-Nación da lugar a una gobernanza mundial multinivel vertebrada por criterios de compartición, subsidiariedad y coordinación (Jáuregui, 2013: 240). Se trata este de un conjunto que debe hacer posible la convivencia y el acuerdo entre los diversos Estados, actores público-privados e instituciones que, a su vez, cuenten con parcelas de competencia material diferenciadas.

No obstante —y por coherente sea dicho modelo con la actual configuración de la estructura social y económica mundial establecida en el primer apartado de este trabajo— no puede dejar de reconocerse que nuestra actualidad está lejos de poder ser calificada de

estable y que, en lo referente a las tecnologías disruptivas de la información, la carrera por la toma del liderazgo tecnológico parece estar teniendo lugar por vías cuasi belicosas y competitivas. Un fenómeno que se manifiesta, entre otros ejemplos, en lo que algunos autores han tildado de “tecnocolonialismo” (Upreti, 2025).

Por todo lo dicho, no podemos sino admitir que la brevísima caracterización de las estrategias geopolíticas que aquí se va a realizar tiene carácter indiciario más que omni-comprendivo y se realiza únicamente de cara a una mejor comprensión del fenómeno en su conjunto, sin perjuicio de que sean necesarios trabajos más específicos al respecto.

Comencemos con la posición de China, quien está buscando de forma explícita alcanzar una posición de autoridad a nivel mundial (Hernández Peña, 2022: 63-65). El modelo de planificación económica de carácter quinquenal ha establecido que el avance tecnológico debe haber transformado significativamente la economía ya en el presente 2025 y, para el 2030, han de haber alcanzado una posición de liderazgo. A tales efectos, el énfasis, más que en el marco regulatorio —de implementación para riesgos sociales inaceptables— se ha posicionado en el desarrollo tecnológico *per se*. Por ello, se están realizando grandes inversiones económicas en proyectos tecnológicos, tanto como en investigación, que buscan posicionar favorablemente a la academia china. Cabe destacar que, al contrario que en otros sectores estratégicos, el Estado chino ha adoptado en este ámbito una estrategia de orientación, lo que explica que el peso de las decisiones se haya trasladado a los gobiernos locales en colaboración con las empresas privadas, tanto como a los grandes pesos tecnológicos domésticos (Alibaba, Tencent).

Por su parte, en su intento de disputar la primacía de Pekín en el desarrollo tecnológico, encontramos a EE. UU., que, como el gobierno chino, apuesta por un enfoque de mínimos regulatorios que fomenta y permita la innovación tecnológica (Daly, Hagendorff et al., 2021: 196-197). Dicha perspectiva se deduce tanto de la Orden Ejecutiva de la Administración Trump en 2019 (EOP, 84 FR 3967/ 2019-02544), del documento lanzado por el Departamento de Defensa en 2019 (DOD, AD1114486), de las declaraciones oficiales de la Casa Blanca en torno la IA, así como de la anterior legislación en torno a otros fenómenos tecnológicos (por ejemplo, los coches automáticos). Si bien, por descontado, se hace patente en dichos documentos la necesidad de defender los derechos y valores norteamericanos, el abordaje legislativo que se desprende de los documentos es de carácter multilateral, con participación todas las partes concernidas y favoreciendo estrategias de “derecho blando” o *soft law* (Daly, Hagendorff, et al., 2021: 197) y, en definitiva, perspectivas que no constituyan impedimentos para la innovación tecnológica. Se deduce de esto una confianza implícita en el impulso e iniciativa de sus grandes actores tecnológicos, que se corresponde con la estrategia regulatoria mínima que siguió este país con la tecnología de Internet (Hernández Peña, 2022: 60).

Por supuesto, el último gran modelo regulatorio que se ha de presentar es el de la Unión Europea. La UE, a pesar de no encontrarse bien posicionada en la carrera tecnológica, ha establecido la legislación más garantista y exhaustiva, cristalizada, particularmente, en su reciente ley de IA ([UE] 2024/1689)¹², que es resultado del trabajo de estudio y consulta iniciado en 2018 con la introducción de la regulación de protección de datos personales

(Daly, Hagendorff *et al.*, 2021: 192). La ley, que se configura sobre el abordaje de las aplicaciones de la IA y no sobre sus capacidades, destaca por su intento de garantizar los derechos fundamentales (Bas, Salinas, *et al.*, 2024: 57). Para ello, establece una escala de riesgos según los diversos ámbitos en los que se establezca las tecnologías algorítmicas e IA, asignando a cada uno de ellos un nivel de tolerancia determinado respecto a ellos (Martín-Herrera, 2024: 38). De esta forma, aquellos sistemas o tecnologías que por su carácter inofensivo posean un escaso riesgo tendrán medidas de control muy reducidas. Habrá, no obstante, mayores controles para sistemas de alto riesgo, llegándose incluso a prohibir aquellos que entrañen riesgos inasumibles (Díaz Senés, 2024: 120-121). Entre los prohibidos se encuentran, entre otros, aquellas tecnologías que intentan defraudar, manipular o explotar de forma dañina ciertas vulnerabilidades, así como aquellos que utilicen la identificación biométrica para deducir ciertas características de carácter protegido¹³. Precisamente —y como puede imaginarse— el establecimiento de la clasificación fue el proceso que mayores discusiones suscitó durante el desarrollo legislativo de la ley, que aspira a sentar las bases de la regulación de la IA a nivel mundial (Díaz Senés, 2024: 128). No obstante, a pesar del meritorio avance que la ley de IA del UE supone por su sola creación e implementación, cabe destacar que existen voces que han apuntado a las deficiencias de la normativa para garantizar, precisamente, la defensa y protección de los derechos fundamentales. El núcleo de las críticas reposa sobre la insuficiencia de la regulación aplicada sobre los productos para la adecuada protección de los derechos fundamentales, que no atiende a su específica naturaleza (Almada y Petit 2022: 105). Efectivamente, la ley de IA de la UE pivota en torno a la legislación sobre la seguridad del producto o tecnología y, en consonancia con dicha decisión, aplica una técnica de evaluación de estos mediante la técnica de la estandarización. Dicha elección, además de llevar consigo los riesgos de la estandarización considerada por sí sola (Xenidis y Fahimi, 2025), oblitera el contexto de ejercicio del derecho en cuestión y, adicionalmente, deja de lado el hecho de que la protección de los derechos fundamentales exige una constante optimización que no puede solventarse con el recurso al exclusivo cumplimiento de una serie de indicadores (Almada y Petit, 2022: 109).

Bien, a pesar de su incompletitud y brevedad, el panorama esbozado nos ayuda a comprender las líneas maestras de la política de estos tres actores. En último lugar, indicamos a continuación una serie de conclusiones.

5. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha buscado mostrar e indicar algunos de los elementos y argumentos fundamentales para el abordaje iusfilosófico de las tecnologías disruptivas de la información. La pretensión era ambiciosa, por lo que en ningún caso consideramos haber disuelto las legítimas preocupaciones que acompañan a esta realidad, ni pensamos haber puesto las únicas y exclusivas bases para ello. De forma mucho más modesta, esperamos haber posibilitado un acercamiento algo más exhaustivo que permita a la ciudadanía plantearse mejores preguntas al respecto, para así exigir (desde diversas posiciones: como ciudadanos,

juristas, interesados) aquello que consideremos garantizará un mejor uso, implementación y convivencia con estas tecnologías. A modo de consideración final, pueden establecerse una serie de consideraciones.

En primer lugar, es evidente que las dificultades legislativas y regulatorias en materia de tecnologías disruptivas de la información no provienen en exclusiva de su novedad y complejidad. La globalización y la consecuente fragmentación jurídica contemporánea son asimismo un elemento determinante. Las empresas tecnológicas operan y tienen su modelo de negocio en el espacio que, eminentemente, ofrece mayor posibilidad de flexibilizar, fragmentar y adecuar diversos elementos jurídicos (jurisdicción, territorialidad, fiscalidad) a las necesidades de los correspondientes actores: internet. Su enorme peso económico, unido a esta característica, añade especiales dificultades a las necesarias tareas de rendición de cuentas y debida diligencia de estas empresas y actores.

Asimismo, es claro que la tecnología algorítmica no es neutra, ni imita de forma idéntica procesos cognitivos humanos, ni genera espacios virtuales de mera interacción. Como se ha comprobado en las intervenciones teóricas filosóficas, a la tecnología le es inherente un determinado contexto social que imprime su sello en la configuración algorítmica. También está dirigida teleológicamente por su modelo de negocio, basado en publicidad y, por tanto, dependiente en muchos casos para su éxito y beneficio de maximizar nuestro tiempo de uso de las diversas aplicaciones, plataformas y redes. Esta última circunstancia es susceptible de generar conflictos con otras realidades y bienes jurídicos que merecen legítima protección.

Del mismo modo, se ha comprobado que el trabajo de los juristas es muy consciente de los riesgos y dificultades que traen consigo las tecnologías disruptivas de la información. Destaca entre ellas una perspectiva pragmática (Hernández Peña, 2022) que, a la luz de lo expuesto en el plano teórico-filosófico de la sección 2.2, podría ser algo más matizada, sin caer por ello en una perspectiva excesivamente legalista que resulte inoperante (Llano Alonso, 2024: 74). Asimismo, creemos que un mayor énfasis en los riesgos y el peso medioambiental de las tecnologías disruptivas de la información llevaría, de igual modo, a rebajar el entusiasmo por el mencionado abordaje pragmático. Se calcula que la fracción de las emisiones mundiales asociadas a las tecnologías de la información será del 20% en 2030, lo que en ningún caso se debe perder de vista (Gutiérrez García, 2024: 141).

Por último, se ha visto que las respuestas de los grandes actores globales (China, EE.UU. y Europa) parecen, de alguna forma, apoyarse ligeramente en la idea de que el progreso tecnológico y la defensa de las garantías de los derechos constituyen entre sí una relación de enfrentamiento o, cuanto menos, de relativa oposición. La convivencia entre la tecnología y la sociedad solo puede constituirse como una de carácter simbiótico si la primera constituye verdaderamente la herramienta que se pretende que sea. Dicha afirmación no implica que haya de impedirse el progreso tecnológico de forma injustificada, sí, que en la adecuada ponderación de derechos, prevalezca siempre el interés público. Una visión, por otro lado, que también comparte en líneas generales el documento del Secretario General de las Naciones Unidas (EOSG, 2023)¹⁴.

Todo avance tecnológico lleva consigo una promesa hacia el futuro, cuyo cariz depende de la inteligencia de quien lo usa para identificar sus potencialidades —positivas y negativas—. Que dicha promesa no sea únicamente un mal sueño depende asimismo (y esto es fundamental), de la determinación de la sociedad que ha alumbrado esta tecnología en posibilitar que esta sea antes un elemento de prosperidad compartida, que una herramienta de exclusión. Ojalá estas páginas sirvan, si bien humildemente, a elevar a conciencia cuál es la decisión que verdaderamente deseamos tomar al respecto.

