



JUSTICIA Y DERECHO

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

Vol. 23, No. 41
enero-junio 2026



TRIBUNAL
SUPREMO
POPULAR
REPÚBLICA DE CUBA

ISSN-e: 3105-1170 / RNPS-e: D-000016

ISSN (impreso): 1810-0171 / RNPS: 0504



Director: Oscar Manuel Silvera Martínez
Coordinadora general: Maricela Sosa Ravelo
Editora principal: Aymee Fernández Toledo
Editoras de sección: Maryla Anna Pérez Bernal
y Yanelis Ponce Téllez
Editora: María de los Ángeles Navarro González
Composición: Idalmis Valdés Herrera

JUSTICIA Y DERECHO

Publicación semestral
Vol. 23, No. 41, enero-junio 2026

ISSN-e: 3105-1170

RNPS-e: D-000016

ISSN (Edición impresa): 1810-0171

RNPS: 0504

TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

Aguilar 367, e/ Obispo y Obrapía,
La Habana Vieja, La Habana, Cuba.

 (53) 786 98839

 <https://revistajd.tsp.gob.cu/index.php/JD>

 revistajd@tsp.gob.cu

Esta obra se publica bajo una licencia
creative commons, de reconocimiento/atribución
no comercial CC-BY-NC 4.0.



ÍNDICE

NOTA EDITORIAL

EN MARCHA Y A BUEN PASO

Moving on step by step

■ OSCAR MANUEL SILVERA MARTÍNEZ	/6
---------------------------------	----

REFLEXIÓN Y SOCIALIZACIÓN

CLAVES ÉTICAS DE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN IBEROAMÉRICA:
INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD E INTEGRIDAD

Ethical Issues of Applying Justice in Ibero-America:

Independence, impartiality and integrity

■ DR. DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS	/9
---------------------------	----

¿INTELIGENCIAS ENFRENTADAS? UNA REFLEXIÓN SOBRE LA JUSTICIA

Conflicting intelligences? A reflection on justice

■ DRA. EMILIA MARÍA SANTANA RAMOS	/41
-----------------------------------	-----

LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA JUSTICIA

The application of the artificial intelligence to Justice

■ DRA. CRISTINA HERMIDA DEL LLANO	/68
-----------------------------------	-----

LAS DECISIONES JUDICIALES EN TIEMPOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Judicial decisions in Artificial Intelligence times

■ DRA. ROSA RODRÍGUEZ BAHAMONDE	/102
---------------------------------	------

DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL
POR HECHOS REALIZADOS POR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Establishment of Criminal Liability for Facts Committed by Artificial Intelligence

■ DR. IGNACIO FRANCISCO BENÍTEZ ORTÚZAR	/128
---	------

LA TUTELA JUDICIAL A GRUPOS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

Judicial protection for vulnerable groups

■ DRA. KARINA CHÁVEZ	/152
----------------------	------

LA TUTELA JUDICIAL ANTE LA VIOLENCIA VICARIA:
MALTRATO INSTITUCIONAL HACIA MADRES E HIJOS/AS

Judicial protection against vicarious violence:

Institutional mistreatment of mothers and childrens

■ DRA. CARMEN DELIA DÍAZ BOLAÑOS	/173
----------------------------------	------

JUSTICIA SOSTENIBLE Y PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA
EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Sustainable justice and positive special prevention in economic criminal law

■ DR. DANIEL MONTESDEOCA RODRÍGUEZ	/202
---	------

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

MATERNIDAD SUBROGADA Y ADOPCIÓN:
IGUALDAD Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A DEBATE

Surrogacy and Adoption: The issues of equality and effective judicial protection

■ DR. FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE	/234
------------------------------------	------

LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL ESTADO DE DERECHO:
PRESUPUESTOS Y CONTROL JURISDICCIONAL

Regulatory Power in the Rule of Law: Foundations and Judicial Oversight

■ M. Sc. YOMAYS OLIVAREZ GAINZA	/257
--	------

ENTORNO

ACCESO A LA JUSTICIA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿LOW COST?

Access to Justice and Artificial Intelligence: A low-cost approach?

■ DR. EDUARDO FERNÁNDEZ MENDÍA	/296
---------------------------------------	------

DERECHOS PROCESALES DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

Procedural rights of older adults

■ DR. LUIS OCTAVIO VADO GRAJALES	
M. Sc. MARTHA LETICIA MERCADO RAMÍREZ	/316

LA FÓRMULA DE RADBRUCH EN LA AUTORIZACIÓN DE LA EUTANASIA

Radbruch's Formula in the authorization of euthanasia

■ LIC. JAIME RENÉ TERUEL HERNÁNDEZ	/336
---	------

NOTA EDITORIAL



EN MARCHA Y A BUEN PASO

MOVING ON STEP BY STEP



Han transcurrido poco más de dos años desde que, con motivo del 50 aniversario del Sistema de Tribunales, *Justicia y Derecho* —veinteañera y emblemática publicación impresa del Tribunal Supremo— debutara en línea. El trayecto recorrido ha sido tan arduo como fascinante. Al día de hoy gratifican la sostenida ampliación de su comunidad científica y el creciente reconocimiento alcanzado en los medios académicos nacional y foráneo.

Con el inicio del año, llega la nueva entrega, dedicada a reflexionar sobre los pilares éticos y los desafíos tecnológicos que definen la impartición de justicia en nuestro tiempo. Este número refleja el compromiso fundacional de servir como puente entre la investigación jurídica y los debates más urgentes que atraviesa la sociedad a escala global, desde un diálogo plural, de alta calidad académica.

La propuesta central de esta edición aborda dos ejes ineludibles para cualquier sistema jurídico contemporáneo que aspire a la legitimidad y la eficacia. Por un lado, se profundiza en las claves éticas de la impartición de justicia: independencia, imparcialidad e integridad, valores sin los cuales cualquier innovación procedimental carecería de sentido; por otro, se aborda, de forma crítica y prospectiva, la creciente intersección entre Derecho e inteligencia artificial, con miras hacia las aplicaciones de esta en la justicia, los riesgos para la equidad procesal y la protección de los derechos, y los profundos interrogantes que plantea en materia de responsabilidad. Estos análisis no solo diagnostican realidades, sino que proponen marcos para una implementación responsable.

Complementan esta visión, estudios que examinan desafíos sociales específicos, desde la protección a grupos en situación de vulnerabilidad y la violencia vicaria, hasta las complejidades jurídicas de la maternidad subrogada y los derechos procesales de las personas adultas mayores. Cada contribución, fruto de la obra de destacados especialistas de distintas latitudes, encarna el firme propósito de internacionalizar el debate y enriquecer el acervo doctrinal común.

Con este número, *Justicia y Derecho* reafirma su camino hacia la indización y el reconocimiento global, con el convencimiento de que el rigor científico y la relevancia temática constituyen los cimientos para posicionarse como una publicación de impacto. Agradecemos a la comunidad de autores, evaluadores y lectores, cuyo compromiso hace posible, cada día, la concreción de anhelos y empeños.

Invitamos a la lectura y el disfrute de estas páginas, concebidas como un foro para pensar, cuestionar y avanzar en la construcción de una justicia más sólida en sus principios, más innovadora en sus herramientas y, sobre todo, más humana en sus fines.



OSCAR MANUEL SILVERA MARTÍNEZ

Director

<https://orcid.org/0009-0009-7361-295X>

oscar@tsp.gog.cu

REFLEXIÓN Y SOCIALIZACIÓN

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN,
ORIGINALES E INÉDITOS, Y OTROS TIPOS
DE COLABORACIONES CIENTÍFICAS

CLAVES ÉTICAS DE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN IBEROAMÉRICA: INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD E INTEGRIDAD

ETHICAL ISSUES OF APPLYING JUSTICE IN IBERO-AMERICA: INDEPENDENCE, IMPARTIALITY AND INTEGRITY

■ **DR. DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS**

Magistrado, España¹

<https://orcid.org/0000-0002-5449-0186>

d.ordonez@poderjudicial.es



Resumen

La Cumbre Judicial Iberoamericana ha acertado al escoger la ética judicial como un ámbito privilegiado de la cooperación internacional porque ha reforzado este mecanismo de legitimación del ejercicio de la función judicial, ha subrayado la importancia de los principios y las virtudes judiciales, y ha impulsado la interpretación institucional de la ética aplicable a los jueces. Con la adopción del «Código iberoamericano de ética judicial» en 2006 se ha facilitado la adopción de códigos éticos allí donde no los había y ha ayudado a vencer las suspicacias hacia este procedimiento de control. La codificación de principios y virtudes ha permitido una mejor sistematización de —y una mayor sensibilidad hacia— aspectos que el más tradicional positivismo había desdeñado, en relación con la independencia de los jueces, como impermeabilización hacia cualquier injerencia externa; la imparcialidad, como manifestación de neutralidad y equidistancia del juez respecto a las partes; o la integridad, cual probidad en la conducta del juez que infunda confianza de los ciudadanos en el poder judicial. La

1 El autor es doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo, España, y licenciado especial en Derecho europeo por la Universidad Libre de Bruselas, Bélgica. En el período 2018-2025 fungió como secretario ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

interpretación institucional es necesaria para mantener los códigos en tanto instrumentos vivos que orientan a los jueces en la resolución de dilemas éticos cotidianos trascendentes en su vida profesional; labor que está siendo desarrollada apropiadamente por la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.

Palabras clave: Ética judicial; tribunales de justicia; independencia; imparcialidad; integridad; Estado de Derecho; Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.

Abstract

The Ibero-American Judicial Summit has been successful in choosing judicial ethics as a privileged area of international cooperation because it has reinforced this mechanism for legitimizing the exercise of the judicial function, has stressed the importance of judicial principles and virtues and has promoted the institutional interpretation of ethics applicable to judges. The Ibero-American Code of Judicial Ethics in 2006 has facilitated the adoption of ethical codes where they did not exist and has helped overcome suspicions towards this control procedure. The codification of principles and virtues has allowed a better systematization and a greater sensitivity towards aspects that the more traditional positivism had disregarded, in relation to the independence of judges, such as imperviousness towards any external interference; with regard to impartiality as a manifestation of neutrality and equidistance of the judge in relation to the parties; or as regards integrity as probity in the conduct of the judge instilling public confidence in the judiciary. Institutional interpretation is necessary to maintain codes as living instruments that guide judges in resolving everyday ethical dilemmas that have significance in their professional lives; This work is being properly developed by the Ibero-American Commission on Judicial Ethics.

Keywords: Judicial Ethics; Courts; Independence; Impartiality; Integrity; Rule of Law; Ibero-American Commission on Judicial Ethics.

Sumario

I. Introducción; II. La ética como mecanismo de legitimación del ejercicio de la función judicial y la Cumbre Judicial Iberoameri-

cana; 2.1. La ética judicial cual medio de control y la resistencia a la adopción de los códigos de conducta; 2.2. La ética judicial y sus efectos en la interpretación del Derecho (sancionador); III. Los principios y las virtudes de la ética judicial: Sistematización en el «Código iberoamericano de ética judicial»; 3.1 Los principios y las virtudes de la profesión del juez; 3.2. La implantación de nuevos códigos y la modificación de los vigentes; IV. La interpretación institucional de los códigos de conducta judicial y la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial; 4.1. La necesidad de la interpretación institucional y sus modelos; 4.2. El acervo ético y su aplicación; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Para las generaciones de juristas formadas durante el siglo xx en el más estricto positivismo jurídico, el ejercicio de la profesión judicial está delimitado por normas jurídicas de la mayor importancia y que se identifican con rapidez: la Constitución y las leyes, cuando se refieren al poder judicial. Difícilmente podía adivinarse que, en el ejercicio de la profesión jurídica, en el que es muy raro utilizar el término o la dimensión moral, a pesar de que sea una cuestión latente en la adopción del Derecho y su aplicación, tendría que hablarse, también, de ética judicial, cuando —como siempre ha sido evidente— hay ámbitos del ejercicio judicial a los que con dificultad llega el Derecho y que, desde luego, no pueden ser obviados (Fuller, 1964).

La evolución política de la sociedad ha exigido, especialmente en lo que va del siglo xxi, una respuesta profesional de los jueces, la cual se ha traducido en la adopción de códigos de conducta o éticos y la generalización de estos, impulsadas por la cooperación internacional. Ello se ha manifestado de manera especial en los «Principios de Bangalore sobre conducta judicial» (2002) y la Convención de Nueva York contra la corrupción (2003), y como consecuencia de la convergencia de las tradiciones del *common law* —tan influido por la proximidad entre el ejercicio de la abogacía y el de la judicatura—, y del *civil law* —en el que se distingue entre el juez como poder del Estado y funcionario especialmente cualificado de este—.

El cambio constatable responde a distintas causas: la influencia y convergencia entre los sistemas jurídicos mencionados, la lucha contra la corrupción en el ámbito internacional y, en fin, las iniciativas

de adopción de códigos de conducta o éticos, respaldados por la Organización de Naciones Unidas (ONU) («Principios de Bangalore sobre conducta judicial», 2002) o desarrollados en otros ámbitos internacionales regionales («Código modelo iberoamericano de ética judicial», 2006) y, desde luego, los adoptados en los distintos países como ha ocurrido con los «Principios de ética judicial de España» (2016) o el «Código de conducta de los jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos» (2023) (Ordóñez, 2022).

El propósito de este trabajo es exponer los más recientes desarrollos de la ética judicial en América y Europa, e ilustrarlos con una experiencia tan novedosa como fructífera, impulsada por la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI), que agrupa 23 países; de ellos tres europeos (España, Portugal y Andorra) y 20 americanos, que se han propuesto cooperar en materia judicial (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela).

En primer lugar, se hará referencia a la justificación y al alcance de la ética judicial, para lo que se tendrá en cuenta la naturaleza del procedimiento de control y la resistencia existente en la adopción de este tipo de mecanismos. La experiencia iberoamericana ha servido para impulsar y, al mismo tiempo, facilitar la aprobación de códigos de ética judicial como acredita la experiencia española, en la que la combinación de la presión europea con la americana permitió que un país especialmente suspicaz hacia tribunales que no sean de justicia asimilara una disposición semejante.

En segundo lugar, se abordarán los principios y las virtudes que constituyen los fundamentos de la ética judicial, en particular, la independencia, la imparcialidad y la integridad; para ello se utilizará su formulación en el «Código iberoamericano de ética judicial» (2006) que, inspirándose en la práctica de 15 países americanos, logró una articulación muy brillante de aquellos(as), los(as) que, a su vez, se han reproducido en nuevos códigos de ética judicial adoptados en países como España o República Dominicana, o asumidos en su literalidad por Uruguay.

Y, en tercer lugar, se expondrá cómo se interpretan y aplican estos códigos de conducta mediante comisiones o comités que elaboran importantes acervos éticos, los cuales contribuyen a que los jueces

resuelvan los dilemas morales a que se enfrentan en el ejercicio de su profesión. La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ) ha desarrollado una intensa labor consistente en crear una «jurisprudencia ética» que pueda ser utilizada y adaptada a los 23 países de la CJI.

II. LA ÉTICA COMO MECANISMO DE LEGITIMACIÓN DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL Y LA CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA

El ejercicio de la función judicial está sometido a control y a un continuo cuestionamiento en la medida en que se trata de un poder del Estado que interviene decisivamente en la vida de los ciudadanos y, aun cuando nadie duda de que la autoridad de los jueces emana del pueblo, por lo general, estos no son elegidos, sino nombrados en atención a su competencia técnica. Por eso, la ética pretende legitimar el ejercicio de la función judicial, pero no deja de ser un procedimiento de control controvertido y al cual los jueces, como instintiva reacción, se resisten.

Como contrapartida, se procura que la ética judicial no interfiera o agrave la aplicación de un procedimiento disciplinario e, incluso, penal, los que actúan como disuasorios de conductas jurídicamente indebidas de los jueces, tipificadas como faltas disciplinarias consistentes en el incumplimiento de los deberes funcionariales más elementales del ejercicio de la función judicial (incompatibilidades, falta de motivación de las resoluciones, ausencia del servicio, retrasos injustificados, etc.), pero también como delitos (prevaricación o cohecho).

Y a esta tarea, de legitimar, pero también de controlar y mejorar el ejercicio de la función judicial, ha dedicado sus esfuerzos la CJI. Cuando se puso en marcha la cooperación internacional en Iberoamérica hubo que buscar ámbitos o materias apropiadas y comunes con las que poder justificar la actuación de este organismo. Las primeras iniciativas cristalizaron en el «Estatuto del juez iberoamericano» (2001) y la «Carta de derechos de las personas ante la justicia en el espacio judicial iberoamericano» (2002). En 2004, en la Declaración de Copán (San Salvador), la CJI se propuso «impulsar la elaboración de un «Código modelo iberoamericano de ética judicial» (Castro, 2019, p. 14).

Los trabajos realizados en el seno de la Cumbre en 2005 y 2006, con el apoyo técnico de los dos relatores, el juez argentino Rodolfo L. Vigo y el profesor español Manuel Atienza, permitieron finalmente la adopción del «Código iberoamericano de ética judicial», en Santo Domingo, República Dominicana, el 22 de junio de 2006.

La inspiración de los autores del Código resulta manifiesta: los «Principios de Bangalore sobre conducta judicial» (2002) y los 22 códigos de conducta vigentes en ese momento en 15 países de América Latina.

Hasta ahora, este Código ha sido modificado en dos ocasiones: en Santiago (Chile, 2014), con el fin de introducir reformas procedimentales (los legitimados para consultar a la Comisión); y en Lima (Perú, 2023), donde se añadieron regulaciones sustantivas sobre género y nuevas tecnologías.

El Código se ha mantenido vivo desde 2006 por el empeño y la regularidad en el funcionamiento de la CIEJ (2025).

2.1. LA ÉTICA JUDICIAL COMO MECANISMO DE CONTROL Y LA RESISTENCIA A LA ADOPCIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

Si bien la ética judicial es un mecanismo legitimador de los jueces, no deja de ser un procedimiento de control. Esto ha determinado la resistencia de los jueces a la adopción de códigos de conducta en los distintos países.

Los códigos éticos o de conducta judicial tienen su origen en la tradición anglosajona debido a que la selección de los jueces se hace entre abogados experimentados. En países como los Estados Unidos de América el régimen profesional de los abogados se ha terminado aplicando, *mutatis mutandis*, a los jueces, que no dejan de ser unos abogados cuya carrera profesional culmina con el ejercicio de las funciones judiciales.

En 1909, la corporación norteamericana *American Bar Association* [(ABA), en español Asociación de Abogados Estadounidenses] aprobó los *Canons of Professional Ethics*, aplicables a los abogados. No obstante, el escándalo de un famoso juez, K. M. Landis, quien trató de compatibilizar su cargo con el de comisionado de béisbol (el sueldo anual como juez federal era de 7500 dólares a los que pretendía

añadir los 42500 dólares como comisionado deportivo), terminó con la dimisión del juez federal en cuestión en 1922 y propició que dos años después la ABA, a la vista de un informe elaborado por un comité presidido por el presidente del Tribunal Supremo, extendiese aquellos cánones, que constituyen el origen y la base del sistema ético aplicable a los jueces federales estadounidenses. Cuando se publicó el proyecto «Final Report and Proposed Canons of Judicial Ethics» (1923), el presidente del Tribunal Supremo, William Howard Taft, en calidad de presidente del Comité de Ética Judicial de la ABA recordaba:

El código, sin embargo, no pretende tener fuerza jurídica, es una declaración de estándares, anunciado como una guía y un recordatorio para la judicatura y para la ilustración de otros, en lo que se refiere a lo que la asociación colegial espera de aquellos de sus asociados que asuman la función judicial. (1923, p. 449)

En nuestros días, el sistema estadounidense de ética judicial está proclamado en el *Code of Conduct for United States Judges*, adoptado por la Conferencia Judicial de los Estados Unidos el 5 de abril de 1973, a propuesta de un comité conjunto integrado por jueces y abogados, y que, después de sucesivas reformas, se aplica a todos los jueces federales. La interpretación de este Código se encomienda a un *Committee on Codes of Conduct* de la misma Conferencia Judicial, el que interviene a requerimiento de los jueces, y ha publicado y sistematizado sus dictámenes.