NOTAS

1. Aquí utilizamos predominantemente la denominación “tecnologías disruptivas de la información” al referirnos a estas tecnologías: consideramos que dicho término es el más abarcante (al usarlo incluimos la noción de Big Data y las plataformas digitales que hacen uso de algoritmos). No obstante, en la mayoría de la legislación y trabajos que abordamos se habla únicamente de IA que, en sentido lato, subsume asimismo bajo sí todas las tecnologías de base algorítmica. Por este motivo, usamos ocasionalmente dicho término para evitar la repetición léxica o, también, “tecnologías algorítmicas”.
2. Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft. También se usa FAANG (Facebook, Amazon, Apple, Netflix, Google). Se trata de las empresas estadounidenses de mayor tamaño. El equivalente chino es BATX (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi).
3. Una panorámica de estos cambios puede leerse en Navarro Ruiz, 2026.
4. UNESCO (2023): Kit de herramientas de ciencia abierta de la UNESCO, Código documento: SC-PBS-STIP/2023/OST/ALL. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000387983_spa.locale=es
5. Traducción al castellano en Joque, 2024^a.
6. Esta explicación es una simplificación del argumento marxiano. El mero trabajo contenido en las mercancías no se corresponde de forma directa ni con el trabajo contenido per se en la misma, ni con el valor de la misma (correspondiente al trabajo abstracto contenido en la misma) ni, mucho menos, con el precio que alcance en el mercado (con el que solo tiene una relación de congruencia, pero en ningún caso de forma directa). Para una explicación de estas cuestiones, puede consultarse, entre otros muchos textos, Kurz, 2012.
7. En informática, la instanciación es “el proceso de leer o especificar información, como los valores y el tipo de almacenamiento de un campo de datos. Para optimizar los recursos del sistema, la instanciación es un proceso dirigido por el usuario, que le indica al software que lea los valores especificando opciones [...] o ejecutando datos”. (IBM (2025). Disponible en <https://www.ibm.com/docs/es/spss-modeler/saas?topic=node-what-is-instantiation>).
8. Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Boletín Oficial del Estado, 233, de 29 de septiembre de 2021. <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/09/28/12/con>
9. Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449#mainText>

10. Principles developed in conjunction with the 2017 Asilomar conference [Benevolent AI 2017]. Disponible en <https://futureoflife.org/ai-principles>
11. Véase al respecto las informaciones: <https://espanadigital.gob.es/lineas-de-actuacion/sandbox-regulatorio-de-ia>; <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/transformacion-digital-y-funcion-publica/Paginas/2025/140225-aesia-actividad-presencial.aspx>
12. (EU) 2024/1689. Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).
13. Puede observarse la categorización en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai>
14. United Nations Executive Office of the Secretary-General (EOSG) (2023): A Global Digital Compact –an Open, Free and Secure Digital Future for All. <https://doi.org/10.18356/27082245-28>

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Yparraguirre, Eduardo (2024): “La inteligencia artificial y el fin del Estado Constitucional y la Democracia... ¿o no?”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, 137-154. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9004>
- Ak, Onurhan (2025): “Platforms as laboratories of the social: How digital capitalism matters for computational social research in North America”, *Social Studies of Science*, 55 (5). <https://doi.org/10.1177/03063127251321826>
- Balaguer Callejón, Francisco (2022): *La constitución del algoritmo*, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.
- Barcellona, Mario (2021): “El derecho privado de la economía y la sociedad líquida”, en J. A. Estévez Araújo (ed.), *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid: Trotta, 277-304.
- Bas, Guillem, Claudette Salinas, Roberto Tinoco y Jaime Sevilla (2024): “The EU AI Act: A pioneering effort to regulate frontier AI?”, *Inteligencia Artificial*, 27(73), 55-64. <https://doi.org/10.4114/intartif.vol27iss73pp55-64>
- Bastani, Aaron (2019): *Fully Automated Luxury Communism: A Manifesto*. Londres: Verso.
- Contreras Huerta, Rodrigo A. (2021): “El rol de los acuerdos internacionales para promover el comercio digital: el ejemplo del Acuerdo DEPA”, *ICE, Revista De Economía*, 922. <https://doi.org/10.32796/ice.2021.922.7296>
- Cotino Hueso, Lorenzo (2019): “Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho”, *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, 29-48. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3303>
- Cutler, A. Claire (2003): *Private power and global authority. Transnational merchant law in the global political economy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (2013): “Legal pluralism as the «common sense» of transnational capitalism”, *Oñati Socio-legal Series*, 3 (4), 719-740. <http://ssrn.com/abstract=2327501>

- (2020): “Locating Private Transnational Authority in the Global Political Economy”, en P. Zumbansen (ed.), *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup’s Bold Proposal*, Cambridge: Cambridge University Press, 321-347.
- Cugurullo, Federico (2025): “AIdeology: Unpacking the Ideology of Artificial Intelligence and Its Spaces”, *Antipode*, 0(0). 1-2210.1111/anti.70065.
- Daly, Angela, Thilo Hagendorff, Hui Li, Monique Mann, Vidushi Marda, Ben Wagner y Wayne Wei Wang (2021): “AI, Governance and Ethics: Global Perspectives”, en H-W. Micklitz, O. Pollicino, A. Reichman, A. Simoncini, G. Sartor y G. De Gregorio (eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 182-201.
- Delipetrev, Blagoj, Chrysi Tsinaraki y Uros Kostic (2020): “Historical Evolution of Artificial Intelligence”, EUR 30221 EN, *Publications Office of the European Union*.
- Díaz Senés, Juan Pedro (2024): “Panorámica internacional de la regulación de la Inteligencia Artificial: Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (AI ACT)”, *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, 49, 117-130. https://doi.org/10.18239/RCDC_2024.49.3473
- D’Ignazio, Catherine y Lauren F. Klein (2020): *Data Feminism*, Cambridge: The MIT Press. <https://data-feminism.mitpress.mit.edu/>
- Estévez Araújo, José A. (2021): “Las transformaciones jurídicas de la globalización neoliberal”, en J. A. Estévez Araújo (ed.), *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 69-122.
- Faria, Jose Eduardo (2012): “La globalización económica y sus consecuencias jurídicas: diez tendencias del Derecho contemporáneo”, en E. J. Pérez Alonso, E. Arana García, J.L. Serrano Moreno y P. Pacheco Mercado (coords.), *Derecho, globalización, riesgo y medioambiente*, Cizur Menor: Aranzadi, 17-40.
- Gerbaudo, Paolo (2021): *The great recoil. Politics after populism and pandemic*. Londres: Verso.
- (2024): “TikTok and the algorithmic transformation of social media publics: From social networks to social interest clusters”, *New Media & Society*. <https://doi.org/10.1177/14614448241304106>
- Gijrath, Serge (2021): “Consumer Law as a Tool to Regulate Artificial Intelligence”, en H-W. Micklitz, O. Pollicino, A. Reichman, A. Simoncini, G. Sartor y G. De Gregorio (eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 281-297.
- Gill, Stephen y A. Claire Cutler (2014): “New constitutionalism and world order: General introduction”, en S. Gill y A. C. Cutler (eds.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge: Cambridge University Press, 1-22.
- Gutiérrez García, Elisa (2024). *IA y Derechos Fundamentales. Hacia una convivencia en la era digital*, A Coruña: Colex.
- Hernández Peña, Juan Carlos (2022): *El marco jurídico de la inteligencia artificial. Bases para su diseño: principios, técnicas, procedimientos y estructuras de gobernanza*, Cizur Menor: Aranzadi.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2018): *Big Data: desafíos también para el Derecho*, trad. E. Knörr Argote, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- Huergo Lora, Alejandro (2024): “Inteligencia artificial y Administraciones públicas: para qué y cómo”, *Teoría y Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, 37, 40-69. <https://doi.org/10.36151/TD.2024.105>
- Ibrahim, Imad Antoine (2025) “Aren’t We Sick and Tired of This Broken System Called «International Law»?”, *Asian Journal of Law and Society*, 1-10. doi:10.1017/als.2025.10017
- Jáuregui, G. (2013). A New Political Order for the 21st Century. From State Governments to Global Governance. En D. Innerarity y J. Solana (eds.). *Humanity at Risk: The Need for Global Governance* (pp. 123-142). Londres, Bloomsbury Academic.
- Jáuregui Bereciartu, Gurutz (2015): “Hacia un nuevo Demos mundial. *Estudios De Deusto*”, 51(1), 227-240. [https://doi.org/10.18543/ed-51\(1\)-2003pp227-240](https://doi.org/10.18543/ed-51(1)-2003pp227-240)
- Jiménez Alemán, Ángel Aday (2016): “Derecho global”, *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, 11, 237-245. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3290>

- Joque, Justin (2022): *Revolutionary Mathematics: Artificial Intelligence, Statistics and the Logic of Capitalism*, Nueva York: Verso.
- (2024a): *Matemáticas revolucionarias: Inteligencia Artificial, estadística y la lógica del capital*, trad. T. Navarro, Barcelona: Verso
- Kurz, Robert (1986): “Die Krise des Tauschwerts. Produktivkraft, Wissenschaft, produktive Arbeit und kapitalistische Reproduktion”, *Marxistische Kritik*, 1 (1). Disponible en <https://www.exit-online.org/link.php?tabelle=autoren&posnr=98>
- (2012): *Geld ohne Wert. Grundrisse zu einer Transformation der Kritik der politischen Ökonomie*, Berlín: Horlemann.
- Llano Alonso, Fernando H.. (2024): “La ética de los algoritmos”, *Teoría y Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, 37, 70-89. <https://doi.org/10.36151/TD.2024.106>
- López de Mántara, Ramón y Pere Brunet Crosa (2023): “¿Qué es la inteligencia artificial?”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 164, 13-21.
- Martín-Herrera, David (2024): “La inteligencia artificial y la garantía de los derechos fundamentales”, en D. Martín-Herrera (ed.), *La inteligencia artificial y el control algorítmico de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 27-52.
- Marx, Karl (1973 [1890]): *Das Kapital. Kritik der Politischen Ökonomie*, en *Karl Marx- Friedrich Engels, Werke*, Berlín: Dietz.-- (2008 [1974]): *El Capital. Crítica de la economía política. Primer tomo*, trad. P. Scaron, Madrid: Siglo XXI.
- Mau, Soren (2024). *Coacción muda*, trad. I. Jáuregui Giráldez, Barcelona: Verso.
- Mercado Pacheco, Pedro (1995): “Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización”, *Anales De La Cátedra Francisco Suárez*, 32, 101-138. <https://doi.org/10.30827/acfs.v32i0.13752>
- Mergen, Aybike, Nergiz Çetin-Kılıç y Mustafa F. Özbilgin (2025): “Artificial Intelligence and Bias Towards Marginalised Groups: Theoretical Roots and Challenges”, en J. Vassilopoulou y O. Kyriakidou (eds.), *AI and Diversity in a Datafied World of Work: Will the Future of Work be Inclusive?*, Emerald Publishing Limited. <https://doi.org/10.1108/S2051-233320250000012004>
- Montilla Martos, José Antonio (2023): “Inteligencia artificial y derechos de participación política”, *De lege ferenda*, 1, 34-55. <https://doi.org/10.30827/dlf.1.2023.28552>
- Navarro Ruiz, Clara (2019): *Mientras caemos. Fundamentos para una crítica interseccional del capitalismo a partir de sus límites como sistema civilizatorio*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid.
- (2022): *El capitalismo de ayer, la incertidumbre de mañana*, Logroño: Pepitas.
- (2023): “Señales de futuro, fantasmas del pasado. Sobre automatización y transformación tecnológica en el capitalismo tardío”, *Revista De Filosofía De La Universidad De Costa Rica*, 61 (161), 167-178. <https://doi.org/10.15517/revfil.2022.52579>
- (2024): “Corrupción, Estado y la clase capitalista global. Apuntes para un cambio de perspectiva”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, 55-71. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9000>
- (2026, en prensa): “Reconfigurar lo intolerable. La noción de «transnacional» como emplazamiento crítico del derecho globalizado”, *Anales De La Cátedra Francisco Suárez*, 60.
- Ortiz de Zárate Alcarazo, Lucía (2022): “Explicabilidad (de la inteligencia artificial)”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 328-344. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6819>
- Palomo García, Miguel (2023): “Verdad y endogamia en las inteligencias artificiales generativas. Por qué una IA nunca creará un Nietzsche”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 164, 23-31.
- Pasquinelli, Matteo (2023): *The eye of the master. A social history of artificial intelligence*. Londres: Verso.
- Presno Linera, Miguel Ángel (2023): “Derechos fundamentales e inteligencia artificial en el estado social, democrático y digital de derecho”, *Anuario de la Red Eurolatinoamericana de Buen Gobierno y Buena Administración*, 3. Disponible en <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=dce233eca31072b2c2f7e804f3efc07a>

Quispe Remón, Florabel (2024): “Los problemas ciber vistos desde el Derecho internacional. Un gran reto a enfrentar”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, 155-182. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9005>

Sánchez Barrilao, Juan Francisco (2016): “El derecho constitucional ante la era de Ultrón: La informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional”, *Estudios De Deusto*, 64 (2), 225-58. [https://doi.org/10.18543/ed-64\(2\)-2016pp225-258](https://doi.org/10.18543/ed-64(2)-2016pp225-258)

— (2020): “El internet en la era Trump: aproximación constitucional a una nueva realidad”, *Estudios en derecho a la información*, 9, 49-84. <https://doi.org/10.22201/ijj.25940082e.2020.9.14278>

— (2023): “Inteligencia artificial y fuentes del derecho”, *Revista de derecho constitucional europeo*, 39, 135-170. Disponible en <https://www.ugr.es/~redce/REDCE39/ReDCEsumario39.htm>

Sassen, Saskia (2008): “Neither global nor national: novel assemblages of territory, authority and rights”, *Ethics & Global Politics*, 1 (1-2), 61-79. <https://doi.org/10.3402/egp.v1i1.1814>

Schwab, Klaus (2016): *The fourth industrial revolution*, Colonia-Ginebra: World Economic Forum.