El último hito de esta experiencia típicamente anglosajona ha sido la adopción, el 13 de noviembre de 2023, por los nueve jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de su propio Código de conducta, que, en realidad, tal como se confiesa, pretende ser una adaptación del de los jueces federales (Ordóñez, 2024).

En cambio, en la tradición del *civil law*, las carreras profesionales de jueces y abogados son sensiblemente diferentes y no existe esa comunicación de valores y procedimientos entre ambas profesiones tan propia de los países del *common law*. Solo cuando se empezó a generalizar la adopción de códigos de conducta para funcionarios o servidores públicos, especialmente a raíz del *Informe Nolan*, dirigido al Parlamento británico (Nolan Committee, 1995), se consideró apropiada su adopción por los jueces.

Un hito importante en esta evolución fue la firma, en 2003, de la Convención de Nueva York de lucha contra la corrupción y, en particular, su Artículo 11.1 conforme con el cual:

Teniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial. (ONU, 2004, p. 14)

En el *Comentario* oficial a dicho instrumento se hace una remisión expresa a «las orientaciones existentes, incluidos los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial de 2002».

En la cooperación internacional regional, tanto Europa como América atendieron tales requerimientos convencionales. Así, en el primero de esos espacios geográficos, la creación del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) permitió la adopción de un Plan para los jueces del continente, en el que se incluían las prioridades a la hora de hacer los dictámenes sobre los derechos y las responsabilidades de los jueces, su conducta profesional y ética (2001).

De hecho, en los 27 dictámenes adoptados hasta ahora, el CCJE ha dedicado sus esfuerzos a la dimensión ética del ejercicio de la función judicial, en particular el Dictamen N.º 3 (2002), sobre ética y responsabilidad de los jueces. En el dictamen relativo a la prevención de la corrupción, el propio CCJE considera vital la promoción de una verdadera cultura de integridad en el ámbito judicial y la formación adecuada en comportamiento ético.

El Consejo de Europa ha resumido todos sus esfuerzos a partir de 2010 y ha propuesto la adopción de códigos éticos, interpretados por comisiones o comités, y en los que se distinga lo disciplinario de lo meramente ético.

En América, el esfuerzo de la CJI dio sus frutos con la adopción del «Código iberoamericano de ética judicial» en 2006 y la puesta en marcha de la CIEJ el 1.º de septiembre del propio año.

Independientemente de las tradiciones jurídicas, la nota común ha sido cierta resistencia a la introducción de los nuevos códigos de conducta, tal como se refleja en la experiencia española o, de manera manifiesta, en la del propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Un resultado claro de los efectos conjuntos del Consejo de Europa y de la CJI fue la adopción en 2016 del código de ética judicial de los jueces españoles, denominado *Principios de ética judicial*.

Desde 2005, España había promovido en la CJI la cooperación en materia de ética judicial sin que hubiera visos de que pretendiese incorporar su propio código para los jueces españoles. De hecho, la Constitución de 1978 tiene un Artículo 26 en virtud del cual «se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales» (2018, p. 29). La suspicacia hacia este tipo de tribunales no judiciales creció precisamente como consecuencia de su uso ideológico, en especial, durante la dictadura franquista, hasta el punto de que hoy en día los tribunales de honor han sido erradicados, también, del ámbito militar [Tribunal Constitucional (Sección Segunda), Sentencia n.º 151/1997, de 29 de septiembre de 1997, ponente: Viver Pi-Sunyer (sanción impuesta por tribunal de honor militar)].

En 2013, el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) recomendó que España adoptara un código ético para los jueces nacionales. Finalmente, la presión de los sucesivos informes del organismo comunitario determinó que, en 2016, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) asumiese, primero en febrero, el Código iberoamericano y, en diciembre, los «Principios de ética judicial».

En el caso estadounidense, su Tribunal Supremo, inmerso en numerosos casos de corruptelas, y presionado por la mejor prensa y el Comité para Asuntos Judiciales del Senado, intentó resolver la cuestión con una mera declaración que hizo pública en abril de 2023; sin embargo, en noviembre se vio obligado a adoptar su propio Código de conducta y publicarlo (Andruet, 2024a y 2024b).

En este Código de conducta, el Tribunal Supremo se disculpaba y decía, expresamente, que quería deshacer el malentendido de que, como no había código aplicable al Tribunal Supremo, sus miembros no estaban sometidos a norma ética alguna.

2.2. LA ÉTICA JUDICIAL Y SUS EFECTOS EN LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO (SANCIONADOR)

El punto de fricción en la adopción de códigos de ética judicial radica en saber cuál será la intensidad del control, en particular, si este reforzará el régimen sancionador disciplinario aplicable a los jueces.

La aplicación de la ética en los distintos países permite distinguir entre varios modelos (el disciplinario, el mixto centralizado y el formalmente dual) (Steidel, 2019) o, por tener en cuenta una perspectiva evolutiva, varias etapas (tradicional, de transición y dual) (XVI Dictamen de la CIEJ, 2021).

En la primera de ellas, tradicional, se prescindía de las consideraciones éticas relacionadas con el ejercicio de la función judicial porque en el más estricto positivismo su estatuto estaría sometido, únicamente, a un marco jurídico; en la segunda, de transición, se produce una confusión entre lo jurídico y lo ético. En ese caso, los detractores o quienes se resisten al cambio temen el empeoramiento del estatuto del juez, asediado por un control que resultaría asfixiante; y en la tercera, dual, se distingue claramente entre lo jurídico y lo ético, sin confusión alguna, lo que determina la existencia de un código de conducta y la aplicación por un comité o una comisión que adopta resoluciones no vinculantes y con consecuencias éticas *stricto sensu*, sin ninguna relevancia jurídica.

La CIEJ (2022) parece apostar, matizadamente, por este modelo cuando señala:

Se puede considerar que el modelo tradicional resulta insuficiente al estimar irrelevante la cuestión ética y el de transición deriva en imperfecto por mezclar responsabilidades jurídicas y éticas. Por ello, el dual se impondría como el mejor modelo al que una sociedad democrática debería aspirar. (p. 28)

La misma opción es asumida por el CCJE que concluye: «Las normas éticas deben distinguirse claramente en Derecho de las conductas indebidas que justifican sanciones disciplinarias» [Dictamen n.º 27, sobre la responsabilidad disciplinaria de los jueces (2024, p. 8)].

Precisamente, y como una concesión a la resistencia de los jueces, incluidos los de los más altos tribunales, en adoptar códigos de conducta, se ha delimitado lo ético y lo jurídico de modo estricto, para

blindar cualquier intento de agravar el derecho disciplinario aplicable a los jueces.

Esto es muy evidente en el caso de los «Principios de ética judicial» de los jueces españoles, en cuyo preámbulo se asegura: «Nada tiene que ver el régimen disciplinario con la ética judicial» (CGPJ, 2016, p. 1), y en la parte dispositiva, referida a la Comisión de Ética Judicial, el Artículo 1.2 prevé:

La actuación de la Comisión no puede interferir en el ejercicio de la potestad disciplinaria ni inmiscuirse en la determinación de la responsabilidad civil o penal de los jueces y juezas. Tampoco la actividad de la Comisión servirá de referencia o complemento en las actuaciones tendentes a dirimir responsabilidades civiles, penales o disciplinarias, salvo que redunde en beneficio del interesado. (CGPJ, 2016, p. 7)

Ahora bien, esta neta separación entre lo jurídico y lo ético no es exactamente así en la medida en que el propio derecho disciplinario aplicable a los jueces se funda en una determinada moralidad que, abierta o encubiertamente, se aplica en la interpretación que hagan los jueces de las normas sancionadoras. Pero, desde luego, la separación entre ambos aspectos debe mantenerse en el ámbito disciplinario con el fin de respetar el principio de legalidad sancionadora, pero solo cuando el efecto sea agravatorio, no en los supuestos en que la aplicación de la perspectiva ética mitigue el efecto del derecho disciplinario.

Esto tampoco impide una juridificación de lo ético o, incluso, una moralización de lo jurídico de modo que, como consecuencia de los desarrollos éticos, por ejemplo, en relación con el uso de redes sociales, terminen adoptándose nuevos tipos disciplinarios que, como es obvio, deberán introducirse mediante la correspondiente reforma legislativa; y, a la inversa, que como consecuencia de la evolución social, lo que se tipificaba como infracción disciplinaria pierda fuerza normativa y descienda, si acaso, a norma ética o, más bien, sea irrelevante jurídica y moralmente.

En otros ámbitos, sin embargo, no es posible impedir que la nueva interpretación ética termine afectando la solución jurídica que deba darse. Así ocurre, por ejemplo, en materia de abstenciones y recusaciones, o en la compatibilidad de actividades no jurisdiccionales

para las que el juez debe obtener autorización, en particular, las docentes y de investigación.

Sobre este particular, no hay duda de que, por una parte, la interpretación ética ha terminado ensanchando las causas de inhibición de los jueces y, por la otra, la interpretación jurídica ha aceptado nuevas causas de abstención y de recusación no recogidas nominalmente.

En España, por ejemplo, ya empieza a ser habitual en los supuestos de abstención o recusación, tener en cuenta la dimensión ética que el Tribunal Supremo explica así:

Como han destacado múltiples instancias e instrumentos nacionales e internacionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia Judicial, Principios de Bangalore sobre Conducta Judicial, Código Iberoamericano de Ética Judicial y Principios de Ética Judicial de España) los jueces no solo deben satisfacer criterios objetivos de imparcialidad, sino que, además, debe de verse que son imparciales. (Tribunal Supremo de España, 2022, p. 3)

Del mismo modo, en lo que se refiere a la armonización por el juez de su función profesional con actividades extrajudiciales, la interpretación ética determina en gran medida una mayor o menor laxitud a la hora de adoptar decisiones jurídicas sobre compatibilidad o incompatibilidad (Tribunal Supremo de España, 2013).

En cambio, en aquellos supuestos en que los dilemas éticos estén resueltos jurídicamente en el ordenamiento de un Estado miembro de la CJI y, por tanto, parte en el «Código iberoamericano de ética judicial», el eventual dictamen de la CIEJ no le resultaría aplicable, especialmente, si fuese contrario a la solución jurídica.

Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, cuando la CIEJ emitió el Tercer dictamen, de 10 de noviembre de 2016, sobre la integración de tribunales u otro tipo de órganos para dilucidar conflictos en organizaciones como la FIFA o sus federaciones asociadas, a requerimiento de la Suprema Corte de Uruguay y del que fuera ponente Fernando Castro Caballero, y en España la cuestión planteada ya había sido resuelta por la jurisprudencia:

En un asunto que finalmente resolvió el Tribunal Supremo español en su sentencia de 31 de marzo de 2011 (recurso

n.º 123/2010, ES:TS:2011:2111, ponente: Conde Martín de Hijas) se confirma la decisión administrativa de denegar la solicitud de compatibilidad presentada por un magistrado en ejercicio de Barcelona que deseaba ejercer el cargo de vocal de Comité de Apelación de Real Federación de Fútbol por considerar que tal actividad suponía un ejercicio de una jurisdicción ajena al Poder Judicial y que, a su vez, esta justicia deportiva tenía unas funciones de naturaleza jurídico-pública que determinaban la incompatibilidad con el ejercicio de la función jurisdiccional ordinaria. (CIEJ, 2016, p. 2)

El dictamen concluye:

La participación de jueces o magistrados activos en órganos jurisdiccionales de asociaciones deportivas privadas del fútbol constituye una incompatibilidad ética que desconoce los mandatos axiológicos contenidos en el Código Modelo de Ética Judicial y el Estatuto del Juez Iberoamericano o cuando menos implica incursionar en situaciones en que la infracción a sus normas se hace probable o inevitable. (CIEJ, 2016, p. 24)

III. LOS PRINCIPIOS Y LAS VIRTUDES DE LA ÉTICA JUDICIAL: SISTEMATIZACIÓN EN EL «CÓDIGO IBEROAMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL»

La sistematización de los principios y las virtudes que constituyen el núcleo de la ética profesional en la vida pública la llevó a cabo el *Comité Nolan* (1995) que consagró estos siete principios: *selflessness, integrity, objectivity, accountability, openness, honesty y leadership*; cuyos equivalentes en español, dado su contenido, serían imparcialidad, integridad, objetividad, responsabilidad, transparencia, lealtad y ejemplaridad. Ahora bien, los principios y las virtudes para el ejercicio de la profesión de juez tienen que adaptarse y lo pueden hacer en torno a la independencia, imparcialidad e integridad (Sancho, 2022).

El «Código iberoamericano...» ha tenido el acierto de reproducir los anteriores principios, pero, al mismo tiempo, ha profundizado en otros y, particularmente, en algunas virtudes propias de los jueces (Castro, 2019).

Desde 2006, la aprobación del Código ha servido para impulsar la adopción de códigos de ética judicial de Iberoamérica donde no los había, especialmente en República Dominicana, Uruguay, España, Portugal y Andorra, y ha sido fuente de inspiración para reformar los ya vigentes en 2006 (Roos y Woischnsnik, 2005).

3.1. LOS PRINCIPIOS Y LAS VIRTUDES DE LA PROFESIÓN DEL JUEZ

La independencia, la imparcialidad y la integridad de los jueces son principios que están recogidos expresamente o se sobreentienden en el diseño constitucional del Estado contemporáneo.

La independencia de los jueces deriva directamente del principio de Estado de Derecho y de la separación de poderes que, en nuestros días, particularmente en Europa, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vinculan al derecho fundamental de los ciudadanos a un juicio justo (Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y a la tutela judicial efectiva (Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

En la referida jurisprudencia, probablemente, la nota definitoria de la independencia sea esta:

Las garantías de independencia e imparcialidad exigidas por el Derecho de la Unión postulan la existencia de normas que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a la neutralidad de este ante los intereses en litigio. (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2023, s. p.)

En el Código iberoamericano la independencia tiene una amplia regulación ética y su manifestación más acabada se recoge en el Artículo 3 conforme al cual: «El juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias —directas o indirectas— de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial».

Se trata, en definitiva, de reforzar la impermeabilidad de los jueces a elementos externos.

La imparcialidad es un presupuesto esencial del proceso judicial. Todos los tribunales aplican un procedimiento específico que obliga a la abstención o que permite la recusación de los jueces que no cumplan el requisito de ser y de parecer imparciales.

En este caso, existe un amplio grado de uniformidad en la garantía de este principio básico del procedimiento judicial. A tal efecto, también la jurisprudencia europea resulta particularmente sensible a este principio que considera el aspecto interno de la independencia y que ha descrito como «la equidistancia que deben mantener los jueces en relación con las partes en el litigio y sus respectivos intereses» (Tribunal de Justicia Unión Europea, 2023).

También, el «Código iberoamericano...» dedica nueve artículos a reforzar la neutralidad y la objetividad en el ejercicio de la función judicial de modo que, como dispone el Artículo 10, el juez imparcial debe «mantener a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados» y debe evitar «todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio» (CIEJ, 2006, p. 24).

En fin, la integridad es un principio y una cualidad de los jueces que renvía a la definición de íntegro que hace el *Diccionario de la lengua española*: «Dicho de una persona: Recta, proba, intachable» (Real Academia Española, 2024, s. p.). Es lo que la Constitución de los Estados Unidos (1787) recoge en una frase muy elocuente: «Los jueces continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta» (2020, p. 9). En los mismos términos se copió en la Constitución argentina (1853), cuyo Artículo 93 disponía: «Los jueces conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta [...]»; así lo recoge, en esencia, el Artículo 110 de la vigente Constitución de esa nación (s. p.).

Los Principios de Bangalore señalan, en su apartado 3.2: «El comportamiento y la conducta de un juez deberán reafirmar la confianza del público en la integridad de la judicatura. No solo debe impartirse justicia; también ha de verse cómo se imparte» (ONU, 2019, p. 12).

El «Código iberoamericano de ética judicial» sigue el mismo criterio a la hora de pronunciarse sobre la integridad como conducta fuera del ámbito judicial y que exige, por una parte, que «el juez íntegro debe comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función» (Artículo 54);

y, por la otra, recuerda: «El juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos» (Artículo 55) (Castro, 2019, p. 28).

Además, el Código iberoamericano dedica una atención especial a cuatro virtudes tradicionales como son la prudencia, la diligencia, la honestidad y la cortesía, a la vez que se ocupa de aspectos de la función judicial como la motivación de las decisiones judiciales, la justicia y la equidad, la responsabilidad institucional, la transparencia y el secreto profesional; en fin, la reforma de 2023 lo actualiza y añade dos nuevas perspectivas que en 2006 no estaban suficientemente maduras: la igualdad de género y las nuevas tecnologías.

Uno de los trabajos más importantes de la CIEJ es el Vigésimo dictamen, de 12 de septiembre de 2022, sobre la dimensión ética de la incorporación de la perspectiva de género en los sistemas judiciales de la región iberoamericana, con ponencia de la comisionada Farah M. Saucedo Pérez.

Sobre las virtudes tradicionalmente predicadas de los jueces no hace falta insistir en la importancia de la prudencia y del acierto con que se aborda su plasmación por el Código que, de manera lapidaria, en el Artículo 8 proclama: «El juez debe ejercer con moderación y prudencia el poder que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional» (Castro, 2019, p. 23); mientras que en el 72 dice: «El juicio prudente exige al juez capacidad de comprensión y esfuerzo por ser objetivo» (Castro, 2019, p. 30).

En el caso de la diligencia, antídoto para el mal de las dilaciones que aquejan la justicia, el Código acierta en los remedios: la compatibilidad de todas las actividades extrajudiciales y el control necesario de la actuación judicial. El Artículo 77 proclama: «El juez no debe contraer obligaciones que perturben o impidan el cumplimiento apropiado de sus funciones específicas» (Castro, 2019, p. 30), mientras el 78 aconseja: «El juez debe tener una actitud positiva hacia los sistemas de evaluación de su desempeño» (Castro, 2019, p. 30).

3.2. LA IMPLANTACIÓN DE NUEVOS CÓDIGOS Y LA MODIFICACIÓN DE LOS VIGENTES

La finalidad del «Código iberoamericano de ética judicial» es servir de modelo para su generalización en la región y también como marco de la interpretación que se encomienda a la CIEJ.

Si en 2005 había 15 países de los que integraban la CJJ donde todos o algunos de sus jueces contaban con códigos de conducta o de ética, 20 años después también lo han adoptado países como Uruguay (2010), España (2016), República Dominicana (2009 y 2021) y Andorra (2024). También se ha tenido en cuenta el Código iberoamericano al adoptar el Código de Ética Judicial de la provincia argentina de Tierra de Fuego (2019).

En unos casos se han adoptado plenamente los principios y las virtudes consagrados(as) por el Código iberoamericano. Tal fue la remisión a la parte dogmática, de principios, que hizo la Suprema Corte de Justicia del Uruguay y que reprodujo los 83 primeros artículos de aquel catálogo axiológico. Una técnica similar fue llevada a cabo en 2019 por la Provincia de Tierra de Fuego, en Argentina, que incorporó el Código iberoamericano en su integridad para aplicarlo a sus jueces.

En España, bajo el apremio del Consejo de Europa para que contase con una disposición ética, el 25 de febrero de 2016 el pleno del Consejo General del Poder Judicial adoptó provisionalmente el Código iberoamericano, y el 20 de diciembre, asumió ya su propio código titulado «Principios de ética judicial».

El código hispano reconoce expresamente el iberoamericano y tanto su parte dogmática como la orgánica tienen una impronta manifiesta de este.

República Dominicana cuenta, desde 2009, con un sistema de integridad judicial que ha sido reformado en profundidad en 2021 al aprobarse el «Código de comportamiento ético del Poder Judicial», aplicable no solo a los jueces, sino también a los servidores judiciales. La reforma dominicana se inspira expresamente en los Principios de Bangalore y el «Código iberoamericano de ética judicial».

Andorra cuenta con una «Recopilación» de deberes deontológicos y un «Reglamento del Código ético de conducta judicial» —adoptado y reformado en 2024— que tiene como fuente de inspiración la experiencia española y, por tanto, el «Código iberoamericano de ética judicial».

En suma, se observan efectos especialmente benéficos de la existencia de esta disposición que ha servido para estimular la aplicación e interpretación de principios y reglas morales allí donde se había implantado un sistema de ética judicial, pero, sobre todo, donde no

había habido experiencias anteriores, como revelan, sin duda, los casos de España, República Dominicana, Andorra, Portugal y Uruguay.

IV. LA INTERPRETACIÓN INSTITUCIONAL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA JUDICIAL Y LA COMISIÓN IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL

En casi todos los sistemas de ética judicial se reconoce la importancia de la interpretación de los principios y las virtudes que consagran los códigos y la necesidad de plantear los dilemas a los que se enfrentan, cotidianamente, los jueces y resolverlos.

Por esa razón, resulta esencial que dichos textos establezcan un modelo hermenéutico institucional, generalmente un comité o una comisión integrado(a) por jueces y, a veces, otros profesionales afines, cuya misión sea la de dilucidar las dudas éticas que se le planteen.

La experiencia en la interpretación del «Código iberoamericano de ética judicial» es particularmente instructiva en la medida en que creó una Comisión, integrada por 10 miembros de origen judicial, que han emitido numerosos dictámenes sobre las más diversas cuestiones (Montero y Andruet, 2023).

Enseguida se expondrán, en primer lugar, los modelos de comités de ética judicial, los que se distinguen por su composición, pero también por el desempeño de funciones según las vías de acceso; y, luego, el acervo ético, es decir, las fuentes que utilizan estos órganos a la hora de argumentar sus dictámenes.

4.1. LA NECESIDAD DE LA INTERPRETACIÓN INSTITUCIONAL Y SUS MODELOS

Para mantener los códigos éticos como verdaderos «instrumentos vivos» es necesario que sean interpretados reiteradamente; de manera especial, la fuerza de esa glosa, tratándose de ordenamientos morales, depende de la *auctoritas* de quienes integran el *corpus* al que se confía tal misión.

Los modelos más extendidos de comisiones éticas se basan en una composición total o mayoritariamente judicial de sus miembros, los que son elegidos bien por un órgano del Poder Judicial, sea el Tribu-

nal Supremo o el Consejo de la Judicatura, o bien de modo directo por los jueces.

El Artículo 84 del «Código iberoamericano de ética judicial» establece la composición de la Comisión, la cual cuenta con nueve integrantes y un secretario ejecutivo, procedentes de «la magistratura, la abogacía o la actividad académica y [deben] estar en activo o jubilados», a tono con el Artículo 86 (Castro, 2019, pp. 31-32). La elección de estos compete a la Asamblea plenaria de la CJI. Desde la creación de la CIEJ (2006), la mayoría de sus miembros han sido magistrados.

La Comisión de Ética Judicial de España, cuya estructura y funcionamiento se inspiran, en gran medida, en la CIEJ, cuenta con siete miembros: seis de origen judicial y uno académico. Entre los primeros, uno pertenece a la categoría de juez (los más jóvenes integrantes de la carrera judicial, que no representan más del 9 %), tres magistrados (la categoría con mayor número de personas en la judicatura española, que supone aproximadamente el 88 % de esta) y dos magistrados del Tribunal Supremo (1,5 % de toda la carrera judicial), elegidos mediante el voto electrónico directo de los jueces españoles en activo. Los seis miembros de origen judicial seleccionan, a su vez, al académico, persona de reconocido prestigio en materia de Ética, Filosofía del Derecho o Filosofía Moral.

Un controvertido Proyecto de Ley Orgánica para la ampliación de las carreras judicial y fiscal, y su fortalecimiento, por la que se modificarían la Ley Orgánica 6/1985, de 1.º de julio, del Poder Judicial, y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, (121/000059), presentado por el Gobierno español al Parlamento nacional el 16 de mayo de 2025, propuso que la Comisión tuviera nueve miembros, de los cuales cuatro serían elegidos por el Parlamento nacional (dos por cada Cámara):

tras los primeros años de funcionamiento de la Comisión de Ética del Consejo General del Poder Judicial, se considera conveniente ampliar su composición, incluyendo nuevos miembros de procedencia no judicial, que sean especialistas y expertos en ética; de modo que enriquezcan desde una perspectiva diferente la pluralidad de planteamientos que emanen de la misma [sic] (nuevo artículo 433ter LOPJ). (Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 2025, p. 4)

El modo de preguntar o acceder a las comisiones o comités de ética es esencial para apreciar su desarrollo. En el Código iberoamericano el acceso a la CIEJ se restringió, en un principio, a los miembros y los órganos de la Cumbre; sin embargo, la primera modificación, introducida en 2014, amplió la legitimación activa a la iniciativa de la propia Comisión; en 2023 se intentó, pero sin éxito, que cualquier juez iberoamericano pudiese consultarla.

En estos momentos, tienen legitimación para acudir a la CIEJ, únicamente, los órganos que integran la CJI, las Cortes Supremas y los Consejos de la Judicatura, los órganos de la Cumbre Judicial y la propia Comisión o sus miembros.

Hasta la reforma del Código en 2014 (Santiago, Chile), solo cabía la consulta por los órganos integrantes de la CJI o los órganos de la Cumbre. A partir de entonces se previó que la propia CIEJ o sus miembros pudiesen formular consultas y esto ha constituido la clave de una actividad especialmente intensa desde ese momento.

En su dictamen de febrero de 2023, la CIEJ le propuso a la CJI ampliar la legitimación a los jueces, las asociaciones profesionales judiciales y las comisiones o los comités de ética judicial y, al mismo tiempo, exigió que la solicitud de dictamen fuera apoyada o reformulada, expresamente, al menos, por dos miembros de la Comisión, a cuyo efecto se añadiría un nuevo párrafo al Artículo 92 del Código. Sin embargo, en la Asamblea Plenaria, celebrada en Lima, no se acogió esta propuesta.

En cambio, la Comisión de Ética Judicial de España establece acceso a las consultas sobre casos concretos de los jueces en activo, las Salas de Gobierno de los Tribunales, las Juntas de Jueces y las asociaciones judiciales. La Comisión Española ha interpretado restrictivamente el asunto al limitarlo solo al planteamiento de cuestiones o dilemas éticos que afecten al juez que eleva la consulta, sin que pueda referirse a situaciones de terceros.

Resulta claro que la composición, la elección de los miembros y la determinación de quiénes están autorizados para acceder a las comisiones o los comités de ética constituyen la clave del éxito o fracaso de la interpretación institucional, pero también afectan, en gran medida, el tipo de cuestiones que se plantean y de respuestas que vaya dando la institución encargada de la interpretación ética.

4.2. EL ACERVO ÉTICO Y SU APLICACIÓN

A diferencia de lo que ocurre en la aplicación del Derecho, en la que el ordenamiento jurídico resulta identificable con facilidad y cuenta con unas fuentes bien definidas como la constitución y las leyes, en el caso del ordenamiento ético el único texto con el que se cuenta es el código de conducta que, tal como hemos visto, enuncia principios muy generales y consagra virtudes cuya comprensión e interpretación no siempre son fáciles.

Resulta importante determinar el acervo ético aplicable a los jueces, como revela la experiencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, al adoptar el Código de 2023. El alto foro intenta resolver esta cuestión con una puntualización de gran interés: antes de aprobarlo, ya existían reglas y principios éticos:

La mayoría de estas reglas y principios no son nuevos. El Tribunal Supremo ha tenido desde hace tiempo el equivalente de las reglas éticas del *common law*, esto es, un cuerpo de reglas que derivan de una variedad de fuentes, incluidas las previsiones legislativas, el código que se aplica a otros miembros de la justicia federal, los dictámenes consultivos sobre ética adoptados por el Comité sobre Códigos de Conducta de la Conferencia Judicial y la tradición histórica. (Supreme Court of the United States, 2023, p. 1)

A la vista de la experiencia de las distintas comisiones, por ejemplo, la española y la iberoamericana, el acervo axiológico está integrado, en primer lugar, por el propio código ético; en segundo orden, por los principios y las reglas existentes en los espacios fronterizos del estatuto del juez tal como se han interpretado por la jurisprudencia, especialmente por los tribunales internacionales y supranacionales en materia de derechos humanos de Europa y América; en tercer puesto, por los dictámenes adoptados y demás documentos producidos por la propia comisión o comité de ética en los términos que refleja la experiencia personal —habitualmente, como jueces— de los integrantes de tales comisiones y comités, en lo que podría denominarse «jurisprudencia ética»; y, en fin, por la ética comparada de otros códigos y jurisprudencia, generada por diversas comisiones y comités de ética judicial (Montero y Andruet, 2023).

El texto del Código ético es determinante del acervo ético y de su interpretación. En el caso del «Código iberoamericano de ética judicial» se trata de un texto de una gran solvencia técnica, que se expresa con un lenguaje especialmente cuidado y se inspira en las tradiciones éticas comparadas; la universal, los Principios de Bangalore; y la regional, los 22 códigos de América Latina que se tuvieron en cuenta para su adopción

El ordenamiento ético que genera el espacio fronterizo exterior al estatuto constitucional y legal del juez es especialmente productivo, en particular, si se tiene en cuenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales y supranacionales, como es el caso en Europa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y en América, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Solo de este modo y acudiendo a su delimitación tiene sentido determinar el alcance tanto jurídico como ético de los principios de independencia e imparcialidad, entre otros. En numerosos supuestos es preciso saber si una situación está regida por el Derecho, en cuyo caso, no procede la interpretación ética o, al menos, esta no puede ser contraria a la solución jurídica dada. Para conocer este espacio fronterizo será de especial relevancia manejar la jurisprudencia internacional y supranacional, especialmente de los Tribunales europeos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los antecedentes de cada comisión o comité de ética, lo que podría denominarse «jurisprudencia ética», han ido engrosando el acervo axiológico con las experiencias personales de sus miembros, en su mayoría con una reconocida y dilatada experiencia judicial.

Se suman al reservorio moral que utilizan los comités y las comisiones de ética judicial los otros códigos éticos y los dictámenes emitidos por otras comisiones de ética que pueden ayudar a encontrar la solución al dilema planteado («ética comparada»).

En la interpretación de este acervo resulta muy interesante la experiencia de la CIEJ, a partir del «Código iberoamericano de ética judicial» y nutrida por una composición internacional muy enriquecedora —10 miembros de los 23 países que integran de la CJI y con una procedencia judicial inevitablemente americana y europea—.

En los dictámenes de la CIEJ se aprecia un proceso recíproco de americanización de la perspectiva europea y europeización de la perspectiva americana, algo similar a la convergencia que se está produciendo entre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica (Groppi y Lecis, 2014).

La interacción entre lo jurídico y lo ético puede inducir a confusión. De hecho, en algunos ámbitos como el disciplinario o el penal está vedada la utilización peyorativa de las previsiones éticas. Ahora bien, poco a poco, los tribunales han perdido el miedo a citar las disposiciones éticas, aun cuando sea a mero título argumentativo. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España ha tenido en cuenta esta dimensión solo muy recientemente y en relación con las causas de abstención y recusación de los jueces. También, la ha aplicado en materia de libertad de expresión, a propósito de la actuación de un presidente de un Tribunal Superior de Justicia regional con motivo del denominado *procés* de independencia de Cataluña (Sentencia 25, de 23 de febrero de 2022, dictada por el Pleno):

En el ejercicio de esa función no jurisdiccional, se puede entender como razonable que se pronuncie sobre aspectos elementales del ordenamiento jurídico, que es la base del Estado de Derecho sobre el que se asienta el principio de la independencia judicial. Este tipo de declaraciones podrían considerarse, sin dificultad alguna, como una manifestación de la «función pedagógica de explicación de la ley», admitida y promovida en el apartado 20 de los Principios de Ética Judicial, aprobados por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 16 de diciembre de 2016. Estos principios se encuentran alineados con otros protocolos internacionales como los Principios de Bangalore (2001), en el marco de Naciones Unidas, continuado con el dictamen del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa sobre la ética y la responsabilidad de los jueces (2002), el Código Modelo Iberoamericano de ética judicial (2006), adoptado por la Cumbre Judicial Iberoamericana, al que se adhirió el Consejo General del Poder Judicial por acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2016, y la Declaración de Londres sobre la deontología de los jueces (2010), promovida por la Red Europea de Consejos de Justicia. Finalmente, la Recomendación

R (2010)12, de 17 de noviembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa exhorta a los Estados miembros a aprobar un código de ética judicial. (pp. 39983-39984)

Asimismo, el Tribunal Supremo de España ha defendido la autonomía e independencia de los miembros de la Comisión de Ética Judicial de ese país y se ha referido al régimen de inhibición de los jueces invocando la dimensión ética. En el auto de 29 de abril de 2019, dictado por el Pleno de la Sala Tercera, el máximo foro rechaza que la participación de una magistrada de este órgano en el Comité de Ética Judicial, de la que era su presidenta, la descalifique porque

esa concurrencia de intereses tampoco resulta del hecho de que la constitución de dicha Comisión haya sido auspiciada por el CGPJ, en cuanto puso en marcha el proceso tendente a la elaboración de unos «Principios de ética judicial», que han sido redactados por una comisión compuesta por representantes de las asociaciones judiciales, miembros no asociados de la judicatura y algunos expertos, con la participación de personas delegadas de cada Tribunal Superior de Justicia, que se cierran con la referida Comisión de ética judicial cuya composición, funcionamiento y procedimiento [sic] garantizan la confidencialidad de las consultas y el carácter meramente orientativo de las opiniones que emite, todo ello partiendo de la consideración de que nada tiene que ver el régimen disciplinario con la ética judicial y estableciendo expresamente que «la actuación de la Comisión no puede interferir en el ejercicio de la potestad disciplinaria ni inmiscuirse en la determinación de la responsabilidad civil o penal de los jueces», de manera que el CGPJ se limita en esta materia, según dispone el art. 560.24ª de la LOPJ, a «la recopilación y actualización de los Principios de ética judicial y su divulgación, así como su promoción con otras entidades y organizaciones judiciales, nacionales o internacionales» y asegurarse «de que la Comisión de ética judicial, que a tal efecto se constituya, esté dotada de los recursos y medios adecuados para el cumplimiento de sus objetivos», dependencia dotacional que no impide que su organización y funcionamiento sea independiente de los órganos de gobierno del poder judicial y que tenga sus propias funciones, por lo que el solo dato de pertenencia a la misma [sic] no permite apreciar la existencia de

interés en relación con las resoluciones dictadas por los órganos del CGPJ en el ejercicio de sus competencias. (pp. 4-5)

En numerosos autos del Tribunal Supremo, al resolver las distintas causas de recusación de sus miembros, se hace referencia al ordenamiento ético; así, por ejemplo, se argumenta:

No concurre ninguna de las causas de abstención previstas en el art. 219 de la Ley orgánica del Poder Judicial [...]. No obstante, como han destacado múltiples instancias e instrumentos nacionales e internacionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia Judicial, Principios de Bangalore sobre conducta judicial «Código iberoamericano de ética judicial» y Principios de Ética Judicial de España) los jueces no solo deben satisfacer criterios objetivos de imparcialidad, sino que, además, debe de verse [*sic*] que son imparciales. Por tal razón, la percepción que pueda tener un observador razonable se toma en consideración. Como ya dijo la Sentencia Piersack, de 1 de octubre de 1988, del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, párrafo 30 a) «en esta materia incluso las apariencias pueden revestir cierta importancia» por lo que existen supuestos en que el mantenimiento de la apariencia de imparcialidad justifica que se acepte una abstención, aunque no concurren los supuestos tasados. Por ello, atendida la singularidad del caso que no encaja en ninguno de los supuestos de nuestro ordenamiento, mas sí en los principios generales aludidos, se acepta la abstención del magistrado don Abel. En aras a [*sic*] preservar la apariencia de imparcialidad a la que el propio magistrado se refiere en su escrito, no parece apropiado que resuelva sobre la nulidad el magistrado cuya imparcialidad se discute, aunque sea *a posteriori* del dictado de la sentencia. (Tribunal Supremo de España, 2022, p. 3)

Prácticamente en el mismo sentido se pronuncian las audiencias provinciales, como, por ejemplo, la de Barcelona que razona en estos términos:

Salvada la cuestión positiva o normativa, sobre la apariencia de imparcialidad de jueces y magistrados resulta interesante traer a colación el punto 17 de los principios de ética judicial

aprobados por el Consejo General del Poder Judicial el 16 de diciembre de 2016. En el mismo *[sic]* se puede leer que «El juez y la jueza han de velar por el mantenimiento de la apariencia de imparcialidad en coherencia con el carácter esencial que la imparcialidad material tiene para el ejercicio de la jurisdicción». (Audiencia Provincial de Barcelona, 2020, p. 2)

Y es que la apariencia también es importante «porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos», como ha indicado el Tribunal Constitucional (2008, p. 9). En términos similares se ha conducido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias de 1.º de octubre de 1982 (caso Piersack); 26 de octubre de 1984 (caso De Cuber), y 24 de mayo de 1989 (caso Hauschildt).

Y en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Barcelona explica:

Desde el punto de vista de la ética judicial, los Principios de Bangalore proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas proclaman la necesidad de garantizar «tanto la realidad como la apariencia de independencia» (23) y una imparcialidad que «connota ausencia de prejuicios, reales o percibidos» (24), de forma que «la imparcialidad debe existir como hecho y como razonable percepción» porque «si, razonablemente, se percibe una parcialidad esta percepción puede dejar una sensación de agravio e injusticia y con ello destruir la confianza en el sistema judicial». El *standard* del observador ha de ser el de una persona razonable, de pensamiento abierto y debidamente informada. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gregory contra United Kingdom, 1997, y Castillo Algar contra España, 1998) ha declarado que el tribunal debe ser imparcial subjetiva y objetivamente, siendo importante incluso las apariencias. En la misma línea de pensamiento encontramos la STC 38/2003. El art. 99.2 LEC remite a la LOPJ para la definición de las causas de recusación y la lectura del art. 218 LOPJ confirma la relación de las causas de abstención y recusación con la apariencia de independencia e imparcialidad, lo que implica que, caso de duda para un observador medio imparcial, debe aceptarse la causa de abstención o recusación. (2009, p. 2)

V. CONCLUSIONES

Si la independencia, la imparcialidad y la integridad de los jueces interesan, hay dos vías para fortalecerlas: la primera, consiste en establecer mecanismos jurídicos, sean constitucionales o legislativos, para garantizarlas; la segunda, exige adoptar procedimientos éticos para que, de manera complementaria, tales principios sean efectivos.