Streeck, Wolfgang (2024): *Taking back control? States and State Systems after Globalism*, Verso (ebook).

Törnberg, Petter y Justus Uitermark (2025): *Seeing Like a Platform: An Inquiry into the Condition of Digital Modernity*, Oxfordshire: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003326861>

Turégano Mansilla, Isabel (2017): “Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica”, *Derecho PUCP*, 79, 223-265. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.010>

Upreti, Pratyush Nath (2025): “Artificial Intelligence and Technocolonialism (Not) by Design?”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 56, 1059-1063. <https://doi.org/10.1007/s40319-025-01627-z>

Valcke, Peggy, Damian Clifford, y Vilté Kristina Dessers (2021): “Constitutional Challenges in the Emotional AI Era”, en H-W. Micklitz, O. Pollicino, A. Reichman, A. Simoncini, G. Sartor y G. De Gregorio (eds.), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 57-77.

Xenidis, Raphaële y Miriam Fahimi (2025): “Standardizing Equality in the Algorithmic Society? A Research Agenda”, *Proceedings of the Fourth European Workshop on Algorithmic Fairness*, Proceedings of Machine Learning Research.

Zumbansen, Peer (2012): “Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism”, *Transnational Law and Contemporary Problems*, 21 (2), 305-336.

Zumbansen, Peer (ed.) (2020): *The many lives of transnational law: Critical engagements with Jessup's bold proposal*, Cambridge: Cambridge University Press.

Legislación y documentos legislativos extranjeros citados

Executive Office of the President (EOP) EE. UU. (2019) 84 FR 3967- *Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence*. Número de documento 2019-02544, *Federal Register*, 84, 31 (14 febrero 2019). Disponible en <https://www.federalregister.gov/documents/2019/02/14/2019-02544/maintaining-american-leadership-in-artificial-intelligence>

Departamento de Defensa EE. UU. (DOD) (2018). Artificial Intelligence Strategy: Harnessing AI to Advance Our Security and Prosperity. N° acceso documental AD1114486. Disponible en <https://apps.dtic.mil/sti/citations/AD1114486>

CHILE Ley No. 21.383. Modifica la carta fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas, 21 octubre 2021, Diario Oficial [D.O.] (Chile). Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983>

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ANÁLISIS
DEL CASO *GUTIÉRREZ NAVAS Y OTROS VS. HONDURAS*^{*}
JUDICIAL INDEPENDENCE AND THE PRINCIPLE OF LEGALITY. ANALYSIS
OF THE CASE OF *GUTIÉRREZ NAVAS ET AL. V. HONDURAS*

John Fernando Restrepo^{**}

Juliana Sinisterra^{***}

Santiago Agudelo^{****}

*"De dictar sentencia a cortar césped, ahora vivo así.
Sin mi familia y con el anhelo de regresar a casa"*^{*****}

RESUMEN

El presente artículo estudia el caso *Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que trata sobre la destitución arbitraria e ilegal de cuatro magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras. Utilizando una metodología cualitativa con enfoque analítico documental, el estudio examina los antecedentes del caso, los hechos probados, las violaciones a los derechos humanos identificadas por la Corte, el reconocimiento parcial de responsabilidad por parte del Estado, así como las medidas de reparación integral y no repetición. La investigación destaca la importancia de la independencia judicial y ofrece recomendaciones para fortalecer el estado de derecho y la justicia independiente en América Latina.

PALABRAS CLAVE

Independencia judicial, derechos humanos, principio de legalidad, medidas de no repetición, Estado de Derecho.

ABSTRACT

This article analyzes the case "*Gutiérrez Navas et al. v. Honduras*", decided by the Inter-American Court of Human Rights, which deals with the arbitrary and illegal dismissal of four judges of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Honduras. Using a qualitative methodology with a documentary analytical approach, the study examines the background of the case, the proven facts, the human rights violations identified by the Court, the partial recognition of responsibility by the State, as well as the measures of integral reparation and non-repetition. The research highlights the importance of judicial independence and offers recommendations to strengthen the rule of law and independent justice in Latin America.

KEYWORDS

Judicial independence, human rights, principle of legality, non-repetition measures, rule of law.

DOL: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.141>

* Trabajo realizado en la línea de investigación Estado, gobierno y constitución, adscrita al grupo de investigación Derecho, Sociedad y Estado de la Facultad de derecho de la Universidad del Valle

** Profesor de la Universidad del Valle. (Cali, Colombia). restrepo.john@correounivalle.edu.co
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4561-3041>

*** Profesora de la Universidad del Valle. (Cali, Colombia). juliana.sinisterra@correounivalle.edu.co
Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-1000-6748>

**** Coordinador de investigaciones, Facultad de ciencias jurídicas y políticas de la Corporación Universitaria Remington. (Medellín, Colombia). santiago.agudelo@uniremington.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1545-2013>

***** Relato del juez salvadoreño en entrevista, Washington.D.C. (2024).

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ANÁLISIS DEL CASO *GUTIÉRREZ NAVAS Y OTROS VS. HONDURAS*

John Fernando Restrepo

Juliana Sinisterra

Santiago Agudelo

Sumario: 1. Introducción. 2. El contexto de América Latina y los riesgos de la independencia judicial. 3. Honduras y la cooptación del sistema judicial. 4. Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras. 4.1. Antecedentes del caso. 4.2. Hechos probados. 4.3. De las garantías judiciales, la protección judicial y el principio de legalidad en conexidad con la independencia judicial del caso. 4.4. Reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado. 4.5. La vulnerabilidad del sistema judicial hondureño ante las presiones políticas. 4.6. Reparaciones y medidas de no repetición. 5. Los estándares de justicia convencional en materia de protección judicial para los sistemas jurídicos internos. 6. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El presente texto se centra en el análisis del caso “Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que aborda la destitución arbitraria e ilegal de cuatro magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras. Este caso es emblemático

en la lucha por la independencia judicial y el respeto a los derechos humanos en América Latina. Por ende, la investigación aquí presentada se ha desarrollado utilizando una metodología cualitativa con un enfoque analítico documental, permitiendo una comprensión profunda y detallada de los eventos y sus implicaciones jurídicas.

Por un lado, la independencia judicial es un pilar fundamental de un Estado democrático de derecho debido a que, sin ella la administración de justicia queda vulnerada frente a injerencias externas, especialmente de índole política (Craig, 2022). En este contexto, el caso de los magistrados destituidos en Honduras pone de manifiesto las tensiones entre el poder judicial y otros poderes del Estado, y cómo estas tensiones pueden desembocar en violaciones graves a los derechos humanos al igual que el principio de legalidad. La metodología analítica documental empleada en este estudio permite desentrañar los elementos clave de la sentencia y su impacto en la protección de la independencia judicial.

Este artículo se estructura en varias secciones que abordan, el contexto latinoamericano en materia de la cooptación de los sistemas judiciales para luego proponer un estudio de caso a partir del ya señalado y describir de esta forma los antecedentes del caso, los hechos probados, las violaciones a los derechos humanos identificadas por la Corte, el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado de Honduras y sus implicaciones, así como las reparaciones ordenadas y las medidas de no repetición (Tonche y Umaña, 2017). Además, se examinan las implicaciones de la sentencia para el sistema judicial hondureño y las lecciones que otros Estados pueden aprender de este caso. Cada sección proporciona un análisis detallado basado en la revisión de documentos judiciales, informes de derechos humanos y literatura académica relevante.

El uso de una metodología cualitativa con enfoque analítico documental es particularmente adecuado para este tipo de estudio, ya que permite una exploración profunda de los documentos clave y un análisis crítico de las decisiones judiciales. Esta aproximación no solo ayuda a comprender los eventos y sus implicaciones inmediatas, sino que también facilita la identificación de patrones y tendencias que pueden informar futuras reformas en el sistema judicial de Honduras y en otros contextos similares (Moreno, et. al., 2020). Los antecedentes del caso revelan una serie de decisiones judiciales controvertidas emitidas por los magistrados destituidos, las cuales desafiaron políticas significativas del gobierno hondureño. Estas decisiones provocaron una reacción adversa del Ejecutivo y del Legislativo, culminando en la destitución de los magistrados sin un proceso legal adecuado. Este contexto es crucial para entender las dinámicas de poder en juego y las violaciones a los derechos humanos que siguieron.

El análisis de la sentencia de la Corte IDH destaca la gravedad de las violaciones cometidas y la necesidad de medidas de reparación y no repetición, en este mismo sentido, la Corporación no solo identificó violaciones a las garantías judiciales y al principio de legalidad, sino que también subrayó la importancia de proteger la independencia judicial frente a injerencias indebidas. Por consiguiente, las reparaciones ordenadas por la Corte y las recomendaciones para reformas estructurales reflejan un compromiso con la justicia y la protección de los derechos humanos. El caso resalta la importancia de las medidas de reparación y no repetición, puesto que, las sentencias de la Corte Interamericana no solo

buscan reparar el daño causado a las víctimas, sino también prevenir futuras violaciones (Carril y González, 2023). Los Estados deben estar preparados para adoptar medidas correctivas y reformas estructurales que aseguren que las violaciones a la independencia judicial no se repitan. Esto incluye la implementación de recomendaciones internacionales y la cooperación con organismos de derechos humanos.

La destitución arbitraria de los magistrados y la falta de un debido proceso resaltan las deficiencias estructurales en el sistema judicial hondureño. La Corte Interamericana encontró que las destituciones violaron múltiples artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluyendo las garantías judiciales, el principio de legalidad, los derechos políticos y la protección judicial. Estas violaciones subrayan la necesidad urgente de reformas legales y procedimentales para asegurar que los procesos de destitución de magistrados sean justos, transparentes y basados en causales claras.

El reconocimiento parcial de responsabilidad por parte del Estado de Honduras es un paso positivo hacia la justicia y la reparación, aunque limitado. Esta aceptación valida las reivindicaciones de las víctimas y abre la puerta a una serie de medidas de reparación y de no repetición. Sin embargo, la Corte destacó que se requiere una reparación integral y subrayó la necesidad de implementar reformas estructurales para proteger la independencia judicial y garantizar que situaciones similares no se repitan en el futuro.