La ética profesional de los jueces ha irrumpido en prácticamente todos los países y debe comprenderse como un *continuum* de su estatuto jurídico. Solo en el ámbito disciplinario y con el fin de aplicar el principio que prohíbe la agravación de las sanciones debe evitarse cualquier confusión entre ética y derecho.

En este contexto cobran sentido los elencos de principios que contienen los distintos códigos éticos, casi siempre vinculados a la independencia, la imparcialidad y la integridad de los jueces, y la proclamación de virtudes esencialmente judiciales como la prudencia, la discreción, la cortesía, etcétera.

A esta evolución ha contribuido la puesta en marcha de comités y comisiones de ética judicial con funciones meramente orientadoras y resoluciones no vinculantes jurídicamente hablando que han elaborado un verdadero acervo ético, constituido por el código de que se trate, la regulación ética de los espacios fronterizos exteriores al estatuto constitucional y legal del juez, especialmente tal como han sido delimitados por los tribunales, la «jurisprudencia ética», desarrollada por las comisiones y los comités de ética correspondientes, y, en fin, la «ética judicial comparada», integrada por otros códigos éticos y las respuestas de otras comisiones y comités de ética a dilemas que se le plantean al juez cotidianamente.

En un ámbito internacional regional como el que abarca Iberoamérica, un espacio cultural y jurídicamente bastante homogéneo, es un acierto que la CJI haya elegido la ética judicial como uno de sus más importantes objetivos.

Por una parte, se han puesto en común experiencias previas en materia de ética judicial y en 2006 se logró articular un «Código iberoamericano de ética judicial» que constituye una importante aportación por el elenco de principios y virtudes; código que ha sido modificado en 2014, especialmente en relación con quién puede

consultar a la Comisión, y en 2023, para tener en cuenta dos dimensiones como la perspectiva de género y el uso de las nuevas tecnologías que no pudieron ser consideradas pocos años antes.

Por otra parte, en el mismo espacio iberoamericano la institucionalización de la interpretación ética a través de la CIEJ ha permitido que se aborden, con cierta solvencia y *auctoritas*, cuestiones que tienen que ver con el desarrollo cotidiano de la profesión de juez.

VI. REFERENCIAS

Andruet, A. S. (Febrero 28, 2024a). Código de conducta para jueces de la Suprema Corte de los EE. UU. ¿Promoción o imposición ética? (Parte 1). *El Derecho*, (15693).

Andruet, A. S. (Marzo 5, 2024b). Código de conducta para jueces de la Suprema Corte de los EE. UU. Aspectos sobresalientes del texto y comparaciones con el «Código iberoamericano de ética judicial» (Parte 2). *El Derecho*, (15698).

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14, Civil). (Diciembre 30, 2009). Auto del recurso n.º 842/2009, ponente: Pereda Gámez. <https://www.poderjudicial.es/search/TSJ/09/>

Audiencia Provincial de Barcelona. (Sección 21, Penal). (Noviembre 5, 2020). Auto 1444, de 5 de noviembre de 2020, Recurso n.º 11/2020, ponente: Villodre López. <https://www.poderjudicial.es/search/TSJ/09/>

Castro Caballero, F. A. (Dir.). (2019). *Código iberoamericano de ética judicial comentado*. Consejo Superior de la Judicatura.

Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. (Julio-diciembre, 2022). XVI Dictamen, de 23 de septiembre de 2021, sobre la acción disciplinaria y la ética en el control del comportamiento de los jueces. *Ética Judicial* (Cuaderno 21), 11(2), 21-33. Comisión Iberoamericana de Ética Judicial-Poder Judicial de la República de Costa Rica-Consejo Asesor de Ética Judicial. <https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/images/ConsejoNotables/Cuadernos/cuaderno21.pdf>

Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. (Mayo, 2025). La ética judicial en Iberoamérica 20 años después. Los efectos del Código Iberoamericano de Ética Judicial y de su Comisión

- en 23 países de América y Europa (2006-2025). Ética Judicial (Cuaderno 27), 14(2). Comisión Iberoamericana de Ética Judicial-Poder Judicial de la República de Costa Rica-Comisión y Secretaría de Ética y Valores del Poder Judicial. https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/images/ConsejoNotables/Cuadernos/etica_judicial_iberamerica.pdf
- Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. (Noviembre 10, 2016). Tercer dictamen, sobre la integración de tribunales u otro tipo de órganos para dilucidar conflictos en organizaciones como la FIFA o sus federaciones asociadas, a requerimiento de la Suprema Corte de Uruguay (ponente: comisionado Fernando Castro Caballero). https://ciej.juslapampa.gov.ar/files/CIEJ/FICHEROS/Dictamen_CIEJ_2016_Jueces_y_tribunales_deportivos_ESP.pdf
- Consejo Consultivo de Jueces Europeos. (Noviembre 5, 2024). Informe n.º 27 sobre la responsabilidad disciplinaria de los jueces. <https://rm.coe.int/opinion-no-27-2024-spanish/1680b49a7a>
- Consejo General del Poder Judicial. (2016). Principios de ética judicial. <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/TRANSPARENCIA/FICHEROS/20161221%20Principios%20de%20%C3%89tica%20Judicial%20-%20Pleno%20CGPJ%2020.12.2016.pdf>
- Constitución de España (ed. conmemorativa del cuadragésimo aniversario). (2018). Cortes Generales.
- Constitución de los Estados Unidos de América. (2020). <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/05/SPA-Constitution.pdf>
- Constitución de Argentina, de 1853. (S. f.). *Información Legislativa*. Ministerio de Justicia de la Nación. https://www.infoleg.gob.ar/?page_id=3873
- Constitución de Argentina. (S. f.). *Información Legislativa*. Ministerio de Justicia de la Nación. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Fuller, L. L. (1969). *The Morality of Law* (revised edition). Yale University Press.

- Groppi, T. y Lecis Cocco-Ortu, A. M. (2014). Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿De la influencia al diálogo? *Revista de Derecho Público*, 1(91), 183-230. <https://doi.org/10.5944/rdp.91.2014.13676>
- Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. (2025). Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para la ampliación y fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal. <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/paginas/2025/2025-0100%20aplo%20modificaci%C3%B3n%20lopj/aplo-carrerasjudicialyfiscal.aspx>
- Montero, J., y Andruet, A. S. (2023). *Comentarios a los dictámenes de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial*. Escuela Nacional de la Judicatura de República Dominicana.
- Organización de Naciones Unidas. (2004). Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Naciones Unidas. https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- Organización de Naciones Unidas. (2019). Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial. Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf
- Ordóñez Solís, D. (2022). *Introducción a la ética judicial*. Reus.
- Ordóñez Solís, D. (Enero 17, 2024). El Código Ético del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América: ¿por qué ha habido que esperar 236 años? *La Ley*, (10427), s. p.
- Real Academia Española. (2024). *Diccionario de la Lengua Española* (23.ª ed., del tricentenario, actualizada). <https://www.rae.es>
- Roos, S. R. y Woischsniak, J. (2005). *Códigos de Ética Judicial. Un estudio de derecho comparado con recomendaciones para los países latinoamericanos*. Konrad Adenauer Foundation.
- Sancho Gargallo, I. (2022). *El paradigma del buen juez*. Tirant Lo Blanch.

- Steidel Figueroa, S. (2019). Ética para juristas: Ética judicial y responsabilidad disciplinaria. Situm.
- Supreme Court of the United States. (2023). Statement of the Court Regarding the Code of Conduct. https://www.supremecourt.gov/about/Code-of-Conduct-for-Justices_November_13_2023.pdf
- Taft, W. H. (Julio, 1923). Final Report and Proposed Canons of Judicial Ethics (1923). *American Bar Association Journal*, 9(7), 449-453. https://www.jstor.org/stable/pdf/25711345.pdf?refreqid=fastly-default%3A281085b69cfd84afc9d33698aadf64c&ab_segments=&initiator=&accept=1TC
- Tribunal Constitucional de España. (Junio 26, 2008). Sentencia 60, de 26 de mayo de 2008. *Boletín Oficial del Estado*, (154), 3-15. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-2008-10783.pdf>
- Tribunal Constitucional de España (Pleno). (Marzo 25, 2022). Sentencia 25, de 23 de febrero de 2022 (recusación del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por actos durante el proceso), ponente: Narváez Rodríguez. *Boletín Oficial del Estado*, (72), 39916-40097. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2022-4818.pdf>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Mayo, 11, 2023). *Inspekția Judiciară*, C-817/21 (los poderes de la Inspección Judicial y la independencia de los jueces en Rumanía).
- Tribunal de Justicia Unión Europea (Gran Sala). (Junio 5, 2023). Comisión /Polonia (independencia y vida privada de los jueces), C-204/21, apartado 213.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Octubre 1.º, 1982). Sentencia del caso Piersack. [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-165173%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-165173%22]})
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Octubre 26, 1984). Sentencia del caso De Cuber. <https://share.google/jhHE9zszmCSEQ4nKr>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Mayo 24, 1989). Sentencia del caso Hauschildt. [https://hudoc.echr.coe.int/en/g#{%22itemid%22:\[%22001-164742%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/en/g#{%22itemid%22:[%22001-164742%22]})

Tribunal Supremo de España (Sala de lo Contencioso, Sección Séptima). (Noviembre 27, 2013). Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Recurso n.º 341/2012, ponente: Pico Lorenzo (incompatibilidad de la condición de magistrada en servicio activo con la de partícipe en la sociedad mercantil de la abogacía). <https://www.poderjudicial.es/search/TS/>

Tribunal Supremo de España (Sala Tercera, Pleno). (Abril 29, 2019). Auto del Recurso n.º 499/2017 (no procede la abstención de una magistrada del Comité de Ética Judicial), ponente: Herrero Pina. <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/c19b4eddb559fd99/20190513>

Tribunal Supremo de España (Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta). (Junio 28, 2022). Auto del Recurso n.º 346/2019 (abstención de un magistrado encargado del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia), ponente: Pico Lorenzo. <https://www.poderjudicial.es/search/TS/>

¿INTELIGENCIAS ENFRENTADAS? UNA REFLEXIÓN SOBRE LA JUSTICIA

CONFLICTING INTELLIGENCES? A REFLECTION ON JUSTICE

■ **DRA. EMILIA MARÍA SANTANA RAMOS**

Profesora titular de Filosofía del Derecho,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España¹
<https://orcid.org/0000-0002-7390-4065>
emilia.santana@ulpgc.es



Resumen

El presente trabajo aborda la incorporación de la inteligencia artificial al ámbito jurídico bajo la pregunta ¿qué ocurre con el juicio cuando la decisión tiende a convertirse en cálculo? Se sostiene que tal sustitución supone una alteración del sentido mismo del Derecho. La automatización no solo introduce nuevas herramientas, sino que transforma las condiciones bajo las cuales se comprende, se argumenta y se decide jurídicamente, desplazando progresivamente al sujeto responsable de la decisión. Desde una perspectiva crítica, se defiende que juzgar no equivale a procesar información ni a reconocer patrones, sino a ejercer una forma de razón práctica que integra interpretación, ponderación de principios y responsabilidad frente a otros. Esta dimensión deliberativa, inseparable de la experiencia jurídica, no puede reproducirse mediante sistemas carentes de conciencia y de imputabilidad moral. El problema, por tanto, no consiste en determinar si las máquinas pueden imitar ciertas operaciones cognitivas, sino en esclarecer si una justicia sin sujeto sigue siendo reconocible como tal.

- 1 La autora es, también, doctora acreditada TU adscrita al Departamento de Ciencias Jurídicas; vicedecana del Grado en Derecho, Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas, Estudiantes e Igualdad, de la Facultad de Ciencias Jurídicas, de la Universidad de Las Palmas, Gran Canaria, España (ULPGC); directora de la Cátedra de Estudios Interdisciplinarios de Igualdad y Prevención de Violencia.

Palabras clave: Inteligencia artificial; juicio jurídico; razón práctica; decisión automatizada; justicia.

Abstract

This paper addresses the incorporation of artificial intelligence into the legal field under the question: what happens to judgement when decision-making tends to become calculation? It argues that such a substitution alters the very meaning of law. Automation not only introduces new tools, but also transforms the conditions under which law is understood, argued and decided, progressively displacing the subject responsible for the decision. From a critical perspective, it is argued that judging is not equivalent to processing information or recognising patterns, but rather to exercising a form of practical reason that integrates interpretation, weighing of principles and responsibility towards others. This deliberative dimension, inseparable from legal experience, cannot be reproduced by systems lacking consciousness and moral accountability. The problem, therefore, is not to determine whether machines can imitate certain cognitive operations, but to clarify whether justice without a subject is still recognisable as such.

Keywords: Artificial intelligence; legal judgement; practical reasoning; automated decision-making; justice.

Sumario

I. Introducción. II. Planteamiento del problema: entre la simulación y la comprensión. III. La validez jurídica del concepto de inteligencia en los sistemas artificiales. IV. La inteligencia jurídica como razón práctica. V. Simulación de justicia y desplazamiento del sujeto jurídico. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI presencia una transformación discreta, pero de calado estructural, en la forma de concebir el Derecho y sus prácticas. La inserción progresiva y, en algunos casos, ya naturalizada de una racionalidad artificial no se limita a asistir los modos de razonar jurídicamente, sino que comienza a configurarlos, desde dentro. Lejos de

operar, únicamente, como instrumento subordinado, la lógica técnica de base algorítmica y orientación estadística empieza a presentarse como un modelo alternativo de producción de verdad y decisión. Lo inquietante no es tanto su eficacia operativa, sino la posibilidad de remplazar el razonamiento. Desde esta premisa cabe preguntarse si realmente se trata de una forma de inteligencia capaz de sustituir los fundamentos del conocimiento jurídico o si, por el contrario, se está ante la reaparición de un problema en términos tecnológicos.

No cabe duda de que el entusiasmo que provoca la inteligencia artificial (IA) en el contexto jurídico reabre viejos problemas y plantea nuevos retos en el marco jurídico. Desde luego, hay quienes mantienen una postura optimista en cuanto a su capacidad para sistematizar procedimientos, reducir márgenes de error e incrementar la previsibilidad del sistema, como si tales objetivos pudieran alcanzarse sin pérdidas. Otros enfoques, más cautelosos, alertan sobre el riesgo de que el desplazamiento de lo humano acabe por desactivar del todo la dimensión interpretativa y axiológica que define el Derecho en su sentido estricto porque no todo lo que puede automatizarse debe ser concebido jurídicamente legítimo. Lo que subyace no es solo un debate técnico, sino una disyuntiva que alcanza el corazón de la Filosofía del Derecho: ¿puede la IA «entender» lo justo, o tan solo simularlo?

Lejos de adoptar una posición polarizada, el presente trabajo intenta delimitar, con mayor precisión, los contornos del problema. ¿Nos enfrentamos a una disputa real entre dos inteligencias (la humana y la artificial), o más bien a un falso dilema, sostenido sobre supuestos epistemológicos y antropológicos que requieren ser revisados? Al hilo de este interrogante, se plantea una reflexión crítica sobre la configuración actual de la justicia, el papel del juicio prudencial frente a la lógica de la predicción algorítmica y las condiciones para una coexistencia no subordinada entre lo humano y lo artificial en la toma de decisiones jurídicas.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: ENTRE LA SIMULACIÓN Y LA COMPRENSIÓN

La irrupción de la IA en los sistemas jurídicos contemporáneos ha reactivado, de forma no del todo inocente, una vieja paradoja que

atraviesa la teoría jurídica desde sus fundamentos. En tal sentido, se trata de preguntarse si una máquina puede imitar el juicio humano y, también, de reconocer que está en juego algo más trascendental entre la simulación de un proceso cognitivo frente a la comprensión y el sentido que ofrece la experiencia jurídica. En efecto, no basta con reproducir estructuras lógico-formales para suponer que se está ante un razonamiento jurídico en sentido estricto. En este sentido, la comprensión no puede quedar reducida al acopio de datos ni inferencia formalmente válida; es, en todo caso, el resultado de una subjetividad basada en la experiencia, atravesada por la historicidad, el lenguaje y la praxis social (Santana, 2025, pp. 37-38).

En el debate actual uno de los equívocos más extendidos sobre la IA y su relación con el Derecho reside en asumir una suerte de continuidad funcional entre la operación algorítmica y el juicio jurídico. Desde luego, este planteamiento no es más que un paralelismo engañoso que, al ser aceptado de manera irreflexiva, desdibuja las fronteras entre la decisión automatizada y el discernimiento racional. En la línea, el riesgo no se reduce a tecnificar en exceso la toma de decisiones, sino a que se debilite la función deliberativa que caracteriza la ciencia jurídica.

En este contexto, conviene insistir en una idea que sigue siendo obviada en muchos enfoques tecnocéntricos como es el que resulta del conflicto jurídico, pues no se trata de una controversia que requiere de solución, sino de una situación que exige una interpretación lo más ajustada al sentido de la justicia. En esa interpretación intervienen la norma, la conciencia de lo justo, la prudencia práctica, la ponderación de fines y principios, y la equidad en los márgenes del silogismo (Gómez, 2022, pp. 283-284). Por avanzada que sea la IA carece de sentido moral, de la experiencia del justiciable. Quizás lo más importante es que no tiene responsabilidad por la consecuencia de su decisión. Precisamente por ello, más que presenciar una revolución tecnológica, sin quererlo, se acude a una crisis epistemológica, por la que la comprensión, la deliberación y el juicio en el procedimiento quedan relegados. De ser así, desde luego, el sentido del Derecho, no puede permitir que esa transformación ocurra sin resistencia teórica (Habermas, 1986, 56-58; Cotino, 2019, pp. 30-33).

Los datos disponibles en la literatura jurídica reciente coinciden en advertir que, pese a la capacidad de la IA para ofrecer respuestas

eficaces en términos de procesamiento y predicción, no puede reproducir el juicio como operación práctica orientada por principios. Tal como se ha señalado, el razonamiento humano en el Derecho no se agota en la lógica deductiva, sino que se apoya en la ponderación, la interpretación en el caso concreto y la deliberación moral. En efecto, cuando un juez decide, no solo aplica reglas; reconstruye hechos, valora testimonios y pondera bienes jurídicos. Frente a esto, la IA opera sobre correlaciones y patrones, sin conciencia de lo que está en juego.

Desde una perspectiva más interna al pensamiento jurídico, resulta pertinente traer a colación la distinción formulada por Atienza entre el uso contemporáneo de la expresión argumentación jurídica y la más clásica noción de método jurídico. A juicio del autor, esta diferencia va más allá de ser meramente terminológica; apunta a una transformación epistemológica en la forma de concebir la actividad del jurista. Mientras que la argumentación jurídica se asocia hoy con la tarea de justificar una decisión ya adoptada, es decir, con la producción de razones que hagan plausible esa opción frente a una comunidad jurídica, el método jurídico incluiría, además, otras operaciones previas, muchas veces invisibilizadas, como la búsqueda de normas, la identificación del problema jurídico relevante o incluso la adopción preliminar de una solución, antes de su formalización argumentativa (Atienza, 2006, p. 12).

Lo que Atienza sugiere es que no toda actividad jurídica es argumentación, aunque toda decisión deba, en algún momento, ser argumentada. La confusión entre ambas funciones no es trivial, sobre todo en contextos en que los sistemas automatizados comienzan a intervenir en la construcción del discurso jurídico. Porque si la IA es utilizada únicamente para asistir la tarea de justificación, puede entenderse como una herramienta retórica o instrumental; pero si empieza a operar en las fases de identificación del contenido normativo o de preselección de soluciones posibles, entonces lo que se automatiza no es solo la argumentación, sino una parte sustantiva del método jurídico, con las implicaciones epistemológicas y normativas que ello conlleva.

Hoy resulta difícil ignorar la implementación de programas capaces de elaborar propuestas de argumentación jurídica y ofrecer esquemas interpretativos que los profesionales pueden incorporar a su práctica. Estas herramientas se presentan, no sin ambigüedad, como

instrumentos de asistencia técnica, destinados a facilitar el trabajo del profesional del Derecho. Sin embargo, conviene preguntarse —y no es una cuestión menor— si esta asistencia es verdaderamente neutra o si, por el contrario, opera como una forma de preconfiguración argumentativa que condiciona las opciones del sujeto jurídico (Blanco, 2024, p. 299).

Así, la función de fundamentar una posición jurídica puede ser delegada a un sistema automatizado, pero resulta incierto cómo se garantizará el ejercicio reflexivo que exige ponderar, contextualizar y responder normativamente a un conflicto concreto. La cuestión no se enuncia en clave distópica, pero sí deja entrever una preocupación latente por la exteriorización de la racionalidad práctica bajo la apariencia de eficiencia técnica. Si el profesional del Derecho ya no construye su argumento, sino que selecciona entre paquetes preconfigurados, la práctica jurídica corre el riesgo de reducirse a una suerte de consumo algorítmico de razones. En tal escenario, la legitimidad del discurso jurídico, caracterizada por su carácter discursivo y deliberativo, comienza a desdibujarse (Ferrajoli, 2006, p. 38).

El riesgo de reducir el Derecho a una serie de patrones reconocibles por sistemas estadísticos, aunque estos se presenten con una apariencia de racionalidad ha sido entendido por numerosos autores como un fenómeno de desplazamiento de lo comprensivo por lo meramente operativo. Desde un enfoque más amplio, conviene reconocer que la cuestión no se agota en lo técnico; en realidad, remite a una problemática de fondo, el de la Filosofía del Derecho. Siguiendo a Dworkin, al hablar de interpretación, procesar datos o detectar patrones no equivale a decidir conforme a Derecho (2006, p. 56).

Por su parte, Alexy señala que este tipo de razonamiento no es reducible a una operación algorítmica. En palabras de este autor «el juicio de ponderación es un juicio práctico racional. Como tal, se basa en una consideración de razones que no puede reducirse a fórmulas matemáticas ni a técnicas de maximización utilitarista» (1993, p. 152).

A este respecto, resulta imprescindible recuperar una de las intuiciones más fértiles del pensamiento de Dworkin (2006, p. 56) para quien razonar jurídicamente no consiste en aplicar mecánicamente normas a hechos, sino en establecer conexiones interpretativas entre un caso concreto y un entramado normativo de principios y morales que estructuran el sistema normativo. Lo que define el razonamiento jurídico-

co no es la lógica deductiva en sentido estricto, sino la capacidad de integrar valores, ponderar fines y construir una justificación que otorgue a cada principio un peso relativo en función del contexto del caso. Por tanto, la tesis dworkiniana implica, en definitiva, que la decisión judicial no es producto de un cálculo, sino de una deliberación cargada de sentido normativo, en la que el juez se ve obligado a justificar públicamente por qué un principio ha de prevalecer sobre otro, o por qué cierto valor constitucional adquiere primacía en esa coyuntura particular. En tal sentido, lo jurídico no puede ser entendido como un espacio de neutralidad técnica; es, por el contrario, un terreno de interpretación comprometida, en el que la racionalidad práctica se articula con la responsabilidad de decidir conforme a Derecho y a los valores que lo fundan (Suñé, 2020, p. 223).

No basta, pues, con identificar similitudes entre casos, ni siquiera con maximizar la coherencia sistémica; está en juego la capacidad de justificar públicamente una decisión en términos de justicia, no solo de corrección formal.

No obstante, la promesa de las tecnologías de IA consiste, precisamente, en simular el juicio humano a partir de un volumen ingente de datos y patrones, pero se enfrenta con el hecho, señalado por Santana (2025), de que la simulación no equivale a la comprensión ya que «una IA, por avanzada que sea, no cuenta con sentimientos, no interpreta el mundo con subjetividad ni construye conocimientos desde la experiencia vivida» (p. 37). Se trata, pues, de sistemas que replican silogismos válidos, pero carecen de la solidez argumentativa fundada en el sentido común, la experiencia y la deliberación moral (Santana, 2025, p. 39).

Delegar la toma de decisiones jurídicas a sistemas algorítmicos supone más que una transformación operativa; implica el riesgo de reducir el Derecho a un mecanismo procedimental vacío de contenido valorativo (Gómez, 2020, p. 252). En ese proceso, lo normativo va cediendo espacio a lo técnico y, con ello, se debilita la dimensión comunicativa que sostiene la justicia como práctica entre sujetos. Este riesgo no es nuevo y remite a la crítica de Habermas (1986) sobre la expansión de la racionalidad técnico-instrumental. Cuando las decisiones comienzan a presentarse como resultados automáticos, el espacio para el debate, la deliberación y la construcción compartida de sentido se reduce progresivamente.

En última instancia, aceptar sin reservas ese modelo equivale a abdicar de la libertad como exigencia práctica y no simplemente formal. El Derecho, en lugar de ser una construcción común orientada a la justicia, puede convertirse en un instrumento opaco de dominación (pp. 54-58).

De hecho, Cotino (2019) señala que uno de las cuestiones éticas más relevantes es precisamente la de evitar que los algoritmos de IA pasen de ser herramientas auxiliares a convertirse en «guardianes del cumplimiento normativo», sin haberse sometido antes a una auténtica gobernanza ética y jurídica (pp. 30-33).

Desde una perspectiva crítica, resulta necesario advertir que el ideal de una ciberjusticia automatizada, enarbolado bajo el paraguas de la eficiencia, puede estar encubriendo, en realidad, la eliminación de la racionalidad jurídica y renunciando así a su función deliberativa (Quadra, 2018, p. 795). El Derecho, en su sentido más genuino, no puede quedar reducido a una simple operación algorítmica (Martínez, 2020, p. 829), sino que constituye una práctica comprensiva y abierta al diálogo socialmente construido. Pensar que una máquina, por más sofisticada que sea, pueda interpretar principios como la dignidad humana, ponderar derechos en conflicto o dictar una sanción con rigor, implica juicio racional y responsabilidad. Por ello, el planteamiento tiene que abordarse desde parámetros técnicos, no vistos en exclusiva; exige, a la par, una reflexión normativa que ahonde en lo que verdaderamente está en juego: el modelo de justicia que se anhela por parte del justiciable. De otro modo, cabe cuestionarse hasta qué punto se está dispuestos a delegar en herramientas que, aunque simulen comprender, carecen de racionalidad propia (Bueno, 2020, p. 18).

III. LA VALIDEZ JURÍDICA DEL CONCEPTO DE INTELIGENCIA EN LOS SISTEMAS ARTIFICIALES

Antes de determinar el lugar que puede ocupar la IA en el ámbito jurídico, o no, resulta necesario detenerse en la propia noción de «inteligencia» que opera como base de su denominación. Desde luego, no se trata de una cuestión baladí como tampoco de un mero debate filosófico sin sentido, pues en realidad, está en la balanza la validez del término en un contexto en el que su implementación

supone el reconocimiento de la capacidad de comprensión e interpretación de las normas, la ponderación de valores y, por ende, la responsabilidad jurídica (Guzmán, 2017, p. 92).

No parece razonable aceptar sin reservas que el uso del término inteligencia pueda extenderse a los sistemas artificiales sin matices. Hace falta, al menos, una delimitación conceptual previa que permita separar, aunque sea de forma tentativa lo que constituye una operación técnica de aquello que implica deliberación porque no es lo mismo reconocer patrones o calcular probabilidades, que interpretar una norma en un contexto conflictivo, dar razones o asumir responsabilidad. Las primeras funciones predictivas, estadísticas, repetitivas son propias de mecanismos automatizados; las otras, interpretar, argumentar, decidir con prudencia remiten, por el contrario, a la racionalidad práctica, la misma que presupone un sujeto que comprende, que se expresa en un lenguaje normativo y que, llegado el caso, puede ser interpelado por los demás.

En este sentido, la validez jurídica del concepto de inteligencia, cuando se transfiere a sistemas de IA, lleva a cuestionarse, cuanto menos, su eficacia. Con esta aseveración no se pretende negar la utilidad de los sistemas de IA en determinadas tareas jurídicas, sino matizar que, cuando de «inteligencia» se trata, desde un sentido jurídico-normativo ella solo puede corresponder a quienes cuentan con capacidad de justificar sus actos en el marco de una comunidad normativa. Tal como advierte Otero, «las máquinas carecen de voluntad, de conciencia moral, de emoción o de intuición. Solo un ser humano puede decidir con base en los principios que rigen la convivencia y los derechos fundamentales» (2023, p. 47).

La expresión «inteligencia artificial» está cargada de ambigüedad conceptual, pero ello no es banal. Se trata, en el fondo, de un equívoco semántico con implicaciones ontológicas, jurídicas y políticas de primer orden. Llamar «inteligente» a una máquina no es, como a veces se insinúa, una licencia poética o una metáfora inofensiva. Es un gesto performativo que reorganiza el campo del pensamiento y lo que es posible determinar, sobre todo en contextos como el jurídico en el que los vocablos no se usan arbitrariamente (Sternberg, 2019, p. 1).

En efecto, cuando se afirma que una IA decide, interpreta o aprende, se produce un acercamiento peligroso a una forma de antropomorfismo técnico que oscurece la diferencia esencial entre calcular y com-

prender (Larson, 2020, p. 20). Como recuerda Otero (2023), lo propio del ser humano no es solo resolver problemas, sino plantearlos. Mientras que los sistemas artificiales se limitan a operar con regularidades estadísticas, el pensamiento humano, en su dimensión propositiva, implica creatividad, deliberación y conciencia moral. De ahí que dicho autor señale que estas máquinas carecen de voluntad, conciencia moral, emoción o intuición. Solo un ser humano puede decidir con base en los principios que rigen la convivencia y los derechos fundamentales (p. 47).

Por supuesto, nadie discute que los sistemas de IA logren reproducir, en determinados ámbitos, funciones semejantes a ciertos procesos cognitivos de naturaleza humana (Mitchell, 2024, p. 43). De hecho, su capacidad para detectar patrones o agilizar procedimientos es innegable y, en muchos casos, se reconoce su utilidad (Damasio, 2023, p. 179). Ahora bien, justo en esa eficacia reside una de las mayores trampas (Grollier y Querlioz, 2021, pp. 22-30), pues asumir que lo eficiente es también inteligente, desdibuja la frontera entre procesar información y comprenderla, entre correlacionar datos y deliberar sobre normas.

Como apunta Cotino (2019), la llamada «inteligencia artificial» es «resolutiva, no reflexiva» (p. 33). Se mueve en el espacio de lo probable, pero no accede —ni puede hacerlo— al universo normativo de lo justo. Santana va más allá al advertir que esta confusión puede producir un deslizamiento preocupante en la práctica judicial. A su juicio, «la justicia no puede ser entregada a un sistema que, aunque eficiente, no entiende lo que está resolviendo. La IA no sabe lo que es sufrir una injusticia» (2025, p. 50). Dicho de otro modo, el problema no radica únicamente en la automatización de ciertas funciones judiciales, algo que, por sí solo, ya plantea interrogantes relevantes. Lo que verdaderamente inquieta es la progresiva deshumanización del juicio, su vaciamiento práctico y normativo (Marcos, 2022, p. 57). No se trata tanto de cuestionar la capacidad de las máquinas para realizar tareas complejas, sino de advertir cómo el concepto mismo de inteligencia ha sido reducido, cuando no distorsionado, al quedar absorbido por un lenguaje técnico que privilegia lo cuantificable. Habermas (1986) lo había intuido con claridad: si la racionalidad instrumental se convierte en criterio dominante, el ejercicio del poder ya no se presenta como tal, sino como simple gestión eficiente, como optimización de recursos. Y lo que antes requería justificación

pública, ahora se disfraza de neutralidad algorítmica, protegida por la apariencia de objetividad del cálculo (pp. 56-58).

Y aquí surge el punto decisivo, el lenguaje de la IA sintáctico, correlacional, estadístico no solo carece de semántica experiencial (Boden, 2017, p. 19), sino que, como recordaba Cabrera (2024), es incapaz de sostener una argumentación sólida. De tal forma afirma que «lo que una máquina puede aportar a nivel argumentativo es reproducir silogismos formalmente válidos, pero no sólidos» (p. 194). No hay *ethos*, no hay *pathos*, y apenas hay *logos* en el sentido que exige el Derecho.

Por eso no basta con regular técnicamente la IA; es necesario examinar su estatuto epistemológico y su idoneidad para operar en dominios que implican responsabilidad, interpretación y justicia. Una máquina puede predecir un resultado, pero no puede justificarlo ante una comunidad jurídica. Puede identificar patrones, pero no discernir razones. Puede calcular indemnizaciones, pero no reconocer agravios (Rivas, 2022, s.p.).

Cabe señalar, en esta dirección, un fenómeno que ha comenzado a suscitar atención en el cruce entre Filosofía del Derecho, informática jurídica y teoría procesal. La progresiva incorporación de estructuras heurísticas en los sistemas de IA. Lo que hasta hace no mucho se entendía como un rasgo privativo del pensamiento humano, la heurística, esto es, la aplicación flexible y contextual de reglas prácticas para resolver situaciones inciertas o no tipificadas, ha comenzado a ser trasladado, de forma parcial, pero significativa, al interior de ciertos sistemas computacionales. En efecto, algunos programas jurídicos de última generación han logrado incorporar representaciones del conocimiento que operan como combinaciones estructuradas de datos, fórmulas interpretativas y criterios adaptativos, todo ello orientado a generar soluciones aparentemente razonadas ante problemas jurídicos.

No obstante, conviene matizar que no se trata de una heurística vivida, ni de una racionalidad situada en sentido fuerte, sino de un modelo operativo automatizado, en el que la ejecución de fórmulas se realiza sobre bases de datos masivas, bajo esquemas de razonamiento previamente codificados. El pensamiento jurídico humano pondera, interpreta, se interrumpe, corrige y asume responsabilidad; el sistema automatizado aplica. Y, sin embargo, la diferencia no impide que esta lógica se implemente en ciertas fases del procedimiento,

especialmente en lo que respecta a la tramitación procesal (ordenación de actos, control de plazos, ejecución de rutinas procesales), e incluso en fases previas a la decisión judicial, como la identificación de normas aplicables o el acopio de jurisprudencia y doctrina relevante (Nieva, 2018, p. 20).

Resulta legítimo, entonces, preguntarse si este tipo de racionalidad algorítmica revestida de razonamiento heurístico, pero sustancialmente técnica no está empezando a remplazar funciones que hasta ahora pertenecían al terreno de la deliberación jurídica, sin que ello haya sido discutido aun con suficiencia desde una perspectiva garantista. Si la IA comienza a simular el juicio antes, incluso, de que este tenga lugar, el riesgo no es solo de automatización, sino de prefiguración epistémica de la decisión, y con ello, de reducción del margen de interpretación humana.

Desde una perspectiva complementaria, conviene traer a colación la advertencia de Leith (1998), quien ha insistido en que cualquier intento serio de automatizar decisiones jurídicas requiere, necesariamente, la incorporación de un enfoque sociológico. A su juicio, la mera predicción estadística, por sofisticada que sea, resulta radicalmente insuficiente para captar el contexto en el que se aprueba una norma y, sobre todo, en el que esta se aplica judicialmente. El autor recuerda que el Derecho no opera en un plano meramente lógico-formal, sino que está vinculado a prácticas sociales, relaciones de poder y contextos institucionales concretos. Sin una mínima incorporación de ese conocimiento sociológico, los sistemas de IA corren el riesgo de aplicar la norma de manera descontextualizada. Lo jurídico, en tanto práctica cultural, no puede ser abstraído de su historicidad sin ser desfigurado. Por ello, más allá de la eficiencia del algoritmo, se requiere una inteligencia que no solo calcule, sino que comprenda y comprender, en el terreno jurídico, implica reconocer el espesor sociológico de cada decisión (pp. 294-295).

Cuando se dice «IA» se alude a algo más o menos que inteligencia. Si no se afina el concepto, se corre el riesgo de legitimar, bajo la máscara de la neutralidad técnica, decisiones que en realidad están despojadas de la racionalidad práctica que constituye el núcleo de la justicia. El Derecho no puede permitirse esa pérdida de sentido.

Si la noción misma de inteligencia aplicada a las máquinas resulta, al menos en el plano jurídico, insuficiente e, incluso, equívoca,

se impone examinar con mayor detenimiento qué se entiende por juicio en el contexto del Derecho. Si aquello que pretende simular la decisión jurídica es en sí mismo un acto que exige comprensión, deliberación y responsabilidad, entonces la pregunta ya no es solo si la IA puede ser llamada inteligente, o no, sino si puede, siquiera, aproximarse a lo que significa juzgar (Gascón, 2019, p. 200).

IV. LA INTELIGENCIA JURÍDICA COMO RAZÓN PRÁCTICA

Como se ha defendido, el concepto de inteligencia en los sistemas artificiales no puede ser aceptado de forma dogmática en el ámbito jurídico sin una revisión de sus presupuestos; precisamente, por ello, es necesario detenerse en la forma específica de inteligencia que estructura la práctica de juzgar. No basta con determinar el equívoco semántico; es necesario, afirmar con claridad cuál es la racionalidad que el Derecho exige en sus procesos de decisión.

Y en este punto, la noción de razón práctica resulta ineludible. La inteligencia jurídica no se define por la rapidez en el procesamiento ni por la capacidad de correlación estadística, sino por su orientación deliberativa, su apertura a la justificación pública y su fundamento en valores normativos. En otras palabras, se trata de una forma de racionalidad que aplica reglas, pondera fines, reconoce contextos y responde a conflictos con criterios de justicia (Pérez, 2021, p. 15).

Este tipo de inteligencia que no es instrumental ni técnica, sino razonable y discursiva no puede ser codificada ni automatizada sin menoscabar su esencia. Decidir jurídicamente implica interpretar, argumentar, ponderar y, sobre todo, asumir responsabilidad por lo decidido (Scherer, 2019, p. 542). Es esa estructura ética del juicio, en esencia, lo que convierte la inteligencia jurídica en una práctica que sigue siendo, por definición, irrenunciablemente humana.

Pese al optimismo tecnocrático que rodea la IA, juzgar sigue siendo una de las tareas más propiamente humanas.

Desde esta perspectiva, Pérez (2022) advierte que el razonamiento judicial «no se puede reducir a la distinción entre hecho y derecho» (p. 86), pues en el centro de la decisión hay una tarea interpretativa compleja, en la que el juez valora pruebas, calibra versiones y

pondera principios que exceden cualquier automatismo. Esta afirmación, más que una constatación técnica, es una toma de posición filosófico-jurídica frente a quienes entienden la decisión como una función replicable por sistemas expertos.