Las medidas de reparación ordenadas por la Corte, que incluyen indemnizaciones y actos públicos de reconocimiento de responsabilidad, son cruciales para restaurar la dignidad de los magistrados destituidos y reafirmar el compromiso del Estado con la justicia y los derechos humanos. Estas medidas no solo compensan a las víctimas, sino que también envían un mensaje fuerte sobre la importancia de respetar la independencia judicial. Medidas de no repetición, como la revisión y modificación de las leyes y procedimientos de destitución, son esenciales para prevenir futuras violaciones. Por lo que, la implementación efectiva de estas reformas requiere un compromiso genuino por parte del gobierno hondureño para respetar y fortalecer la independencia judicial. Además, la capacitación continua de jueces y funcionarios públicos sobre los principios de independencia judicial y derechos humanos es también fundamental para crear una cultura de respeto y protección del poder judicial.

El impacto de la sentencia se extiende más allá de Honduras, ofreciendo lecciones valiosas para otros estados en la región. La importancia de mantener una separación clara y efectiva entre los poderes del Estado, establecer mecanismos legales claros y garantizar recursos judiciales efectivos son principios esenciales que otros países deben adoptar para proteger la independencia judicial y los derechos humanos.

Además, destaca la necesidad de proteger la independencia judicial como un pilar fundamental de la democracia y el Estado de Derecho. Las reformas estructurales y las medidas de reparación y no repeticiones ordenadas por la Alta Corporación son cruciales para asegurar que el sistema de justicia en Honduras y en otros estados de la región pueda operar de manera justa, transparente y libre de interferencias políticas. Así las cosas, este texto

pretende contribuir al entendimiento de los desafíos y las oportunidades en la protección de la independencia judicial en América Latina.

2. EL CONTEXTO DE AMÉRICA LATINA Y LOS RIESGOS DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

En América Latina en las últimas décadas ha existido un interés de algunos gobernantes por la cooptación de los sistemas judiciales. Guatemala, Honduras, el Salvador, Costa Rica y Nicaragua han sufrido uno de los fenómenos de que tiene por objeto debilitar el sistema de justicia para afectar las instituciones democráticas y capturar las decisiones de jueces que son el punto central de la independencia en las ramas de los poderes públicos.

Según el informe presentado por CEJIL (2025) en Guatemala la instrumentalización del sistema de justicia en los aspectos penales ha tenido un patrón de comportamiento el cual busca perseguir y criminalizar a los operadores de justicia que se declaran en independencia a las directrices del gobierno central, los periodistas y defensores de derechos humanos han denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) graves violaciones a sus derechos en los que se pretenden la imposición de medidas en contra de líderes de oposición y en favor de grupos políticos cercanos al gobierno nacional.

En Honduras a pesar de que se han venido transformando la forma en la que se eligen a los y las magistradas de las Altas Cortes, la carrera judicial sigue siendo un tema pendiente. Mientras tanto, en Costa Rica se ha venido presentando un discurso de deslegitimación sobre las acciones y la labor judicial que buscan recortar el presupuesto del sistema con el fin de tener efectos en el funcionamiento del mismo.

Por su parte Nicaragua y el Salvador han sido dos casos notables de la región en las que opera un discurso de supuesta recuperación de la seguridad que desconoce el trabajo de las ramas independientes del poder público y que castiga públicamente el ejercicio del poder judicial. A continuación, se presenta un breve análisis del caso Salvadoreño, siendo este el principal hito de la cooptación del sistema judicial.

Salvador viene viviendo una de las transformaciones de mayor revuelo en la región. El poder de imputación e investigación en instituciones como la Fiscalía hoy es realizado a través del ejercicio político del gobierno nacional y no judicial que es la naturaleza de dichas instituciones. Aunado de aquellos jueces que deben vivir en el exilio por la falta de garantías en materia estatal para asumir sus cargos.

En 1992 después de vivir la dictadura salvadoreña, uno de los puntos acordados en el Acuerdo de Paz fue la reestructuración del sistema judicial con el fin de que se pudiera proteger la independencia a partir de diversas reformas constitucionales¹ en las que se incluían la selección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. A partir del gobierno de Nayib Bukele desde 2019, el presidente anunció que para existir un cambio real debía reformarse la Sala de lo Constitucional de dicha Corte, especificando que no acataría ninguna de

sus órdenes hasta tanto no hubiese una nueva Asamblea Legislativa. Dicha reforma ocurrió 2021 cuando se removió de los cargos a los magistrados titulares y suplentes, sin ningún tipo de cumplimiento al debido proceso y al ejercicio de la defensa.

“Existen indicios razonables de que el asalto al Órgano Judicial fue cuidadosamente planificado por los órganos políticos (Ejecutivo y Legislativo) y el brazo armado del Estado. Al momento de la remoción de los/as magistrados/as de la Sala de lo Constitucional, estos se encontraban fuera de sus oficinas. La Policía Nacional Civil acordonó el edificio de la CSJ con instrucciones precisas de impedir el ingreso de los/as magistrados/as removidos a sus despachos y de permitir el ingreso de las personas impuestas para ocupar esos cargos” (DPFL, 2024: 11).

Luego de esto vino la reforma a la carrera judicial lo que ha permitido el nombramiento de jueces a libre remoción sin tener en cuenta ningún procedimiento constitucional y a través de criterios subjetivos. La mayor preocupación del sistema judicial radica en la validez de las decisiones adoptadas por los jueces que han llegado a los juzgados sin el cumplimiento de los requisitos mínimos y solo porque han sido escogidos por el máximo tribunal de justicia, ostentan las dignidades “Así, se ha trasladado jueces/zas y magistrados/as con una larga trayectoria dentro de la carrera judicial, que dieron muestras de independencia, o que han cuestionado las injerencias indebidas al órgano judicial” (DPFL, 2024: 16). En el Salvador el sistema de pesos y contrapesos solo se encuentra presente en las denuncias públicas de los movimientos y las organizaciones sociales, los sectores académicos y la prensa internacional que denuncia las graves violaciones.

Por último, es importante señalar el caso de México donde en la actualidad se discute la posibilidad de que jueces y juezas sean elegidos a través del voto popular. Lo anterior es preocupante debido a las altas tasas de corrupción e impunidad que se han señalado en la Nación. La elección democrática permitiría que en el poder judicial no se destaque el mérito y la preparación, condiciones necesarias para la estabilidad de la independencia, sino que, por el contrario, se convierta en la posibilidad de quien tiene mayor uso de capitales², tendrá la ocupación del cargo.

De ahí que los retos que enfrenta el sistema judicial en países principalmente de Centro América se encuentran dados por:

1. Falta de procesos de selección y nombramiento de jueces y magistrados de las Altas Cortes donde existen influencias políticas y discrecionales.
2. Barreras para el acceso de la sociedad civil a dichos cargos.
3. Falta de representación de los grupos que históricamente han sido discriminados.
4. La remoción arbitraria sobre la ocupación de cargos en el sistema judicial que han obedecido al cumplimiento constitucional de los países.
5. La interferencia del poder ejecutivo en las decisiones de los Tribunales.
6. La estigmatización y el uso de amenazas violentas a través de la imputación de cargos y condenas sin el respeto al debido proceso.
7. El exilio producto de la persecución y amenaza a los jueces que se han declarado independientes.

8. La falta de mecanismos para prevenir, identificar y sancionar la corrupción judicial y sus múltiples dimensiones.

El caso *Gutiérrez y otro vs Honduras* ha sido central en la discusión sobre la independencia de los sistemas judiciales y la cooptación que han venido promoviendo algunas de las ya señaladas democracias contemporáneas. Es relevante para esta investigación dar a conocer los principales aspectos que dan cuenta sobre la sentencia y el precedente judicial que la misma ha sido para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH).

3. HONDURAS Y LA COOPTACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL

Honduras es un país de Centroamérica que limita al sur con el Salvador y al oeste con Guatemala. La organización territorial divide al país en dieciocho departamentos con un total de doscientos noventa y ocho municipios. A través del ejercicio de democracia representativa ejerce la facultad administrativa con el uso de la figura de las tres ramas del poder público. La población supera los diez millones de habitantes y las principales actividades son la manufactura, el comercio y las actividades en las zonas rurales.

El poder ejecutivo se encuentra representado por el presidente quien ejerce un mandato de cuatro años y se elige a través de la democracia representativa. Mientras tanto, el poder legislativo se encuentra desarrollado a partir del Congreso de diputados que se elige por cociente electoral. Por último, se encuentra la Corte Suprema de Justicia de Honduras que se encuentra compuesta por quince magistrados y siete suplente, el periodo de los magistrados es de siete años y tienen derecho a la reelección. La presidencia es elegida por el Congreso Nacional para un por un periodo igual al anterior.

Según el sondeo realizado por el equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación de la Compañía de Jesús en Honduras, el 66% cree que a pesar de que han existido cambios en la Corte Suprema, la justicia sigue igual e incluso ha empeorado (16.6%). Lo que es más preocupante son los señalamientos de la sociedad civil a la protección de los jueces y magistrados por los intereses clientelistas (81.3%) (Citado en Centro de Estudio para la Democracia, 2025).

En el año 2000 entró en vigor el sistema para elegir el poder judicial a través de un proceso que estableció la preselección de 45 candidatos y candidatas para elegir la junta nominadora que tendría como principal objetivo representar los diversos sectores de la sociedad civil. De estos candidatos se eligió por parte de Congreso Nacional 15 nuevos magistrados. Magistraturas que de acuerdo con el Centro de Estudio para la Democracia (2025) no cambiaron en nada pues fueron elegidos sobre los intereses de los partidos que ya se venían representando.

Esta práctica a continuado en los años a través de tres partidos mayoritarios que componen el Congreso Nacional: Libertad y Refundación, Nacional y Liberal. Quedando conformado en 2023, seis magistrados al partido Libre, cinco al partido Nacional y cuatro al

Liberal (Centro de Estudio para la Democracia, 2025). Lo anterior, ha promovido que cuando se declaran inconstitucionales los proyectos de ley, los magistrados sean removidos de sus cargos y trasladados a otros despachos o lo que es peor con la apertura de procesos disciplinarios sin justa causa.

De acuerdo con el informe realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2024) el 28 de junio de 2009, se produjo una ruptura del orden constitucional mediante el derrocamiento del presidente democráticamente electo. La CIDH ha logrado establecer que, en el presente siglo, en Honduras existen falta de garantías en el ejercicio democrático, sumado a cuestionamientos por la falta de independencia del Tribunal Supremo Electoral, hechos que se han traducido en graves denuncias a la participación de la sociedad civil.

“(…) la Comisión conoció sobre muertes, detenciones arbitrarias, uso desproporcionado de la fuerza en las manifestaciones, tratos crueles, inhumanos o degradantes, uso indebido del derecho penal en contra de disidentes políticos sumado a irregularidades en los procesos seguidos en su contra, ataques contra periodistas y medios de comunicación y el aumento de la militarización como medio de control ciudadano, entre otras violaciones de derechos humanos. De manera particular, tomó conocimiento sobre la muerte de por lo menos 23 personas a consecuencia de la represión de las protestas o las subsiguientes operaciones de persecución de las fuerzas de seguridad” (CIDH, 2024: 32).

A pesar de que existen investigaciones sobre los hechos, no se ha asegurado el debido proceso y siguen presentándose responsables por los conflictos electorales y los altos grados de violencia que se han generado a partir de los sucesos. En la actualidad, existen denuncias que en la política hondureña se busca la legitimación de los partidos tradicionales a partir de discursos de estigmatización contra personas LGBTI y mujeres que defienden los derechos sexuales y reproductivos (CIDH, 2024: 34). La organización de las elecciones y las debilidades institucionales en la falta de implementación de la reforma electoral y los procedimientos de selección de los órganos de control y justicia electoral conforme a la independencia e imparcialidad, siguen siendo un desafío³.

La CIDH (2024) recibió denuncias sobre las debilidades normativas y falta de cumplimiento a los procedimientos para la selección y nombramiento de autoridades en el rango constitucional.

“Se informó que la Constitución de Honduras deposita en el Congreso Nacional la facultad de nombrar a ciertas autoridades de rango constitucional que realizan funciones de especial relevancia para los derechos humanos. Entre estos cargos se encuentran: la Fiscalía General de la República y la Fiscalía General Adjunta del Ministerio Público; la Procuraduría y Subprocuraduría General de la República; el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos; el Instituto de Acceso a la Información Pública; el Registro Nacional de Personas; el Consejo Nacional Electoral, así como las y los magistrados de la CSJ, del Tribunal de Justicia Electoral y del Tribunal Superior de Cuentas, entre otros órganos” (CIDH, 2024: 38).

En este sentido, se denuncia la ausencia de marcos normativos que regulen los procedimientos de selección de estas autoridades a través de criterios objetivos de mérito, capacidad, idoneidad técnica a través del principio de la publicidad y transparencia de los

actos administrativos⁴. En el mismo sentido, Human Rights Watch (2024) ha recibido denuncias sobre la corrupción y cooptación del sistema judicial. De ahí que se creara la Comisión Internacional contra la Corrupción y la Impunidad en Honduras con el fin de que se garantice la independencia y autonomía del sistema judicial. Esto permitiría investigar y proponer cambios legislativos con el fin de lograr un poder público mas eficiente.

De ahí que el caso cobre especial relevancia al estudio convencional ya que en términos facticos es uno entre las múltiples violaciones dadas al sistema judicial con el fin de cooptar la Corte Suprema de Justicia por parte del ejercicio político en Honduras⁵.

4. GUTIÉRREZ NAVAS Y OTROS VS. HONDURAS

4.1. ANTECEDENTES DEL CASO

El caso “Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras” se centra en la destitución arbitraria e ilegal de cuatro magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras: José Antonio Gutiérrez Navas, José Francisco Ruiz Gaekel, Gustavo Enrique Bustillo Palma y Rosalinda Cruz Sequeira. Estos magistrados fueron designados el 26 de enero de 2009 por el Congreso Nacional de Honduras para un período constitucional de siete años, comprendido entre el 26 de enero de 2009 y el 25 de enero de 2016. La designación se realizó conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución Política de Honduras, que establece la elección de magistrados por el Congreso Nacional a partir de una nómina de candidatos propuesta por una junta nominadora (Corte IDH, 2023).

Durante su ejercicio, los magistrados de la Sala de lo Constitucional emitieron una serie de decisiones que resultaron controvertidas y provocaron la reacción del Poder Ejecutivo: en el año 2012, la Sala declaró la inconstitucionalidad de tres leyes significativas: el Decreto Legislativo No. 108-11, conocido como “Ley del 1%”, el Decreto Legislativo No. 185-2010, denominado “Ley Marco de la Iglesia Evangélica de Honduras”, y el Decreto Legislativo No. 283-2010, denominado “Ley de Ciudades Modelo”. Estas decisiones judiciales, particularmente la última, que afectaba un proyecto importante del gobierno de entonces, provocaron fuertes críticas del presidente Porfirio Lobo (Corte IDH, 2023).

Luego, la situación se agravó cuando, el 27 de noviembre de 2012, la Sala de lo Constitucional, por cuatro votos a favor y uno en contra, declaró la inconstitucionalidad del Decreto 89-2012 o Ley Especial para la Depuración Policial. Esta ley había sido promulgada con el objetivo de reformar y depurar la policía nacional, un tema de alta sensibilidad y relevancia política (Corte IDH, 2023). La decisión no unánime obligó a que el asunto fuera remitido al pleno de la Corte Suprema de Justicia para su resolución definitiva, conforme a lo establecido en la Constitución y la Ley sobre Justicia Constitucional.

Posteriormente, el 4 de diciembre de 2012, el presidente Lobo cuestionó públicamente la decisión de los magistrados, lo que desencadenó una serie de eventos que culminaron en la destitución de los cuatro magistrados el 12 de diciembre de 2012 por el Congreso

Nacional de Honduras. Esta destitución fue calificada por muchos como una represalia por las decisiones judiciales que habían emitido, lo que planteaba serias dudas sobre la independencia judicial y el respeto por el debido proceso en el país (Corte IDH, 2023).

Por lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió la petición inicial de los magistrados destituidos y el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos el 5 de febrero de 2013. Después de un proceso de admisibilidad y fondo, la Comisión sometió el caso a la Corte IDH el 25 de noviembre de 2021, argumentando que la destitución de los magistrados violaba múltiples derechos humanos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluyendo las garantías judiciales, el principio de legalidad, la independencia judicial, los derechos políticos, la protección judicial y la integridad personal (Corte IDH, 2023).

En la sentencia del 29 de noviembre de 2023, la Corte Interamericana encontró al Estado de Honduras responsable de las violaciones alegadas puesto que, determinó que la destitución de los magistrados fue arbitraria e ilegal, violando así las garantías judiciales y el principio de legalidad. Además, el Tribunal destacó la falta de independencia judicial y la ausencia de recursos efectivos para que las víctimas pudieran recurrir la decisión de destitución, lo que constituyó una violación a los derechos políticos y a la protección judicial de los magistrados (Corte IDH, 2023).

El análisis de la sentencia revela que la Corte valoró positivamente el reconocimiento parcial de responsabilidad por parte del Estado de Honduras, aunque destacó la necesidad de una reparación integral para las víctimas. La Corte ordenó una serie de medidas de reparación, incluyendo indemnizaciones compensatorias y medidas de no repetición, subrayando la importancia de proteger la independencia judicial y garantizar que situaciones similares no se repitan en el futuro.

4.2. HECHOS PROBADOS

La Corte IDH (2023) estableció una serie de hechos probados que fundamentaron su decisión. Uno de los hechos centrales fue la destitución arbitraria e ilegal de José Antonio Gutiérrez Navas, José Francisco Ruiz Gaekel, Gustavo Enrique Bustillo Palma y Rosalinda Cruz Sequeira, magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, el 12 de diciembre de 2012. Esta destitución se realizó sin un proceso legal adecuado, en represalia por decisiones judiciales que no fueron bien recibidas por el Ejecutivo y el Legislativo hondureños.

Otro hecho probado es que los magistrados habían sido designados el 26 de enero de 2009 para un período de siete años, conforme a lo establecido en la Constitución de Honduras. Durante su mandato, emitieron varias decisiones de inconstitucionalidad que afectaron políticas clave del gobierno, incluyendo la “Ley del 1%”, la “Ley Marco de la Iglesia Evangélica de Honduras” y la “Ley de Ciudades Modelo”. Especialmente significativa fue la decisión del 27 de noviembre de 2012, donde declararon la inconstitucionalidad de la Ley Especial para la Depuración Policial (Corte IDH, 2023). Esta decisión provocó una

reacción adversa del presidente de Honduras, quien cuestionó públicamente la sentencia y posteriormente, el Congreso Nacional procedió a la destitución de los magistrados.

Por lo anterior, la Alta Corte se planteó que el problema jurídico principal radica en determinar si la destitución de los magistrados violó los derechos humanos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los derechos en cuestión incluyen las garantías judiciales (artículo 8), el principio de legalidad (artículo 9), los derechos políticos (artículo 23), la protección judicial (artículo 25) y la integridad personal (artículo 5) (Corte IDH, 2023). La Corte debía establecer si la destitución fue arbitraria e ilegal, si se respetaron los procedimientos legales y si se garantizó la independencia judicial.

A raíz de ello, La Corte IDH resolvió que la destitución de los magistrados fue efectivamente arbitraria e ilegal, violando múltiples derechos humanos, puesto que en esta se destacó que no se siguió un debido proceso legal para la destitución, y que esta se realizó en un contexto de represalia por decisiones judiciales que afectaron intereses del gobierno (Corte IDH, 2023). La falta de un recurso judicial efectivo y la presión ejercida por el Ejecutivo y el Legislativo sobre los magistrados comprometieron la independencia judicial, lo cual es fundamental para el funcionamiento de un estado democrático de derecho. Además de ello, la Corte determinó que la destitución vulneró el principio de legalidad, ya que no se basó en causales claras y preestablecidas en la ley, y los magistrados no tuvieron la oportunidad de defenderse adecuadamente (Corte IDH, 2023). La Corte también reconoció que las acciones del Estado afectaron los derechos políticos de los magistrados, al impedirles ejercer sus funciones judiciales de manera independiente y sin interferencias indebidas.

En su sentencia, la Corte ordenó al Estado de Honduras adoptar medidas de reparación para las víctimas, incluyendo indemnizaciones y garantías de no repetición, enfatizando la necesidad de fortalecer la independencia judicial y garantizar que los magistrados puedan ejercer sus funciones sin temor a represalias, asegurando así el respeto por el estado de derecho y la protección de los derechos humanos (Corte IDH, 2023). En ese sentido, el caso subraya la importancia de la independencia judicial como un pilar fundamental de la democracia y la justicia.

4.3. DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES, LA PROTECCIÓN JUDICIAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN CONEXIDAD CON LA INDEPENDENCIA JUDICIAL DEL CASO

En primer lugar, la Corte encontró una violación a las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la *Convención Americana*⁶, *puesto que la destitución de los magistrados se llevó a cabo sin un proceso justo, sin una oportunidad adecuada para defenderse, y en ausencia de un recurso efectivo para impugnar la decisión. Este procedimiento irregular socava el derecho a un juicio justo y al debido proceso, principios fundamentales en la protección de los derechos humanos* (Peña, 2019).

En ese sentido, el principio de legalidad, establecido en el artículo 9 de la Convención, también fue vulnerado⁷. La destitución de los magistrados no se basó en causales claras y preestablecidas por la ley. La falta de fundamentos legales transparentes y la aplicación arbi-

traria de la ley destacan una grave violación del principio de legalidad, que requiere que las leyes sean claras, precisas y previsibles, asegurando así que las personas conozcan las razones y condiciones bajo las cuales pueden ser sancionadas o destituidas (Fernández, 2016).

La independencia judicial, un pilar esencial de cualquier sistema democrático, fue seriamente comprometida. La Corte señaló que la destitución de los magistrados fue una represalia por sus decisiones judiciales, lo que refleja una injerencia indebida del Poder Ejecutivo y Legislativo en el Poder Judicial (Corte IDH, 2023). Esta interferencia no solo afecta a los magistrados destituidos, sino que también pone en riesgo la integridad del sistema judicial en su totalidad, creando un ambiente de intimidación y presión política sobre los jueces. Posteriormente, se identificó una violación a los derechos políticos de los magistrados, en particular el derecho a participar en el gobierno y a desempeñar funciones públicas, tal como se establece en el artículo 23 de la Convención. La destitución arbitraria y sin el debido proceso impidió a los magistrados ejercer sus funciones judiciales y participar plenamente en la vida pública del país (Corte IDH, 1994).

La protección judicial, garantizada por el artículo 25 de la Convención, también fue violada en el entendido que la falta de un recurso efectivo para que los magistrados impugnaran su destitución demuestra una carencia de mecanismos judiciales adecuados para proteger sus derechos (Fernández, 2016). La ausencia de una respuesta judicial efectiva frente a las acciones arbitrarias del Estado socava la confianza en el sistema de justicia y deja a las víctimas sin vías para buscar reparación y justicia.