No puede obviarse que la dimensión práctica del juicio se funda en una racionalidad que incorpora elementos de experiencia, intuición, responsabilidad y reconocimiento. Como afirma Santana (2025), «la labor interpretativa del juez lleva aparejados otros aspectos de análisis, en los que la argumentación, la coherencia y la ponderación se configuran como la brújula que guía la actuación judicial» (p. 47). Estas cualidades no pueden codificarse; son parte de un saber práctico que solo se forma en la imbricación entre normas, casos y comunidad jurídica.

La justicia no es aritmética. Por ello, el juez no solo aplica normas, sino que también las interpreta a la luz de los valores constitucionales y las circunstancias del caso. En palabras de Santana (2025), «el rol del juez trasciende la mera aplicación mecánica de normas a hechos», pues requiere «la valoración de circunstancias específicas» y una actuación fundada en el principio de proporcionalidad (p. 44).

A diferencia de la IA, que opera mediante correlaciones estadísticas, el juicio humano asume el peso de la decisión. El juez, al decidir, no solo cierra un expediente, sino que se expone públicamente a una comunidad de sentido. Por eso, el déficit más serio de los sistemas automatizados no es técnico, sino moral pues «las decisiones automatizadas carecen de responsabilidad, ya que no cuentan con conciencia ni ética» (Santana, 2025, p. 54). Decidir implica responder, y responder supone poder ser interpelado. La IA, por definición, no puede comparecer ante el otro.

Cabe señalar, en línea con lo advertido por Barona (2021), que la creciente intervención de sistemas de IA en el ámbito de la justicia ha provocado respuestas técnicas o administrativas, y posicionamientos institucionales que revelan una inquietud normativa de fondo; la protección efectiva de los derechos y las libertades fundamentales ante estructuras que, si bien operan con alta capacidad computacional, carecen de juicio, sensibilidad y sentido jurídico. No se trata, como ha apuntado la profesora Barona, de circunscribir esta preocupación al ámbito penal, sino de reconocer que la afectación atraviesa todos los órdenes de la vida jurídica. En este contexto, re-

sulta fundamental interrogar el diseño y la gobernanza de los sistemas inteligentes, de consuno con el papel que ha de conservar la persona humana en la interpretación, la decisión y la justificación del acto jurídico (pp. 543- 544).

Se trata, más que de un mero problema de diseño técnico, de una cuestión que afecta al funcionamiento mismo del Estado de Derecho. Aunque los derechos fundamentales deben incorporarse al diseño de estos sistemas desde el inicio, como señala Cotino (2019), eso no sustituye la intervención humana en la decisión, según advierte Barona (2021). Si esta desaparece, la responsabilidad se diluye y el sujeto jurídico pierde la capacidad de interpelar y exigir rendición de cuentas. Precisamente por ello, la autora citada advierte que «cada vez más se hace necesario trabajar para fijar nuevas maneras de limitar, controlar, regular las actuaciones en el mundo cibernético y cada vez más ética y derechos, justicia y sistemas jurídicos, deben adaptar su realidad a la nueva ciberrealidad» (p. 300).

Frente a ello, está en juego precisamente la centralidad de lo humano en el juicio, pues si las máquinas pueden proponer, sugerir, incluso, decidir, la pregunta clave sigue siendo quién responde. Sin un sujeto que asuma la decisión jurídica y la justifique, esta no pasa de ser un simulacro técnico. En este sentido, la advertencia de Barona se sitúa en la misma línea que la crítica habermasiana a la racionalidad instrumental; cuando el cálculo desplaza el entendimiento, el Derecho corre el riesgo de convertirse en simple tecnología de gestión, y de perder su dimensión intersubjetiva y su función garantista (Solares, 1996, p. 29). Aquí no se compromete tanto la eficiencia como la propia idea de justicia. Requiere que quien decide entienda, justifique y responda por el contenido normativo de su elección (Menéndez, 2010, p. 96). Automatizar el juicio es desfigurar su esencia o, como diría Habermas (1986), confundir la racionalidad instrumental con la comunicativa, una que sustituye fines por medios, o se desentiende de que los fines sean legítimos (p. 68).

Más allá de las limitaciones estructurales que impiden a la IA reproducir las condiciones epistémicas propias del juicio jurídico conviene detenerse en el argumento de quienes promueven su incorporación al ámbito judicial y la supuesta imparcialidad de los sistemas automatizados. Se suele afirmar, con cierto entusiasmo tecnocrático, que una máquina, al no tener emociones ni vínculos personales, podría

decidir de forma más objetiva y neutral. Sin embargo, esa supuesta imparcialidad resulta problemática si se identifica la ausencia de subjetividad con la neutralidad o la ejecución automática con la justicia. En ese caso, existe el riesgo de que decisiones normativas aparezcan como meramente técnicas y dejen de percibirse como tales.

Desde una mirada jurídica y filosófica mínimamente exigente, la neutralidad de los sistemas automatizados resulta, en el mejor de los casos, una construcción retórica. Porque no hay algoritmo sin datos, ni datos sin contextos sociales, históricos y jurídicos cargados de sesgos estructurales. Como ha advertido Cotino (2019), uno de los riesgos más evidentes de la IA aplicada al Derecho es precisamente su aparente asepsia; la impresión de que los resultados derivados de sus modelos se presentan como «naturales», «objetivos» o «descriptivos», cuando en realidad enmascaran, tras el aura de la técnica, elecciones valorativas que, al no reconocerse como tales, escapan del escrutinio democrático (pp. 31-33).

La aparente imparcialidad transforma el sentido de la decisión judicial y abre la puerta a una responsabilidad difusa. El juez deja de decidir en sentido estricto y pasa a validar resultados producidos por sistemas de IA, lo que desplaza la responsabilidad hacia dispositivos técnicos que no pueden ser interpelados ni sometidos a rendición de cuentas. La decisión automatizada no elimina el juicio humano, sino que lo oculta bajo capas de tecnificación y, al hacerlo, debilita el principio básico de la justicia como justificación pública, comprensible e impugnabile (Habermas, 1986, p. 58; Otero, 2023, p. 44).

En esta línea, resulta especialmente revelador retomar la crítica formulada por Habermas en la que indica que la racionalidad técnica, cuando se emancipa de su función instrumental y se presenta como única vía legítima de organización social, se convierte en ideología. Lo decisivo no es solo la eficacia de los medios, sino la preservación de la deliberación pública sobre los fines. Desde el punto de vista jurídico, esto ayuda a entender que la automatización de decisiones judiciales, presentada como neutral, puede erosionar la racionalidad práctica que sustenta la justicia como práctica institucional (Habermas, 1986, p. 68). Cuando predomina la lógica técnica, el derecho deja de ser un ámbito de justificación compartida y se orienta hacia la producción de resultados.

La IA, por el contrario, no razona públicamente ni motiva conforme a exigencias jurídicas. Su objetividad es, en todo caso, una reproducción estadística del pasado. Eso significa, como se ha señalado desde la crítica feminista y antirracista del Derecho, la reproducción, en lugar de la equidad, del sesgo sistemático, el patrón del prejuicio histórico recodificado como norma de predicción. Así, sistemas como COMPAS en Estados Unidos o, incluso, mecanismos de evaluación automatizada en procedimientos administrativos europeos han demostrado con crudeza empírica que la automatización puede reforzar desigualdades bajo apariencia de neutralidad (Pérez, 2022, pp. 15-16).

No es trivial, en este sentido, que la propia Comisión Europea haya advertido del riesgo de que los algoritmos acaben decidiendo bajo supuestos de legalidad estadística, sin intervención humana significativa, lo cual pondría en entredicho el derecho a un juicio motivado y la garantía de igualdad ante la ley. Pero incluso, cuando la decisión no sea completamente automatizada, sino asistida, subsiste el problema del desplazamiento.

V. SIMULACIÓN DE JUSTICIA Y DESPLAZAMIENTO DEL SUJETO JURÍDICO

La justicia, en tanto forma institucionalizada del reconocimiento recíproco y del ejercicio práctico de la razón, se configura como un entramado de vínculos intersubjetivos: sujetos que argumentan, reclaman, justifican. No es trivial, por tanto, advertir que la progresiva sustitución de este montaje por estructuras algorítmicas de procesamiento técnico de datos no representa una mera innovación procedimental. Se trata de un cambio que afecta la estructura misma del Derecho, entendido como práctica deliberativa.

Los sistemas de decisión automática que hoy proliferan en ámbitos administrativos y jurisdiccionales descansan sobre una concepción del individuo como nodo de datos, susceptible de clasificación y predicción. Como bien señala Otero (2023), una máquina perfeccionada podría combinar información, retenerla y usarla simulando la memoria y calculando probabilidades, pero siempre será una máquina y no una persona (p. 41). De ahí que este giro epistémico, presentado por algunos como modernización, implique, en realidad,

una regresión política y cognitiva del sujeto al perfil, del alegato al índice, del juicio prudencial a la estadística.

No se trata, únicamente, de una transformación técnica, sino simbólica. En efecto, al delegar en sistemas automatizados las decisiones que afectan derechos fundamentales tales como la libertad, el patrimonio, la identidad, etc., se deteriora el principio de reconocimiento recíproco que fundamenta la legitimidad jurídica. Como advertía Habermas ya en 1986, el Derecho conserva su legitimidad únicamente si las normas pueden ser aceptadas racionalmente por todos los afectados, en condiciones de simetría discursiva (p. 53). Frente a esto, la automatización opera bajo otras premisas como la posibilidad de reproducción sistemática del fallo. Así, el Derecho se tecnifica, al precio de su deshumanización.

La justicia automatizada, en este marco, no expande los márgenes del razonamiento jurídico, sino que los margina. El algoritmo no delibera ni escucha, ni interpreta; ejecuta y, con ello, se disuelve el espacio intersubjetivo en el que antes se tramitaban expectativas de justicia. En palabras de Cotino (2019), esta lógica técnico-administrativa se convierte en «una racionalidad del disponer», que institucionaliza formas de dominio sin que estas se reconozcan como tales (p. 31). El sujeto jurídico es remplazado por un objeto de análisis computacional.

Conviene añadir que esta dinámica se ha hecho visible en múltiples ámbitos institucionales. En el contexto español, por ejemplo, el sistema VioGén, destinado a valorar el riesgo en casos de violencia de género, plantea interrogantes que no deben ser obviados; ¿puede una clasificación automatizada sustituir el juicio valorativo de un juez?, ¿qué significa que la protección penal dependa de una probabilidad asignada por un algoritmo?, ¿cómo se garantiza el derecho a la defensa si el modelo no es comprensible ni cuestionable por quien lo sufre? Como advierte Pérez (2022), la aplicación de la IA a la jurisdicción penal exige revisar las condiciones mismas del debido proceso, ya que «una sentencia que sustituye la motivación por un índice, y la audiencia por una clasificación, no es jurídicamente reconocible» (p. 139).

Esta observación, lejos de ser una advertencia aislada, remite a un fenómeno más amplio que afecta, estructuralmente, los sistemas de justicia contemporáneos. La implementación de las tecnologías di-

giales en dicho ámbito no puede entenderse como un fenómeno lineal ni homogéneo; opera, al menos en términos analíticos, en dos planos diferenciados. Por un lado, se constata una dimensión por excelencia instrumental de índole administrativa o procedimental en la cual cobran protagonismo dispositivos como el expediente judicial electrónico, las notificaciones telemáticas, la gestión automatizada de plazos o los sistemas de consulta remota. Esta capa de tecnificación, si se quiere más superficial, se limita a optimizar los engranajes operativos de la maquinaria judicial sin alterar el núcleo de la función jurisdiccional.

Ahora bien, existe un segundo nivel mucho más problemático desde una perspectiva jurídico-axiológica, que podría denominarse funcional o sustantivo, en el cual surgen tecnologías que no solo asisten, sino que pretenden remplazar, al menos en parte, la deliberación humana. Aquí se sitúa la progresiva incorporación de sistemas algorítmicos de apoyo a la decisión judicial, análisis predictivo o, incluso, clasificación de casos, lo que plantea interrogantes fundamentales acerca de la delegación de juicio, la inteligibilidad de la decisión automatizada y el desplazamiento del principio de motivación judicial (Barona, 2022, p. 39).

Dicho de otro modo, mientras que en el primer nivel la tecnología se limita a ser una herramienta auxiliar, en el segundo asume, aunque de forma todavía incipiente, una función cuasi sustitutiva, lo que obliga a repensar no solo los marcos normativos vigentes, sino también los presupuestos filosóficos sobre los que descansa la arquitectura del Estado de Derecho.

Desde una perspectiva constitucional, la automatización de decisiones que afecten derechos fundamentales debe ser considerada con particular cautela. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea exige tutela judicial efectiva y derecho a ser oído (Artículo 47). Ambos presupuestos requieren no solo la posibilidad de participar en el proceso, sino la de ser reconocido como interlocutor. Si, como señalaba Otero (2023), la dignidad desaparece como centro normativo del sistema jurídico, sustituida por la eficiencia o la economía de medios, entonces la justicia se convierte en un mecanismo funcional, no en una institución garantista (pp. 50-52).

Cabe señalar, no obstante, que esta transformación no ocurre de forma imprevista ni uniforme. Desde la óptica garantista, la legitimidad

del Derecho no se agota en su mera producción formal, sino que requiere el reconocimiento de los derechos fundamentales como límites y vínculos normativos sustantivos a toda manifestación del poder, incluidos el legislativo y judicial. Ferrajoli (2006) insiste en que la validez de las normas no puede entenderse ya solo en clave de existencia empírica, sino que depende, también, de su coherencia con los principios constitucionales esto es, del «qué» es legítimo decidir, no solo del «cómo» ni del «quién» lo decide. En este sentido, cualquier modelo de automatización judicial que prescindiera del carácter sustancial de las garantías jurídicas y que entienda la aplicación del Derecho como una mecánica formal de reconocimiento normativo, deteriora la justicia sustantiva y el propio paradigma constitucional. La sujeción de los jueces a estándares de eficiencia algorítmica, desprovistos de la función crítica y de la deliberación racional que define el juicio como actividad cognitiva, compromete, en última instancia, el fundamento de la jurisdicción como espacio de justificación racional, y no de mera autoridad funcional (pp. 36-37).

El desplazamiento del sujeto jurídico se despliega de forma progresiva, por acumulación de renunciaciones; primero, los actos de trámite; luego, las decisiones de baja complejidad; más tarde, las de alto impacto.

Cuando se alude al desplazamiento del sujeto jurídico, ha de entenderse dicho proceso no como un acontecimiento disruptivo, sino como una dinámica paulatina de debilitamiento estructural. No se acude, en rigor, a una supresión explícita de su estatuto normativo, sino al desplazamiento funcional de su centralidad en el dispositivo jurídico, que no sucede por vía de una derogación manifiesta de sus facultades, y sí mediante una serie de cesiones progresivas, casi siempre justificadas en términos de eficiencia, tecnificación o neutralidad procedimental, que, si bien pueden parecer insignificantes o incluso razonables, cuando se las considera de forma aislada, terminan, en su conjunto, por vaciar de contenido la posición activa del individuo en el entramado jurídico-político.

El resultado es un modelo de legalidad que opera, en buena medida, sin el sujeto, o más precisamente, sobre el sujeto, sin su participación ni deliberación.

Ahora bien, conviene detenerse, siquiera brevemente, en un enfoque sugerido por Barona (2021) que aporta una tipología útil para pensar la inserción de la IA en el proceso judicial. Se trata más que

de constatar la existencia de herramientas digitales en el ámbito jurídico, de advertir con la cautela de quien observa un cambio de paradigma de manera desigual, pero creciente, en tres niveles funcionales del Derecho procesal, el argumentativo, el probatorio y el decisorio.

La realidad actual muestra como la IA participa en la elaboración de argumentos jurídicos al organizar normas, precedentes y hechos para sugerir posibles fundamentaciones. La cuestión no es si puede hacerlo, sino cómo debe utilizarse esa capacidad. Cuando la argumentación proviene de sistemas que no comprenden lo que producen, resulta inevitable preguntarse qué ocurre con la motivación y con la obligación de justificar las decisiones ante la comunidad jurídica. ¿Puede mantenerse intacto el principio de transparencia, cuando el origen de la razón jurídica se encuentra en una caja negra algorítmica? (Zamora, 2024, p. 35; 2025, p. 36).

En segundo lugar, la inteligencia computacional ha comenzado a generar nuevos medios de prueba (huellas digitales, reconstrucciones predictivas, análisis forenses automatizados) que se insertan en el proceso como fuentes de evidencia y vectores que transforman el equilibrio entre los medios probatorios clásicos. La IA modifica el contenido probatorio y, a la vez, altera el estatuto de quienes lo producen, lo impugnan o lo valoran. Es decir, se hace referencia a las partes, los peritos y los jueces que se ven interpelados por un nuevo régimen de conocimiento que no siempre es inteligible ni discutible en los términos tradicionales del principio de contradicción. Si la prueba deja de ser un elemento intersubjetivo para devenir un *output* técnico, la pregunta obligada es qué lugar queda para la inmediación, la oralidad o la apreciación prudencial del juez (Barona, 2021, pp. 547-549).

Surge la posibilidad de que la propia decisión judicial sea, en alguna medida, automatizada. Con esta advertencia estructural, Barona (2021) reconfigura el modo en que se entiende la función jurisdiccional ya que esa intervención, en cualquier caso, compromete la esencia de la jurisdicción, pues, desde luego, cuando un sistema sugiere una decisión o la emite directamente, el papel del juez se ve desplazado hacia una función de validación o supervisión, que diluye la autoría y, con ella, la posibilidad de interpelación. Como advierte Barona (2021), no se acude a una simple mejora procedimental, sino a una recon-

figuración de los fundamentos del Derecho procesal, cuyos efectos normativos aún no se comprenden del todo.

Se configura así una gestión del riesgo que deja en segundo plano la protección de derechos. Ante este panorama, la cuestión es si todavía existe un espacio desde el que exigirla. En un mundo que celebra la eficiencia del dato, defender la lentitud del juicio puede ser una forma modesta, pero radical de resistencia.

Ahora bien, admitir esta deriva no equivale, en modo alguno, a resignarse a ella. La advertencia crítica sobre la simulación de justicia y el desplazamiento del sujeto jurídico no debería empujarnos, sin más, a una defensa nostálgica de un modelo humano de manera exclusiva, como si este, por el mero hecho de serlo, no hubiera sido históricamente también injusto, sesgado o excluyente. Se trata, más bien, de preguntarse si cabe aún pensar en un punto intermedio, una zona inestable, quizá incómoda, en la que lo técnico y lo jurídico no se enfrenten como lógicas excluyentes y puedan articularse sin anularse entre sí.

La cuestión, por tanto, ya no es si la IA puede remplazar el juicio jurídico o debe hacerlo (algo que, como se ha mostrado, resulta jurídicamente inaceptable), sino si puede ser incorporada, de manera imperfecta y bajo condiciones estrictas, como una herramienta auxiliar en un marco garantista que no sacrifique al sujeto en nombre de la eficiencia.

Desde una perspectiva garantista, dicha coexistencia debería asegurar, al menos, el derecho a comprender cómo se ha producido una decisión; el derecho a impugnarla, el derecho a que intervenga un juzgador imparcial con capacidad de revisar el razonamiento que la sustenta y, en definitiva, el derecho a ser tratado como sujeto, no como simple dato procesado por un sistema. Planteado así, el problema deja de ser una discusión técnica sobre productividad para convertirse en una cuestión filosófico-jurídica sobre la forma que puede —o debe— adoptar la justicia en el siglo xxi. Una justicia híbrida será jurídicamente aceptable solo si no renuncia a sus fundamentos deliberativos, si no sacrifica la equidad en aras de la regularidad estadística y si logra articular un uso normativamente vigilado de la tecnología que no borre la agencia del sujeto jurídico, sino que la refuerce. No será una integración limpia, ni mucho menos perfecta, pero, acaso, la justicia como la democracia nunca lo fue.

VI. CONCLUSIONES

El debate sobre la IA en el ámbito jurídico no puede seguir planteándose, como ocurre en muchas aproximaciones tecnocéntricas, en términos de eficiencia operativa o capacidad de procesamiento. Lo que está verdaderamente en juego no es si los algoritmos pueden ser más rápidos o incluso más «precisos» en términos estadísticos, sino si pueden asumir el núcleo práctico, deliberativo y valorativo del juicio jurídico, o deben hacerlo.

La pretensión de hacer equivalentes la inteligencia humana y la artificial, particularmente en el ámbito del Derecho, conduce a una forma de desfiguración conceptual y práctica. El razonamiento jurídico no es una simple operación técnica ni puede resolverse en términos de cálculo o predicción. Juzgar exige una forma específica de racionalidad deliberativa, interpretativa, situada. Lo que la IA produce con notable eficiencia son clasificaciones y sugerencias formales, no decisiones justificadas en el marco de una comunidad jurídica. Sin embargo, esa distinción comienza a desdibujarse cuando los sistemas computacionales son progresivamente incorporados, más que como herramientas, en calidad de actores funcionales en los procesos de decisión judicial.

La automatización del juicio no implica únicamente una transformación técnica del proceso, sino una mutación silenciosa del estatuto del sujeto jurídico. Cuando la razón práctica es sustituida por modelos automatizados (Barrio, 2024, p. 82), se debilita el fundamento normativo del Derecho y el juicio se aproxima a una operación sin responsabilidad. La justicia deja de entenderse como práctica discursiva y pasa a concebirse como un resultado técnicamente producido.

Frente a esta tendencia, la intervención humana no puede ser meramente simbólica. Debe preservarse en el espacio donde se forma el juicio. Es decir, en la ponderación de principios, la interpretación del conflicto y la asunción de responsabilidad por la decisión. Una inteligencia que no comprende ni responde por lo que produce no puede constituir el fundamento del Derecho, aunque facilite tareas operativas. El Derecho no está llamado a gestionar riesgos, sino a proteger derechos, lo que exige juicio además de eficiencia.

Este trabajo no propone una negación de la tecnología. Apuesta, sí, por una defensa del juicio como núcleo epistémico y normativo del

Derecho. La justicia no es un procedimiento técnico, sino una forma de comprensión situada. Y, por tanto, no puede ser automatizada sin ser vaciada. Lo que está en juego, en fin, no es la oposición entre naturalezas inteligentes, sino el modelo de justicia que se está configurando bajo lógicas que excluyen, silenciosamente, al sujeto jurídico. En este modelo, no cabe olvidar, como recordara Alexy (2009), que ponderar no es calcular, es justificar. Automatizar el juicio equivale, en última instancia, a vaciarlo de su sentido racional y práctico.

VII. REFERENCIAS

- Alexy, R. (Enero-junio, 2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (11), 3-13. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Atienza Rodríguez, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Ariel.
- Barona Vilar, S. (2021). *Algoritmización del Derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la smart justice*. Tirant Lo Blanch.
- Barona Vilar, S. (2022). La seductora algoritmización de la justicia. Hacia una justicia poshumanista (Justicia+): ¿utópica o distópica? *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (100), 36-48.
- Barrio Andrés, M. (2024). *Manual de Derecho digital*. Tirant Lo Blanch.
- Blanco García, A. I. (2024). *Sistemas predictivos en la justicia civil*. Tirant Lo Blanch.
- Boden, M. (2017). *Inteligencia Artificial* (trad. Pérez Parra, I.). Turner.
- Bueno de Mata, F. (2020). Macrodatos, inteligencia artificial y proceso: luces y sombras. *Revista General de Derecho Procesal*, (51), 1-31.
- Cabrera Fernández, M. (2024). Aplicación de la inteligencia artificial a la toma de decisiones judiciales. *Eunomía*, 27, 183-200. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9006>
- Cotino Hueso, L. (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>

- Damasio, A. (2023). *Sentir y saber. El camino de la consciencia* (trad. Ros, J.). Booket.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías* (trad. Carbonell, M., Cabo, A. y Pisarello, G.). Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Gascón Inchausti, F. (2019). Desafíos para el proceso penal en la era digital: Externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial. En Conde Fuentes, M. y Serrano Hoyo, M. (Eds.). *La justicia digital en España y la Unión Europea: Situación actual y perspectivas de futuro*. Atelier.
- Gómez Colomer, J. L. (2020). Unas reflexiones sobre el llamado "juez-robot", al hilo del principio de la independencia judicial. En Nieva Fenoll, J. y Pérez González, M. C. (Eds.). *Justicia algorítmica y neuroderecho*. Tirant Lo Blanch.
- Gómez Colomer, J. L. (2022). Derechos fundamentales, proceso e inteligencia artificial: una reflexión. En Calaza, S. y Llorente, M. (Eds.). *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*. Thomson-Reuters-Aranzadi.
- Grollier, J. y Querlioz, D. (2021). La espintrónica imita al cerebro. *Investigación y ciencia*, (532), 22-30.
- Guzmán Fluja, V. (2017). Sobre la aplicación de la inteligencia artificial a la solución de conflictos. En Barona Vilar, S. (Ed.). *Justicia civil y penal en la era global*. Tirant Lo Blanch.
- Habermas, J. (1986). *Ciencia y técnica como «ideología»*. Tecnos.
- Larson, E. J. (2022). *El mito de la inteligencia artificial: Por qué las máquinas no pueden pensar como nosotros lo hacemos* (trad. Krmpotic, M.). Shackleton.
- Leithl, P. (1998). The Judge and the Computer: how best "Decision Support"? *Artificial Intelligence and Law*, (6), 185-205. https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-015-9010-5_6
- Marcos, A. (2022). ¿Lo técnico como factor de deshumanización? *Cuadernos de pensamiento*, (35), pp. 53-70. <https://doi.org/10.51743/cpe.340>

- Martínez Bahena, G. C. (2020). La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho. *Alegatos*, (82), 827-846. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf>
- Menéndez Sebastián, A. (2010). *El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Mitchell, M. (2024) *Inteligencia artificial. Guía para seres pensantes* (trad. Rodríguez Tapia, M. L.). Capitán Swing.
- Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Otero Parga, M. (2023). ¿Puede la inteligencia artificial sustituir a la mente humana? Implicaciones de la IA en los derechos fundamentales y en la ética. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 57, 39-61. <https://doi.org/10.30827/acfs.v57i.24710>
- Pérez Daudí, V. (2022). La inteligencia artificial y la decisión judicial: ¿puede una máquina juzgar? *De la justicia a la ciberjusticia*. Tirant Lo Blanch.
- Pérez Daudí, V. (2021). El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto. *Revista General de Derecho Procesal*, (54), 1-30.
- Rivas Velasco, M. J. (2022). *Uso ético de inteligencia artificial en justicia*. Consejo General del Poder Judicial. <https://magistratura.es/wp-content/uploads/2024/10/APM-3.9.-MARIA-JOSE-RIVAS-VELASCO.-USO-ETICO-DE-INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-EN-JUSTICIA.pdf>
- Quadra-Salcedo, T. de la y Piñar, J. (2018). *Sociedad digital y Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Santana Ramos, E. M. (2025). El impacto de la inteligencia artificial en la justicia. *Justicia y Derecho*, 22(39), 34-59. <https://revistajd.tsp.gob.cu/index.php/JD/article/view/243>
- Scherer, M. (2019). Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? A Study Examining International Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 36(5), 539-573. <https://doi.org/10.54648/joia2019028>
- Sternberg, R. J. (2019). A Theory of Adaptive Intelligence and Its Relation to General Intelligence. *Journal of Intelligence*, 7(4),

1-17. <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC6963795/pdf/jintelligence-07-00023.pdf>

Suñé Llinás, E. (2020). *Derecho e inteligencia artificial. De la robótica a lo poshumano*. Tirant Lo Blanch.

Solares, B. (1996). La teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas: tres complejos temáticos. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 41(163), 9-33. <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.1996.163.49649>

Zamora Manzano, J. L. (2024). El papel de las *fake news* en la formación de la opinión pública en las decisiones políticas: de Roma a nuestros días. *Revista General de Derecho Romano*, 42.

Zamora Manzano, J. L. (2025). Disinformation and Democracy in Roman Law: Candidates and Election. En Dawidziuk, E., Tarwacka, A. y Kurska, S. (Eds.). *Historical and Contemporary Issues of Democracy, Person and Human Rights*. Peter Lang Publishing Group.

LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA JUSTICIA¹

THE APPLICATION OF THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE TO JUSTICE

■ **DRA. CRISTINA HERMIDA DEL LLANO**

Catedrática de Filosofía del Derecho,
Universidad Rey Juan Carlos, España

<https://orcid.org/0000-0001-8213-3840>

cristina.hermida@urjc.es



Resumen

La inteligencia artificial ha llegado para revolucionar la realidad social y, en particular, el ámbito del Derecho, con un amplio campo de acción en el espacio jurisdiccional. Es cierto que la inteligencia artificial puede constituir una valiosa herramienta de apoyo para la generación de soluciones jurídicas en un marco de productividad y aprendizaje continuo en la optimización de tareas rutinarias y de orden cuantitativo, y que puede llegar a reducir la mora judicial y la duración de los procesos. Sin embargo, aquí se examinan los graves riesgos que entraña un mal uso de esa herramienta en la administración de justicia. Se apela a mantenerse vigilantes ante posibles abusos o extralimitaciones, que puedan poner en entredicho las exigencias o los valores morales

- 1 Este texto se inscribe en el proyecto de investigación, del que la autora es investigadora principal, titulado «La libertad de expresión del juez en el marco del respeto a los principios de ética judicial en España», Proyecto PID2021-127122NB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa. El texto fue defendido como ponencia en la Mesa Redonda «Inteligencia Artificial: Perspectiva Judicial y Perspectiva Antropológica» del curso Encuentro Comisión de Ética Judicial (EN24039), dirigido por don Antonio del Moral García, celebrado en el Tribunal Superior de Justicia de Granada entre el 22 y el 24 de abril de 2024.

básicos de la sociedad hasta el punto de provocar un cambio perverso de paradigma antropológico.

Palabras clave: Inteligencia artificial; ética; justicia; técnica; jueces.

Abstract

Artificial intelligence has arrived to revolutionize social reality and, in particular, the field of law, finding a wide field of action in the jurisdictional field. It is true that artificial intelligence can be a valuable support tool for the generation of legal solutions within a framework of productivity and continuous learning in the optimization of routine and quantitative tasks and can even reduce judicial delays and the duration of proceedings. However, here we examine the serious risks involved in the misuse of this tool in the administration of justice. We are called upon to remain vigilant in the face of possible abuses or overreach that could jeopardize the basic moral demands or values of society to the point of provoking a perverse change in the anthropological paradigm.

Keywords: Artificial Intelligence; Ethics; Justice; Technique; Judges.

Sumario

I. Introducción; II. Un acercamiento a la inteligencia artificial desde la iusfilosofía; 2.1. El *tsunami* del poder económico; 2.2. Surgimiento de un nuevo paradigma antropológico: Erradicación de la dimensión utópica del ser humano y de un posible renacimiento moral; 2.3. El uso de una racionalidad instrumental teñida de sesgos; 2.4. Una visión utilitarista del progreso humano y de la libertad en detrimento de la felicidad; 2.5. Una amenaza frente al humanismo o los derechos humanos fundamentales; 2.6. Jugando a ser Dios, desacralizando la naturaleza humana; 2.7. Trivialización y cosificación del ser humano; 2.8. Desnaturalización del poder judicial; III. Conclusiones; IV. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

«Ningún cambio en la manera en que [se piensa o actúa] podrá ser más decisivo que este: [debe ponerse] a las personas en el centro de

todo lo que [se haga]. No hay vocación más noble ni responsabilidad mayor que la de facilitar los medios a hombres, mujeres y niños, para que puedan vivir mejor» (Annan, 2000, p. 4). Esta frase de Kofi Annan retrata a la perfección la importancia del tema que aquí se aborda cuando se pregunta si la inteligencia artificial (IA) debería respetar el lugar que corresponde a los seres humanos. Además, anima a cuestionarse si, verdaderamente, el uso de la IA, aplicada a la justicia, permitirá vivir mejor y salvaguardar los derechos del ordenamiento jurídico.

Conviene comenzar aclarando que aquí se entiende por IA «el resultado del desarrollo de sistemas informáticos computacionales que simulan o pueden realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como la percepción, el razonamiento y el aprendizaje», siguiendo la definición recogida por la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ) en su «XXIV dictamen sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional» (2023), cuyo ponente fue Sánchez Rodríguez. La pregunta que surge inmediatamente es si una máquina realmente percibe, razona y aprende y, en caso afirmativo, cómo lo hace.

Parece indiscutible que la IA ha llegado para revolucionar el ámbito del Derecho, en particular, con un amplio campo de acción en los procesos judiciales. A ello ha contribuido el avance imparable del fenómeno de la globalización, junto con las exigencias de una sociedad en constante crecimiento y desarrollo que está demandando sin cesar procesos de mayor eficiencia y celeridad. Como se ha precisado, en países como Argentina se han logrado elaborar dictámenes 200 % más rápido, en Reino Unido se han resuelto disputas por divorcio en línea y en China desde 2014 se cuenta con el primer asistente de IA en los juzgados, llamado Xiao Fa, que brinda asesoramiento legal a los justiciables en el tribunal de Beijing (Machuca, 2025; Zhabina, 2023).

Por no hablar del *software* de IA chino para el proceso penal, conocido como «sistema 206», el cual cuenta, entre sus principales iones, con

la constitución de estándares probatorios, que elimine o suprima toda manifestación de arbitrariedad que pueda exteriorizarse, a través del razonamiento interno, que deba realizar el tribunal a la hora de valorar la prueba, conforme a las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos,

aceptados o contenidos en informes periciales que hubieren podido mostrarse en el acto de juicio (arts. 50-59 LPPRPC). (Gil, 2021, pp. 357-358)

También, un caso curioso es el de Estonia, lugar donde ya se está apostando por jueces robot, como se ha resaltado en *The Technolawgist* (2019).

Ante la aseveración de que «una verdadera administración de justicia debe ser digital o no cumplirá con sus objetivos» (Simón, 2022, s. p.), el pensamiento iusfilosófico no puede quedar rezagado, sino que más bien al contrario debería asumir una actitud proactiva y permanecer alerta ante la inesperada dinámica social, resultado de los extraordinarios y vertiginosos avances que se están produciendo en el ámbito científico y tecnológico (Demetrio, 2017, pp. 2-3). Téngase en cuenta que estos están comenzando a tener una incidencia directa en los procesos judiciales y se debe asegurar que la función judicial continúe siendo una actividad humana, sin caer en la tentación de pensar que la IA es siempre la mejor opción para resolver un problema o dilema jurídico.

Aunque en no pocas ocasiones el Derecho vaya a remolque de la realidad social, aquel no solo puede ser un verdadero trampolín para el cambio social en este campo, sino que tiene la obligación de erigirse en él, a pesar de los vertiginosos e imparables avances tecnológicos. Ello, además, estaría en concordancia con la «Declaración sobre ética y protección de datos en el sector de la inteligencia artificial», aprobada en 2018 por las autoridades de protección de datos de la Unión Europea, el «Libro blanco sobre la inteligencia artificial» de 2020 de la Comisión Europea, el «Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea» de 2024, o los principios contenidos en la «Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial», aprobada en 2018 por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), en el marco del Consejo de Europa.

De alguna manera, tanto el legislador nacional como europeo han de tratar de que la adaptación normativa sea capaz de seguir el ritmo del actual crecimiento tecnológico, para que no se generen vacíos en relación con las acciones que se puedan realizar, «tanto desde una estrategia preventiva como de otra estrategia de control y sanción para los usos indebidos», conforme a lo establecido por la CIEJ (2023) en el n.º 39 del «XXIV dictamen sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional».

La iusfilosofía como disciplina es fundamental a la hora de llamar la atención sobre los peligros que acechan frente al auge de un reduccionismo jurídico hasta la fecha desconocido, el cual encierra la contracción de la administración de justicia a la decisión adoptada por la IA. Probablemente, este nuevo reduccionismo pueda llegar a solapar o superponerse a otros que han sido debatidos en el campo de la Filosofía del Derecho durante siglos.

Piénsese, en primer lugar, en el reduccionismo del iusnaturalismo ontológico que considera Derecho solo al que se corresponde con los principios de justicia inmortales, eternos e imperecederos, la llamada o conocida como «Ley Natural», hasta el punto de destruir la juridicidad del Derecho que se considera injusto. El lector estará de acuerdo en que cuesta imaginar al personaje de Antígona en la gran tragedia de Sófocles, en el siglo va. C, invocando la decisión de una máquina como parámetro de justicia universal (Parodi, 2004, pp. 109-119). Y, en segundo orden, en el extremo opuesto, emerge el reduccionismo positivista ideológico radical, que encarna el filósofo político inglés Thomas Hobbes (1588-1679), cuando entiende que el Derecho es solo aquel del que ordena y manda en la sociedad, esto es, del soberano que concentra todos los poderes del Estado (Bobbio, 2004). Pues bien, el reduccionismo al que se está ahora seriamente expuestos en el siglo xxi sería el de considerar como Derecho justo aquel que emana del cauce de la IA.

II. UN ACERCAMIENTO A LA IA DESDE LA IUSFILOSOFÍA

El reduccionismo que deriva de una fe ciega en el uso de la IA aplicada a la administración de justicia plantea serios problemas, que aquí se abordarán, aunque sea brevemente, desde la iusfilosofía (Hermida, 2025).