Pese a que la Corte no encontró pruebas suficientes para concluir que hubo una violación al derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención) en términos de daño físico o psicológico directo, sí se reconoció el impacto negativo de la destitución arbitraria en la estabilidad y bienestar de los magistrados y sus familias (Corte IDH, 2023). La inestabilidad y la incertidumbre resultantes de la destitución abrupta y sin fundamento legal adecuado afectaron profundamente la vida personal y profesional de los magistrados.

4.4. RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL ESTADO

Para el presente caso, el Estado de Honduras realizó un reconocimiento parcial de su responsabilidad internacional por las violaciones a los derechos humanos cometidas contra los magistrados destituidos (Corte IDH, 2023). Este reconocimiento se produjo durante la audiencia pública celebrada los días 6 y 7 de febrero de 2023, en la que el Estado admitió haber violado varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Específicamente, Honduras reconoció la violación de las garantías judiciales (artículo 8), el principio de legalidad (artículo 9), los derechos políticos (artículo 23.1.c), y la protección judicial (artículo 25.1) (Díaz Chirino, 2023), en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (artículos 1.1 y 2 de la Convención).

El reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado tiene importantes implicaciones para la reparación de las víctimas, en razón a que, en primer lugar, este acto es una aceptación formal de que las destituciones fueron arbitrarias e ilegales, y que violaron

derechos fundamentales (Corte IDH, 2023). Este reconocimiento no solo valida las reivindicaciones de las víctimas, sino que también abre la puerta a una serie de medidas de reparación. Entre estas medidas se incluyen indemnizaciones compensatorias por los daños materiales e inmateriales sufridos, así como medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición.

El impacto del reconocimiento es significativo en términos de reparación y justicia para las víctimas ya que, el Estado se comprometió a adoptar medidas que garanticen que situaciones similares no se repitan en el futuro, lo que incluye la implementación de reformas que fortalezcan la independencia judicial y aseguren el respeto a los derechos humanos (Corte IDH, 2023). Este compromiso es crucial para restaurar la confianza en el sistema judicial hondureño y en las instituciones del Estado, mostrando una disposición a corregir los errores del pasado y prevenir abusos futuros. Es importante notar que el reconocimiento del Estado no fue completo. Si bien Honduras no admitió la violación del derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención) de las víctimas, lo que dejó ciertas áreas de la controversia sin resolver completamente (Chaparro, 2022). A pesar de este reconocimiento parcial, la Corte tuvo que analizar y decidir sobre todas las alegaciones presentadas para asegurar una reparación integral y justa.

La Corte valoró positivamente el reconocimiento de responsabilidad del Estado, considerándolo un paso significativo hacia la justicia y la reparación. Este reconocimiento parcial, aunque limitado, constituye una admisión de las deficiencias del Estado en proteger los derechos de los magistrados y representa un avance en la lucha por la independencia judicial en Honduras (Corte IDH, 2023). Además, fortalece un precedente importante para otros casos en la región, subrayando la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, y de asumir responsabilidad por las violaciones cometidas.

4.5. LA VULNERABILIDAD DEL SISTEMA JUDICIAL HONDUREÑO ANTE LAS PRESIONES POLÍTICAS

La destitución de los magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras y la posterior sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen un impacto profundo en la independencia judicial del país. La destitución arbitraria e ilegal de los accionantes evidencia una grave vulnerabilidad del sistema judicial ante las presiones políticas del Ejecutivo y Legislativo. Este acto de represalia por decisiones judiciales contrarias a los intereses del gobierno socava la confianza pública en la imparcialidad y autonomía de los jueces, elementos esenciales para el funcionamiento de un estado de derecho (Ramírez, 2022).

La sentencia de la Corte Interamericana no solo reconoció estas violaciones, sino que también estableció medidas de reparación que buscan restaurar y fortalecer la independencia judicial en Honduras (Peña, 2019). Al declarar la responsabilidad del Estado y ordenar indemnizaciones y garantías de no repetición, la sentencia subraya la necesidad de implementar reformas estructurales que protejan a los jueces de injerencias políti-

cas. Según (Chaparro, 2022), esto incluye la creación de mecanismos que aseguren la estabilidad en los cargos judiciales y el respeto al debido proceso en procedimientos de destitución.

En ese sentido, es menester destacar la importancia de la independencia judicial ha sido reiterada en otros casos similares en la región⁸. Un ejemplo notable es el caso de los magistrados de la Corte Constitucional en Ecuador, destituidos en 2004 por emitir decisiones contrarias a los intereses del gobierno de entonces. La Corte Interamericana también falló en favor de los magistrados, destacando la necesidad de proteger a los jueces de interferencias indebidas y garantizar que los procedimientos de remoción sean justos y transparentes (Corte IDH, 2013).

Por otro lado, Estos casos, al igual que el de Honduras, muestran un patrón preocupante de interferencia política en el poder judicial en la región. A continuación, tabla 1 la cual expone diferentes sentencias emitidas por la Corte IDH en materia de las temáticas abordadas a lo largo del presente escrito:

Tabla 1. Sentencias de la Corte IDH en materia de independencia judicial

Sentencia de la Corte IDH	Conceptualización sobre la independencia judicial
Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (2001)	Este Tribunal recalca que la separación de poderes es esencial para asegurar la independencia judicial, estableciendo procedimientos meticulosos para la nominación y destitución de jueces según los Principios Básicos sobre la Independencia Judicial de las Naciones Unidas. Además, establecen que cualquier acusación contra un juez debe procesarse de forma rápida e imparcial, garantizando la confidencialidad inicial y el derecho a una audiencia justa. Este Tribunal subraya la importancia de proteger la independencia de los jueces, especialmente los constitucionales, mediante un proceso de nombramiento adecuado, términos fijos y defensa contra influencias externas, alineándose con las prácticas de la Corte Europea.
Caso Palamara vs. Chile (2005)	La Corte afirma que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial constituye una garantía esencial del debido proceso, subrayando la necesidad de que el juez o tribunal mantenga una objetividad máxima durante el juicio. Además, la independencia del Poder Judicial de otros poderes estatales es crucial para la adecuada función judicial. La imparcialidad del tribunal se define por la ausencia de intereses directos, prejuicios o involucramientos personales de sus miembros en el caso en cuestión.
Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela (2008)	La Corte enfatiza que los Estados deben garantizar la independencia de los jueces provisionales, ofreciendo estabilidad y protección contra remociones arbitrarias. Resalta que la destitución de jueces sin motivos claros contraviene la independencia judicial, por lo que los nombramientos provisionales deben ser excepcionales y limitados temporalmente. Adicionalmente, subraya que los procesos de destitución deben ser justos y los jueces provisionales deben tener las mismas condiciones que los titulares para asegurar su independencia en el ejercicio de sus funciones.

Sentencia de la Corte IDH	Conceptualización sobre la independencia judicial
Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela (2009)	La Corte subraya la importancia de las garantías reforzadas que disfrutaban los jueces para mantener su independencia, esencial para su función y para la confianza pública en el sistema judicial. Estas garantías protegen a los jueces de influencias externas y aseguran su autonomía frente a otros poderes del Estado, siendo fundamentales para el debido proceso y la protección de derechos fundamentales. Esta posición fue reforzada por la SPA, que invalidó la destitución de la señora Reverón Trujillo, enfatizando la obligación constitucional de mantener la independencia judicial.

Fuente: Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Caso Palamara vs. Chile, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Elaboración propia.

El caso *Apitz Barbera y otros vs Venezuela* (2007) ha sido uno de los principales hitos que ha señalado a partir de la defensa por la falta de garantías del Estado de Venezuela para respetar los derechos (artículo 1°), el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que garanticen la independencia de las ramas del poder público (artículo 2°), las garantías y la protección judicial (artículos 8° y 25°) y el respeto por los derechos políticos (artículo 23°) y la igualdad ante la ley (artículo 24°).

En el caso en discusión se señaló que la independencia y la imparcialidad tienen un contenido jurídico propio, esto es, que la separación de poderes públicos es la garantía para que los jueces puedan realizar sus labores a través del sistema individual y autónomo. Lo que permite que Estado en su faceta institucional reconozca que la labor judicial también es invertir al juez de garantías y protección judicial (Corte IDH, 2007). En el mismo sentido, la Corte IDH ha determinado que los Estados se encuentran obligados al aseguramiento de las condiciones para la salvaguarda de la justicia como principio rector del Estado de Derecho, por lo que toda destitución debe estar provista de un debido proceso previamente señalado por la ley y con garantía de los derechos constitucionales.

De ahí que la motivación en las destituciones sean la principal garantía en el marco de las sanciones judiciales. Ya que las afectaciones a los derechos humanos promovidos por órganos internos deben estar debidamente justificadas. Lo que debe evitar errores judiciales que convoquen a procesos disciplinarios y penales sin justificación fáctica ni probatoria (Corte IDH, 2007). Las diferencias de trato en los juzgamientos del sistema judicial transforman el espíritu de los Estados constitucionales para convertirlos en espacios de dominación a través de aparentes democracias. Convirtiendo la ley procesal en un instrumento del poder dominativo del Estado y no la máxima garantía del Estado protector.

Mientras tanto, en el caso en estudio, el fallo no solo proporciona una reparación a los magistrados afectados, sino que también envía un mensaje fuerte a otros países de la región sobre la importancia de la independencia judicial. Las decisiones judiciales deben ser respetadas y protegidas de cualquier forma de represalia política. La protección de la independencia judicial es crucial para el respeto de los derechos humanos y el mantenimiento de la democracia.

En conclusión, la destitución de los magistrados hondureños y la posterior sentencia de la Corte Interamericana resaltan la fragilidad de la independencia judicial en Honduras y la región. Los casos similares en Ecuador y Venezuela demuestran que la interferencia política en el poder judicial es un problema recurrente que requiere atención y acción decidida. La sentencia del caso hondureño no solo busca reparar el daño a las víctimas, sino también fortalecer las instituciones judiciales para prevenir futuras violaciones y asegurar un sistema judicial independiente y justo en toda América Latina.

4.6. REPARACIONES Y MEDIDAS DE NO REPETICIÓN

La providencia de la Corte IDH ordenó una serie de reparaciones y medidas de no repetición dirigidas a reparar los daños sufridos por los magistrados destituidos y a prevenir futuros actos de represalia contra la independencia judicial. Estas reparaciones son fundamentales no solo para compensar a las víctimas, sino también para fortalecer el sistema judicial hondureño y asegurar el respeto a los derechos humanos.

Las reparaciones ordenadas por la Corte incluyen indemnizaciones económicas para compensar tanto los daños materiales como inmateriales sufridos por los magistrados. Estas indemnizaciones están destinadas a cubrir salarios dejados de percibir, así como el sufrimiento y la angustia experimentada por las víctimas y sus familias como resultado de la destitución arbitraria (Juárez, 2020). La Corte ordenó al Estado de Honduras que adopte medidas de satisfacción, como la publicación de la sentencia y un acto público de reconocimiento de responsabilidad, lo cual tiene un valor simbólico importante para la dignificación de las víctimas y la sociedad en general (Vignolo, 2011).

En cuanto a las medidas de no repetición, la Corte destacó la necesidad de implementar reformas estructurales que fortalezcan la independencia judicial en Honduras. Entre estas medidas se incluye la revisión y modificación de las leyes y procedimientos que permiten la destitución de magistrados, asegurando que cualquier remoción esté basada en causas claras y preestablecidas, y se realice mediante un debido proceso (Acosta y Idárraga, 2021). A raíz de ello, la Corte también enfatizó la importancia de establecer mecanismos de protección para los jueces, para garantizar que puedan ejercer sus funciones sin temor a represalias políticas.

La efectividad potencial de estas medidas de no repetición depende en gran medida de la voluntad y capacidad del Estado de Honduras para implementarlas de manera adecuada. La implementación efectiva de estas reformas requiere un compromiso firme por parte del gobierno hondureño para respetar y fortalecer la independencia judicial (Jara y Jorquera., 2021). Esto implica no solo cambios legales y procedimentales, sino también un cambio cultural que reconozca la importancia de un poder judicial independiente como pilar fundamental de la democracia y el Estado de Derecho. A continuación, tabla acerca de la protección del núcleo del derecho protegido:

Tabla 2. Protección del núcleo del derecho protegido

Derecho Humano presuntamente vulnerado	Núcleo del derecho
Garantías Judiciales	Asegurar procedimientos justos y adecuados para la destitución de jueces, destacando la necesidad de procesos transparentes y basados en causas legales para preservar la independencia judicial.
Principio de Legalidad	Garantizar que todas las acciones y decisiones, especialmente en la administración de justicia, se realicen conforme a la ley, evitando arbitrariedades y asegurando la seguridad jurídica.
Derechos Políticos	Proteger el derecho a participar en asuntos públicos directamente o a través de representantes libremente elegidos, enfatizando la importancia de la igualdad y la no discriminación en la vida política.
Derecho a la Protección Judicial	Ofrecer acceso efectivo a recursos judiciales en casos de violaciones de derechos, subrayando la importancia de que los ciudadanos puedan desafiar actos del gobierno o de terceros que infrinjan sus derechos.
Derecho al Trabajo	Defender la estabilidad laboral y las condiciones equitativas de empleo, particularmente la seguridad en el puesto de trabajo como elemento esencial para la dignidad personal y la independencia en roles judiciales.

Fuente: Sentencias de la Corte IDH. Elaboración propia.

La Corte recomendó la capacitación continua de jueces, abogados y funcionarios públicos sobre los principios de independencia judicial y derechos humanos (Corte IDH, 2023). Por ende, la educación y formación en estos temas son esenciales para crear una cultura de respeto por el poder judicial y prevenir futuras violaciones. Así la participación de la sociedad civil y organizaciones internacionales también puede jugar un papel crucial en la supervisión y apoyo a la implementación de estas medidas.

En conclusión, las reparaciones y medidas de no repetición ordenadas por la Corte IDH buscan no solo reparar el daño causado a los magistrados destituidos, sino también prevenir futuros actos de interferencia política en el poder judicial. La efectividad de estas medidas depende de un compromiso genuino por parte del Estado de Honduras para implementar las reformas necesarias y promover una cultura de respeto por la independencia judicial y los derechos humanos. Si se implementan adecuadamente, estas medidas pueden contribuir significativamente a la consolidación de un sistema judicial justo e independiente en Honduras (Couso, 2018).

5. LOS ESTÁNDARES DE JUSTICIA CONVENCIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN JUDICIAL PARA LOS SISTEMAS JURÍDICOS INTERNOS

El SIDH desde el ejercicio de protección judicial a través del cumplimiento del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (*en adelante* CADH) ha establecido aspectos de carácter dimensional que buscan la generación de lineamiento y obliga-

ciones estatales para en los sistemas jurídicos internos. Es de esta forma que a partir de la jurisprudencia del SIDH la Corte IDH ha logrado establecer estándares de proyección que se consolidan en casos particulares como el aquí señalado. A continuación, se pretenden establecer algunas de las sentencias con mayor relevancia al tema en cuestión que permite el ejercicio de la protección judicial.

El principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos judiciales sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, con el fin de que alcancen su objetivo de forma rápida, sencilla e integral. Por lo anterior, el artículo 25.1 de la CADH establece la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, reconocidos ya sea en la Constitución, en las leyes o en la Convención (Corte IDH, 2017, Lagos del Campo vs Perú). El artículo 25 de la Convención Americana determina, en su numeral 1, que:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (CADH, 1969, artículo 25).

En este sentido, se establece la obligación de los Estados a la protección de todas las personas que se encuentren sometidas a su jurisdicción y que los recursos judiciales sean efectivos cuando existan denuncias a las graves violaciones de los derechos humanos. Estos derechos no son únicamente los reconocidos por la CADH (1969) sino, además, los dados por cada sistema legislativo y judicial (Corte IDH, 2009, Reverón Trujillo vs. Venezuela).

Asimismo, la Corte ha determinado que para que un recurso sea efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios (Corte IDH, 2016, Duque vs. Colombia).

Por lo anterior, la Corte IDH (2016) ha establecido que para que se determinen las obligaciones del Estados, estos deben asegurarse a partir de dos fundamentos: El primero asegurar la debida aplicación de los recursos judiciales a través de las autoridades competentes⁹ y, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones a través de autoridades competentes que legitimen el fallo (Corte IDH, 2016, Flor Freire vs. Ecuador).

Los Estados tienen la obligación de diseñar recursos efectivos para la protección de los derechos humanos, pero también la obligación de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus autoridades judiciales, en procedimientos con las garantías adecuadas y sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso. De esta forma, un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas

por el demandante y pronunciarse de fondo sobre ellas, por lo que esta efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos señalan respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes (Corte IDH, 2017; Lagos del Campo vs Perú).

Ahora bien, sobre lo anterior deben señalarse cuáles son los alcances de un recurso idóneo, efectivo y rápido que garantice los derechos. Para que tal recurso efectivo exista no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. De esta forma, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento (Corte IDH, 2015, López Lone y otros vs. Honduras). Como parte de la garantía de los estándares de protección la Corte IDH (2011) señala que los factores a tener en cuenta como estándares de protección son:

1. La competencia del órgano judicial en cuestión.
2. El tipo de materia sobre la cual se pronunció el órgano administrativo, teniendo en cuenta si ésta involucra conocimientos técnicos o especializados.
3. El objeto de la controversia planteado ante el órgano judicial, lo cual incluye los alegatos de hecho y de derecho de las partes.
4. Las garantías del debido proceso ante el órgano judicial (Corte IDH, 2011, Barbani Duarte y otros vs. Uruguay).

De esta forma, se garantiza que una revisión judicial cumple con las garantías cuando examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión que se basa en normas de carácter sustancial y procesal. Esto permite entrever, que la tutela de los recursos judiciales efectivos se materializa a través del alcance que brinda el sistema judicial y el carácter de cumplimiento en las garantías del debido proceso. Por estas razones, los estándares de protección judicial han sido construidos jurisprudencialmente por la Corte IDH en las últimas dos décadas y vale resaltar que son los instrumentos que permiten las denuncias por falta de cumplimiento ante el SIDH.

Para Mejía los Tribunales constitucionales deben garantizar que ninguna acción u omisión del poder público convierta a los derechos humanos en ficticios. Ya que las resoluciones entre conflictos de orientación política y jurídicas dominantes deben salvaguardar los intereses, las garantías y la protección judicial, de tal forma todos los instrumentos deben ir encaminado al sentido más favorable de la persona humana (2012: 149).

6. CONCLUSIONES

El caso estudiado en este texto representa un hito significativo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, subrayando la importancia de la inde-

pendencia judicial y el respeto a los derechos humanos en América Latina. La sentencia en este caso no solo aborda las violaciones específicas cometidas contra los magistrados destituidos, sino que también establece precedentes y directrices claras para prevenir futuras injerencias políticas en el poder judicial.

Este caso tiene profundas implicaciones para el sistema judicial hondureño, destacando la necesidad urgente de reformas estructurales para garantizar la independencia judicial y el respeto a los derechos humanos (Castilla, 2016). La destitución arbitraria de los magistrados y las violaciones de derechos identificadas por la Corte IDH evidencian las vulnerabilidades del sistema judicial ante presiones políticas y la falta de mecanismos efectivos de protección judicial.

Una de las principales consecuencias de la sentencia es la reafirmación de la importancia de la independencia judicial como un pilar fundamental de la democracia dando cuenta que, que cualquier forma de interferencia política en el poder judicial es inaceptable y socava la confianza pública en el sistema de justicia (Moliterno y Čuroš, 2022). De esta manera, este fallo envía un mensaje contundente a las autoridades hondureñas sobre la necesidad de respetar la autonomía de los jueces y asegurar que puedan ejercer sus funciones sin temor a represalias.

La sentencia impulsa la revisión y modificación de las leyes y procedimientos relacionados con la destitución de magistrados, debido a que, el Estado hondureño está obligado a implementar reformas que aseguren que cualquier proceso de destitución esté basado en causales claras, preestablecidas y se realice mediante un debido proceso (Orbegoso, 2020). Estas reformas son cruciales para prevenir futuros abusos y garantizar que los jueces puedan desempeñar sus roles con integridad y sin interferencias indebidas (Ribotta, 2023). La sentencia también destaca la necesidad de fortalecer los mecanismos de protección judicial en Honduras, subrayando la importancia de tener recursos judiciales efectivos que permitan a las víctimas impugnar decisiones arbitrarias y buscar reparación ya que, la implementación de estos mecanismos fortalecerá el Estado de derecho y garantizará que los derechos humanos de todos los ciudadanos sean protegidos de manera efectiva (Collantes, 2023).

En síntesis, la sentencia tiene un valor simbólico significativo para la sociedad hondureña, en el sentido que al reconocer y reparar las violaciones cometidas contra los magistrados destituidos no solo restituye su dignidad, sino que también reafirma el compromiso del Estado con la justicia y los derechos humanos (Espina y Sedano, I., 2021). Este proceso de reparación y reconocimiento es fundamental para restaurar la confianza pública en el sistema judicial y promover un ambiente de respeto y legalidad en Honduras. Por ende, tiene implicaciones profundas y duraderas para el sistema judicial hondureño. La necesidad de reformas estructurales, la implementación de mecanismos de protección judicial efectivos y la promoción de una cultura de independencia judicial son elementos clave para asegurar que el sistema de justicia en Honduras pueda operar de manera justa, transparente y libre de interferencias políticas (Roncancio, et. al., 2022).

Este fallo de la Alta Corte refleja la importancia de mantener una separación clara y efectiva entre los poderes del Estado, especialmente en contextos donde la independencia

judicial está en riesgo por injerencias políticas. Una lección crucial es la necesidad de establecer y respetar mecanismos legales claros para la designación y destitución de magistrados (Londoño, 2010). Si bien, la destitución arbitraria e ilegal de los magistrados hondureños mostró cómo la falta de procedimientos transparentes y justos puede ser utilizada para socavar la independencia judicial. Otros Estados deben asegurar que cualquier proceso de destitución esté basado en causales claras, preestablecidas y ejecutado mediante un debido proceso que permita a los magistrados defenderse adecuadamente (Corte IDH, 2013).

Este caso recalca la importancia de los recursos judiciales efectivos, dando cuenta de la ausencia de mecanismos que permitieran a los magistrados impugnar su destitución, lo que representa una grave violación a la protección judicial. Por ello los Estados deben garantizar que sus sistemas judiciales incluyan recursos efectivos y accesibles para todas las personas, asegurando que puedan recurrir decisiones arbitrarias y buscar reparación cuando sus derechos sean violados (Corte IDH, 2008).

La capacitación continua de jueces y funcionarios judiciales sobre los principios de independencia judicial y derechos humanos es otra lección fundamental. La educación y formación en estos temas son esenciales para crear una cultura de respeto y protección del poder judicial (Teoría y Realidad Constitucional, 2016). Los Estados deben invertir en programas de formación que fortalezcan la comprensión y el compromiso de los jueces con la independencia judicial y los derechos humanos, evitando así futuras interferencias políticas.

NOTAS

1. “El principio de independencia judicial se encuentra recogido en el artículo 172, inciso 2° de la Constitución salvadoreña. Otros artículos constitucionales garantizan dimensiones específicas de este principio, como la prohibición para cualquier autoridad de avocarse a juicios o procesos pendientes o crear comisiones externas para auditar la labor realizada por las autoridades judiciales (artículo 17, inciso 1), la reserva de ley en materia de organización y funcionamiento del Órgano Judicial (artículo 172, inciso 2°), la exclusividad de la iniciativa de ley de la Corte Suprema en aspectos relacionados al Órgano Judicial (artículo 133, inciso 3), la obligación de designar a las altas autoridades judiciales en base a sus méritos y la incompatibilidad del cargo con el ejercicio libre de la abogacía, el notariado y función pública (artículo 188), la asignación de un presupuesto mínimo (artículo 172); la garantía de estabilidad en el cargo (artículo 172, inciso 4), la garantía de protección y remuneración justa para jueces y juezas (artículo 186, inciso 5), el establecimiento de un sistema de carrera judicial (artículo 186, inciso 6) y la competencia judicial para inaplicar leyes contrarias a la Constitución (artículos 185 y 149)” (DPFL, 2028).

2. Simbólicos, sociales, culturales, económicos (Bourdieu, 2000: 131).

3. Organizaciones de la sociedad civil manifestaron su inconformidad porque la elección de los integrantes del Consejo Nacional Electoral (CNE), habría resultado de una supuesta repartición de cargos entre las principales fuerzas políticas del país (CIDH, 2024: 35).

4. “Es urgente que el Estado adopte un marco normativo especial que defina con claridad los procesos de selección de las autoridades de segundo grado con las debidas garantías de independencia y transparencia, pues el ejercicio de las funciones de control contribuye en el equilibrio de poderes y en el fortalecimiento

del sistema democrático. En diferentes secciones de este informe, la Comisión profundiza en estas debilidades normativas respecto de otros órganos” (CIDH, 2024: 40).

5. Expertos de la ONU han visitado Honduras en cuatro ocasiones para brindar asistencia técnica y evaluar el sistema legal y las capacidades anticorrupción. Identificaron varias leyes que obstaculizan las investigaciones sobre corrupción. El Congreso derogó algunas de estas leyes, pero una ley que prohíbe las sanciones a legisladores por acciones realizadas “en el ejercicio de sus funciones” seguía vigente al momento de redactarse este informe (Human Rights Watch, 2024).

6. Versión digital disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

7. Tal y como lo citó el Tribunal interamericano en la sentencia Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. (1999) y el Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador (Corte IDH, 2019).

8. La Corte IDH ha sentado una vasta jurisprudencia al respecto, tales como: Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (2001), Caso Palamara vs. Chile (2005), Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela (2008), Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela (2009), Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador (2013), Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador (2013), entre otros, los cuales fueron citados y referenciados por la misma Corte IDH.

9. En los casos señalados, los magistrados y jueces no acceden a juicios disciplinarios, sino que, por el contrario, son retirados del cargo sin justa causa.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta López, Juana Inés y Ana María Idárraga Martínez (2021): “Retos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la categorización de conductas como crímenes internacionales”, *International Journal of Constitutional Law*, 19(4), 1248-1253. <https://doi-org.consultaremotu.upb.edu.co/10.1093/icon/moab113> Bourdieu, Pierre (2000): *Poder, derecho y clases sociales*, trad. A. García Inda, Desclée de BrouwerCastilla Juárez, Karlos A. (2016): “La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano”, *Estudios Constitucionales* [online], 14(2), 53-100. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200003>

Chaparro, Laura (2022): “El derecho a la verdad en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición en Colombia. Una aproximación a la relación intrínseca entre sus mecanismos y objetivos”, *Nuevo Derecho*, 18(31), 1-15. <https://doi.org/10.25057/2500672X.1462>

Collantes Rojas, Christian (2023): “Superando una vieja enemistad: El Principio de Legalidad, la Lex Constructionis y la supletoriedad coactiva en los contratos de Obra Pública”, *IUS ET VERITAS*, 66, 11-23. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.001>

Couso, Jaime (2018): “Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema”, *Ius et Praxis*, 24(1), 437-496. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000100437>

Craig, Paul (2022): “Definición y conceptualización del Estado de derecho. La importancia de la independencia judicial”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 165-184. <https://doi.org/10.5944/trc.50.2022.36371>

Díaz Chrino, Víctor Raúl (2023): “Teoría de los Actos Administrativos Inexistentes: ¿Violación al Principio de Legalidad y Retroceso en la concepción de la Tutela Judicial Efectiva en el Contencioso Administrativo Venezolano?”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 10(2), 1-22.: <https://doi.org/10.14409/redoeda.v10i2.12787> Lozano Espina, Francisca e Itziar Fernán-

- dez Sedano (2021): “Justicia restaurativa y su relación con la empatía y los valores Sociales”, *Universitas Psychologica*, 1-14. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.upsy20.jrre>
- Faundez Carril, Johanna e Isabel González (2023): “La justicia restaurativa como mecanismo de la justicia transicional para el tratamiento de conflictos armados”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 14(1), 1-25. <https://doi.org/10.7770/rchdcp-v14n1-art318>
- Fernández Fernández, Vicente (2016): “La justicia de los precedentes. ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador?”, *Revista de Derecho*, 29(2), 9-33. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000200001>
- Gallo Aponte, William Ivan Gallo *et al.* (2021): “¿Independencia judicial según los jueces constitucionales? Un análisis conceptual a partir de las decisiones del Supremo Tribunal Federal de Brasil y de la Corte Constitucional de Colombia”, *Revista Opiniao Juridica*, 19(32), 228-266. <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v19i32.p228-266.2021>
- Guerra Moreno, Débora *et. al.* (2020): La reparación integral como principio prevalente en la responsabilidad del estado —una visión a partir de la jurisprudencia de la corte constitucional y del consejo de estado Colombiano. *Revista Republicana*, 28, 59- 96. <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2020.v28.a77>
- Gómora-Juárez, Sandra (2020): “La jurisprudencia mexicana y el principio de legalidad: Una compleja relación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 51(155), 799-839. Jara Fuentealba, Natalia y Antonia Jorquera Cruz (2021): “La responsabilidad de la Administración del Estado por incidentes de ciberseguridad”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), 201-230. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58776>
- Londoño Lázaro, María Carmelina (2010): “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: Confluencias y perspectivas en el pensamiento de la corte interamericana de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 43(128), 761-814.
- Mejía Rivera, Joaquín A. (2012): “Una mirada a la justicia constitucional hondureña desde la óptica de los Derechos Humanos”, *El Progreso (Honduras)*: Casa San Ignacio.
- Moliterno, James y Peter Čuroš (2022): “Recent Attacks on Judicial Independence: The Vulgar, the Systemic, and the Insidious”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 117-164. <https://doi.org/10.5944/trc.50.2022.36370>
- Moya, Pedro H. (2020): “Técnicas del contencioso administrativo que refuerzan el principio de legalidad”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 31, 125-148. <https://doi.org/10.7764/redae.31.5>
- Orbegoso Silva, Miluska (2020): “El Principio de Legalidad: Una aproximación desde el Estado Social de Derecho”, *Ius et Veritas*, 2020, 60, 198-209. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.010>
- Peña Bernal, Jhon Fredy (2019): “Los preacuerdos: legalidad, ficción legal y reducción de la pena”, *De-recho Penal y Criminología*, 40(108), 37-88. <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n108.03>
- Ramírez-García, Hugo S. (2022): “La constitucionalización de la persona: un marco de la relación entre el Estado de derecho y los derechos humanos”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, 1(47), 367-395. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.47.17533>
- Ribotta, Silvina (2023): “¿Qué juezas y jueces debe tener un Estado Democrático? Análisis de los criterios de selección y formación de jueces y juezas”, *Onati Socio-Legal Series*, 13(3), 824- 856. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1378>
- Roncancio Bedoya, Andrés Felipe *et. al.* (2022): “Dinámicas sobre el Buen Gobierno alrededor de la Regulación del Acceso a las TICS en Colombia: El Internet como Mediador de Derechos Sociales”, *Verba Iuris*, 107-117. <https://doi.org/10.18041/0121-0021/verbaiuris.47.2022.XXXX>
- Tonche, Juliana y Camilo Eduardo Umaña (2017): “Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición: Un acuerdo de justicia restaurativa?”, *Revista Derecho del Estado*, 38, 223-241. <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.09>
- Cuevas Vignolo, Orlando (2011): “Constitutional state of law clause, principle of legality and public administration. Basic postulates and transformations”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 131, 783-813.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de agosto de 2008.

Aguinaga Aillón vs. Ecuador, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de enero de 2023.

Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos., 13 de octubre de 2011.

Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de mayo de 1999.

Colindres Schonenberg vs. El Salvador, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de febrero de 2019.

Corte Suprema De Justicia (Quintana Coello Y Otros) vs. Ecuador, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de agosto de 2013.

Duque vs. Colombia, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de febrero de 2016.

Gangaram Panday vs. Surinam, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de enero de 1994.

Gutiérrez Navas Y Otros vs. Honduras, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de noviembre de 2023.

Lagos del Campo vs. Perú, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2017.

Palamara vs. Chile, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005.

Reverón Trujillo vs. Venezuela, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de junio de 2009.
Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos., 13 de octubre de 2011.

Tribunal Constitucional (Camba Campos Y Otros) vs. Ecuador, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de agosto de 2013.

Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de enero de 2001.

Otras referencias

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) (2025): *Independencia judicial en Centroamérica: un anhelo todavía lejano*, Washington. https://cejil.org/wp-content/uploads/2025/05/informe_independencia_judicial_centroamerica_v193.pdf

Centro de Estudio para la Democracia (2025): *La politización de los nombramientos en el poder judicial y otros desafíos que enfrenta el sistema de justicia en Honduras*. <https://cespad.org.hn/la-politizacion-de-los-nombramientos-en-el-poder-judicial-y-otros-desafios-que-enfrenta-el-sistema-de-justicia-de-honduras/>
Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2024). *Honduras. Situaciones de derechos humanos*, Washington. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/informe-honduras.pdf>

Human Rights Watch (2024): *Independencia judicial y corrupción*. <https://www.hrw.org/world-report/2025/country-chapters/honduras>

Teoría y Realidad Constitucional (2016): Encuesta sobre la independencia del Poder Judicial. *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 15-58. <https://doi.org/10.5944/trc.38.2016.18621>

Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas de Colombia (UAEARI) (2019): *Informe Estadístico y de gestión*, Bogotá. <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/informedegestion2019.pdf>

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>

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 de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en 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. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o 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 con ellos (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. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en *n* partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta *n*; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta *n*, y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos 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 lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores 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.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es. Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: teoriayderecho.tirant.com.

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ²2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011a).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antibambdas y con punto después de la antilambda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista 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. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios) Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho

http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.

CARHUS PLUS : valorada como A

RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).

Incluida en revistas jurídicas interdisciplinarias. La mejor valorada por los expertos

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

CIRC: Calificada como B

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in n sections, from 1 to n ; each subsection can also be divided from 1 to n , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the title, the abstract and the keywords must be include in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: teoriayderecho.tirant.com

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ²2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (" "). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« " " »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler..., preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the quality criteria established by the “Comité 9 CNEAI” (six-year terms) Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal *Teoría & Derecho* has been indexed in February 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.

CARHUS PLUS : Position A

RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)

<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.

ISOC: Abstracts in Law

CIRC: Position B

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

<http://teoriayderecho.tirant.com>

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los principios que siguen.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la

incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

CORRECCIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los editores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección teoria.derecho@uv.es. Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractación o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsibilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit originals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develop the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the reviewers to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the opportunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication from the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email teoria.derecho@uv.es. The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/