2.1. EL TSUNAMI DEL PODER ECONÓMICO

Un dato meramente fáctico que ha subrayado, con sumo acierto Nemitz, es que la concentración de poder tecnológico, económico y político se encuentra

en manos de los “cinco temibles” (Amazon, Apple, Facebook, Google, Microsoft), que ocupan el centro de la escena del

desarrollo y uso comercial de la inteligencia artificial. [...] Esta acumulación de poder en manos de unos pocos debe ser observada de modo abarcativo: incluye el poder del dinero, el poder sobre la infraestructura democrática y el discurso público, el poder sobre los individuos a través de la elaboración de perfiles precisos y la supremacía en el campo de la inteligencia artificial. (2021, p. 131)

Esta aseveración obliga a reflexionar sobre si detrás de los expertos técnicos, apoyados por fuertes poderes económicos no debería estar siempre la mano humana de las personas juzgadoras cuando se hace uso de la IA para no dejar que la administración de la justicia se encuentre absolutamente dependiente de grandes corporaciones privadas o gigantes empresariales (Ponce, 2024). Como se ha resaltado: «A diferencia de internet, la inteligencia artificial no es producto de unos pocos académicos e idealistas, sino de las poderosísimas empresas de internet que la controlan» (Nemitz, 2021, p. 135); de tal manera, que los grandes Dioses decisorios pasan a ser unos pocos muy ricos por el poder económico que ostentan a nivel mundial y se crea una brecha todavía más grande entre ricos y pobres. Conforme ha subrayado la CIEJ en el «XXIV dictamen sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional»:

En numerosos casos, las tecnologías más avanzadas son desarrolladas por entidades privadas o externas a los Poderes judiciales, que podrían tener otro tipo de intereses, posiblemente más económicos que sociales, en el uso de los datos. Por lo general, las instituciones públicas no cuentan con personal profesional y técnico para conocer la forma en que operan estos sistemas, lo que genera una gran dependencia de proveedores externos. (2023, p. 7)

Para entender este riesgo de una forma todavía más clara y cercana piénsese en los graves problemas económicos que acechan al buscador de Google frente al auge imparable que está teniendo ChatGPT, en paulatino ascenso en el número de usuarios digitales. Según también ha precisado, con lucidez, Aretxaga (2020):

Se trata, como puede verse, de cuestiones de hondo calado que, como señalan los especialistas más sensatos, no pueden dejarse tan solo en manos de los científicos ni de los intereses económicos —u otros menos confesables—, especialmente

los de las grandes corporaciones. La importancia de lo que está en juego es de tal magnitud que se hace urgente que todos —científicos, políticos y opinión pública en general— nos hagamos eco de los retos y oportunidades que tales cuestiones representan, para que sepamos encontrar las respuestas más adecuadas con la seriedad y reflexión, pero también urgencia, que la situación demanda, evitando las posturas maximalistas, tanto del optimismo tecnófilo superficial e injustificado como del alarmismo catastrofista tecnófobo. Los riesgos y las oportunidades existen y, por ello, también las responsabilidades. (p. 231)

2.2. SURGIMIENTO DE UN NUEVO PARADIGMA ANTROPOLÓGICO: ERRADICACIÓN DE LA DIMENSIÓN UTÓPICA DEL SER HUMANO Y DE UN POSIBLE RENACIMIENTO MORAL

Si la IA funciona combinando grandes cantidades de datos con procesamiento rápido e iterativo y algoritmos inteligentes, que permiten al *software* aprender automáticamente de patrones o características en los datos, queda claro que la IA genera un nuevo paradigma a nivel antropológico. Con palabras de Aretxaga (2020), siguiendo a Beorlegui:

Este cambio de perspectiva —acaso de paradigma antropológico— supone un reto teórico y filosófico para los especialistas en estas materias, a la vez que conlleva profundas repercusiones en el ámbito de la ética, así como en el modo de organizar nuestras vidas y sociedades. (p. 230)

De hecho, en 2021, en el marco de las Naciones Unidas, la Unesco adoptó la *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*, que propone valores y principios que buscan, entre otras cuestiones, orientar a los Estados en la formulación de leyes, políticas u otros instrumentos relativos a la IA y las acciones para asegurar la incorporación de la ética en todas las etapas del ciclo de vida de los sistemas de IA (Unesco, 2021). Entre los valores que enumera esta *Recomendación* se encuentran: 1) Respeto, protección y promoción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana; 2) Prosperidad del medio ambiente y los ecosistemas; 3) Diversidad e inclusión; 4) Convivencia en sociedades pacíficas, justas e interconectadas. La misma *Recomendación* enuncia

los principios en los que se inspira, a saber: 1) Proporcionalidad e inocuidad; 2) Seguridad y protección; 3) Equidad y no discriminación; 4) Sostenibilidad; 5) Derecho a la intimidad y protección de datos; 6) Supervisión y decisión humanas; 7) Transparencia y explicabilidad; 8) Responsabilidad y rendición de cuentas; 9) Sensibilización y educación; 10) Gobernanza y colaboración adaptativas y de múltiples partes interesadas.

En lo que se refiere a la dimensión ética del ser humano, hay que tener en cuenta que la IA desconoce la visión a futuro, la dimensión utópica y anhelante, tan importante como inherente al ser humano. Nadie duda de que la IA puede llegar a ser un excelente agente probabilístico o predictivo, al asumir una función automática predictiva basada en patrones, pero lo que también parece evidente es que esta herramienta, con los patrones que juega, no mira al futuro, al trabajar solo con datos de un pasado histórico más o menos reciente. Se podría decir que la IA trabaja en función de una memoria histórica automatizada, que se va alimentando paulatinamente, incapaz de cambiar el curso previsible de los acontecimientos a futuro.

Tal y como señala la CIEJ en el XXIV dictamen (2023):

En el ámbito judicial, la IA puede ser utilizada, por ejemplo, para la automatización y mejora de los procesos, como pueden ser la identificación y comparación de pruebas, verificación y compilación de datos, programación de audiencias. Todas estas tareas pretenden una reducción de las cargas de trabajo de las personas juzgadoras y una reducción en los tiempos de tramitación de los casos. (p. 3)

En realidad, este dictamen remite al anterior de 2020 —el «IX dictamen sobre el uso por el juez de las nuevas tecnologías»—, en el que la CIEJ tuvo ocasión de explorar el empleo de la IA en el ejercicio de la función de juzgar.

Pues bien, a sabiendas de que la IA puede constituir una valiosa herramienta para contar con información más amplia y a mayor velocidad, así como para generar soluciones en un marco de productividad y aprendizaje continuo —dadas las ventajas que representa el uso de la IA en la optimización de tareas rutinarias y de orden cuantitativo—, resulta constatable una grave y palpable deficiencia, y es que esta no tiene una visión de futuro más que la que le dan los patrones del

pasado del quehacer humano, esto es, no goza de una dimensión utópica, lo que es un argumento a favor para reservar a las personas juzgadoras la tarea de adopción de las decisiones judiciales.

Además, a ello se suma otro problema al que se enfrenta la IA, estrechamente vinculado con lo anterior, y es que los seres humanos no siempre reflejan en el exterior, es decir, exteriorizan, sus preferencias, prejuicios, todos ellos cambiantes a lo largo de la vida.

No se puede, así, pasar por alto que la IA mutila o ignora otra dimensión importante del ser humano, como sujeto que es capaz de empezar desde cero en cualquier momento, sin volver sobre sus propios pasos, algo que, por cierto, la filósofa Hannah Arendt (2010) subrayó cuando hablaba de la importancia de la «vita activa» en el sujeto moral. Precisamente, la teórica política llamó la atención de que el mal radical del holocausto nazi tenía que ver con el hecho de «hacer superfluos a los seres humanos como seres humanos» (p. 209) y, curiosamente, de esa premisa se podía terminar derivando la tesis de que un juez bueno debería ser entonces aquel que combatiera la idea de lo superfluo para sí mismo, pero también para la sociedad. La dominación total del individuo pasaría, a juicio de Arendt, por distintas fases: en primer lugar, se mataba a las personas jurídicas de los hombres; en segundo lugar, venía el asesinato de la persona moral; en tercer lugar, la destrucción sistemática de la individualidad. Si «volver superfluos a los seres humanos equivale a erradicar las mismas condiciones que hacen posible la humanidad, destruir la pluralidad humana, la espontaneidad, la natalidad y la individualidad» (Bernstein, 2006, p. 244). *Sensu contrario*, podría sostenerse que una buena administración de justicia sería aquella que desde la bondad incondicional reconstruye la pluralidad humana, vivificando la espontaneidad, la natalidad y la individualidad, lo que no se puede conseguir a través de una máquina por compleja que sea esta.

2.3. EL USO DE UNA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL TEÑIDA DE SEGOS

Aunque nadie dudaría en reconocer que el uso de la IA aplicada a la justicia puede facilitar la resolución de problemas o conflictos jurídicos en un plazo de tiempo más breve y con menor desgaste

o esfuerzo,² y que puede llegar a reducir la mora judicial y la duración de los procesos, también es cierto es que la IA se sirve de una racionalidad que no es finalista, sino meramente instrumental (Rayón, 2025). Precisamente por ello, aunque pudiera parecer que las emociones, a primera vista, no están tan presentes en las máquinas como en los seres humanos, en realidad, los sesgos pueden estar mucho más marcados y fuertes en las primeras, llegado el caso, y poner en peligro y entredicho la imparcialidad del juzgador. Téngase en cuenta que la decisión que emane de la IA estará en directa relación con los datos previamente introducidos en ella, los cuales

- 2 Ejemplos de usos de inteligencia artificial en América Latina, según el Instituto Belisario Domínguez, del Senado de la República de México (Rodríguez, 2022), serían los siguientes:

Argentina (Prometea): Su objetivo es la automatización de tareas reiterativas y la aplicación de IA para generar dictámenes judiciales en cuatro clases de amparos (habitacional, licencias para conducir taxi, ejecuciones fiscales y empleo público), para lo cual se basa en casos análogos para cuya solución ya existen precedente.

Colombia (PretorIA): Su objetivo es apoyar a la Corte Constitucional en la selección de tutelas judiciales de los derechos fundamentales que sean de su competencia.

México: En la actualidad no se implementa o desarrolla ningún procedimiento con IA en el sistema de justicia, pero existe evidencia de que se han desarrollado al menos tres proyectos relacionados con la IA: Justiniano, Expertius y Sistema Experto de Sentencias.

Justiniano: Fue desarrollado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM) y financiado por el CONACYT. Este sistema en materia de derechos humanos está basado en un modelo constructivista y busca resolver problemas consistentes en determinar hechos violatorios, derechos humanos vulnerados y el área de competencia a la cual debe ser asignado cada caso.

Expertius: Fue desarrollado por el Departamento de Inteligencia Artificial aplicada al Derecho, también del IIJ-UNAM y financiado por el CONACYT. Se basa en un modelo constructivista y de redes neuronales y tiene por objeto apoyar en la toma de decisiones judiciales en los procesos relacionados con pensiones alimenticias.

El Sistema Experto de Sentencias (SES), desarrollado por la Dra. María del Socorro Téllez Silva en su tesis doctoral: *Una aproximación a la representación del conocimiento legal en computadora asistido por inferencias difusas*. Fue un prototipo para apoyar a los jueces de lo familiar a emitir sentencias en materia de juicios de divorcio necesario, patria potestad y alimentos, cuya base de conocimiento se integra por los requisitos de forma y fondo de una sentencia de derecho familiar.

dependen, necesariamente, de decisiones humanas cargadas de valores, ideologías, condicionamientos de carácter cultural, económico, social, etcétera.

Sobre ello ya llamó la atención el Dictamen de la CIEJ de 2020, cuando retomaba, específicamente y respecto de la administración de justicia, los principios contenidos en la «Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial», mencionada *supra*. Allí se resaltó la repercusión que había tenido en diversos tribunales el uso de algoritmos en los ámbitos penal y administrativo, en cuanto al tratamiento privado de los datos, su interpretación y los fines perseguidos, así como la posibilidad de que se exacerbaban los sesgos ya presentes en los datos. Como ha recordado Ponce (2024), no se pueden ignorar

los sesgos cognitivos de los programadores, especialmente los sesgos de confirmación y disponibilidad, los de las personas supervisoras del sistema, especialmente el de automatización, y el de la persona decisoria humana, si la decisión no es automatizada, especialmente los de anclaje y automatización, se transfieren al sistema algorítmico o afectan a su desarrollo en la realidad. (p. 61)

Recientemente, el caso BOSCO ha llegado al Tribunal Supremo español, en julio de 2025, para convertirse en el primer gran pulso que se libra en los tribunales sobre la transparencia algorítmica en España. De hecho, este litigio se ha convertido en una batalla clave para la transparencia de las decisiones automatizadas aplicadas a la gestión de lo público. Concretamente, el asunto nació a raíz de la denegación de una solicitud de una ayuda esencial para poder pagar la factura de la luz (bono social). Fue Civio, una organización sin ánimo de lucro y a favor de la transparencia, preocupada por acercar la información pública a la ciudadanía, la que decidió pedir el código del programa informático BOSCO que gestionaba desde las empresas eléctricas el bono social para los más vulnerables. Debido a que el ministerio denegó este acceso, Civio se decidió a interponer una reclamación ante el Consejo de Transparencia, ya que había indicios de que este programa público, que había sido diseñado para ayudar, estaba cometiendo errores que afectaban, directamente, a más de dos millones de familias vulnerables. La Audiencia Nacional apoyó el argumento que dio en su momento el Gobierno, y que señalaba que compartir este código suponía un daño a la propiedad intelectual, la

protección de los datos personales que usaba, la seguridad de prácticamente todos los sistemas informáticos de la administración y los límites a la transparencia de la ley. Se consideró que liberar el código podría provocar y facilitar que se atacasen los sistemas informáticos de la Administración con todo tipo de ciberataques como *phishing*, extorsiones o incluso el minado de criptomonedas (Terán, 2024).

La batalla legal duró seis años y fue el Tribunal Supremo el encargado de cerrar el caso. La decisión no solo afecta al bono social, sino que sienta un precedente clave para todos los sistemas de IA y algoritmos que ya están decidiendo o influyendo sobre los derechos y recursos públicos de los españoles.

Este caso es relevante porque pone de manifiesto los riesgos de la opacidad algorítmica y propone soluciones para una IA pública transparente y responsable, desde la labor realizada por Civio. Aunque es cierto que la búsqueda de más eficiencia por parte de la Administración pública es siempre una tentación, la opacidad en este ámbito supone un riesgo inasumible, máxime si se trata de la administración de justicia:

Si no sabemos cómo funcionan estas «cajas negras» algorítmicas, ¿cómo podemos detectar errores o sesgos? ¿Cómo sabemos si los criterios que nos aplican son justos o si nos discriminan? Lo que parece evidente es que cuando no hay transparencia, hay indefensión. (Civio, 2025, s.p.)

Está en juego el derecho de los ciudadanos a entender cómo se toman las decisiones que les afectan directamente. El Artículo 9.3 de la Constitución española garantiza la seguridad jurídica para que las personas puedan conocer las normas y los criterios que las afectan, y, si en su caso, son justas o no. Si los algoritmos que automatizan estas decisiones son opacos, las personas afectadas quedan en total indefensión y no pueden cuestionar posibles errores o sesgos.

Además, la falta de transparencia pone en riesgo el control judicial de las decisiones automatizadas. De hecho, Civio apeló al Artículo 106.1 de la Constitución, por el que los tribunales deberían poder fiscalizar la legalidad de las actuaciones administrativas, al interpretar que, sin acceso al código fuente, los jueces no podían comprobar si BOSCO estaba funcionando conforme a la ley, lo cual dejaba en manos de la Administración un poder discrecional sin control externo. En el recurso planteado, se remitió al Derecho com-

parado, al alegar que el Consejo de Estado de Italia, en 2019, había dictaminado que el código fuente de los algoritmos públicos debía ser accesible para su revisión judicial.

Como, con razón, ha apuntado Nemitz:

a las personas debería asistirles el derecho legal de estar informadas sobre la funcionalidad exacta de la inteligencia artificial que están utilizando. ¿Qué lógicas sigue? ¿Cómo afecta su uso los propios intereses o los intereses de terceros? Esta obligación de proporcionar información también debería existir, aunque no se estén procesando datos personales. En este caso, ya existe la obligación legal en el [«Reglamento general de protección de datos»]. En este contexto, debe rechazarse la exigencia de los gigantes tecnológicos de mantener en secreto los modos de funcionamiento y los procesos de toma de decisiones de la inteligencia artificial. (2021, p. 294)

En este mismo sentido se ha pronunciado la CIEJ en el XXIV dictamen (2023), supracitado:

Como parte del deber de transparencia de la Administración pública, los desarrollos de la inteligencia artificial deben basarse en algoritmos de «cajas blancas», que eviten la opacidad, es decir deben guiarse por la explicabilidad y deben permitir la trazabilidad, lo que implica que a la persona usuaria se le informe y sepa cuándo interactúa con un sistema de IA. Por esa misma razón, para un servicio público de justicia en una sociedad democrática no se recomiendan los sistemas de «cajas negras», es decir, aquellos en los que se incluyen datos de los que no se conoce su procesamiento. (p. 11)

Todo deriva de la presunción de que los sesgos que pueda tener el juez, cuando resuelve un caso como sujeto humano, pueden haberse trasladado a la IA, en los mismos términos; sesgos como los de anclaje, reconocimiento o confirmación (Sancho, 2022), que pueden haber quedado en los algoritmos de la IA. En este sentido, la CIEJ (2023) ha precisado, con rotundidad:

Los programas de IA utilizan como materia prima la información estadística que recopilan de fuentes, hasta ahora, manejadas por seres humanos; esto implica que, si la información base presenta algún tipo de sesgo, la IA podrá reproducirlos e,

incluso, acrecentarlos. Por ejemplo, si en un país son frecuentes los arrestos de los ciudadanos de una población minoritaria, como sucede en muchas ocasiones con los migrantes, los programas podrían interpretar que las personas migrantes, en general, tienen mayor tendencia a delinquir, cuando puede ser que esto no coincida con la realidad. (p. 8)

Si la protección de los derechos fundamentales constituye una responsabilidad individual y colectiva, ¿cómo se puede considerar correcta la respuesta de la IA a la pregunta, por ejemplo, sobre si está justificado suprimir derechos de ciertos individuos en aras de preservar la identidad cultural del grupo? Se coincide con Husserl en que no se puede destruir, en ningún caso, la razón filosófica occidental (Benhabib, 2008, pp. 175-203).

Además, a ello se suma que el Derecho no es una ciencia exacta como las matemáticas y, en consecuencia, parece poco razonable que con la aritmética se pueda ir a prisión como ya está ocurriendo en Estados Unidos (Maybin, 2016). En una de sus enmiendas, el Parlamento Europeo estableció límites al uso de la IA en el ámbito judicial en 2023 y, a modo de principio, proclamó:

La utilización de herramientas de inteligencia artificial puede apoyar la toma de decisiones, pero no debe substituir el poder de toma de decisiones de los jueces o la independencia judicial, puesto que la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad y una decisión de origen humano. (Parlamento Europeo, 2023)

Es más, no es una cuestión baladí que la IA pueda llegar a fabricar pruebas falsas. Como ha resaltado la CIEJ en el n.º 36 del «XXIV dictamen sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional» (2023):

Por ejemplo, ya se está utilizando para la creación de fotografías y videos donde aparecen personas que realmente no estuvieron presentes. También es posible la simulación de voces o la réplica de estilos y rasgos de escritura, lo que dificulta distinguir entre las pruebas artificiosas y las reales. (p. 8)

Todo ello obliga a pensar que la decisión final debería depender de un ser humano.

2.4. UNA VISIÓN UTILITARISTA DEL PROGRESO HUMANO Y DE LA LIBERTAD EN DETRIMENTO DE LA FELICIDAD

Otro problema que, igualmente, plantea la aplicación de la IA a la justicia es que se apoya en una visión utilitarista del progreso humano y de la libertad, al creer que los valores que de hecho han de imperar son la celeridad y la eficacia, y se olvida de un binomio imprescindible, que vincula el reino de la justicia con el de la felicidad, algo propio de los seres humanos. El uso poco ético o abusivo de la IA, aplicada a la administración de justicia, conllevaría a que las personas juzgadoras dejaran de cultivar la virtud de la justicia y todas las virtudes dianoéticas aristotélicas perderían su razón de ser, debido a que los jueces cesarían de reflexionar de forma crítica y deliberar sobre la decisión justa, al ser una máquina la que, parafraseando a Montesquieu, pasaría a convertirse en «la boca que pronuncia las palabras de la ley» (1964, p. 586). Del mismo modo, se olvidaría que la felicidad goza, en realidad, de una doble dimensión: como bienestar privado y como felicidad pública, la cual resulta inviable cuando los ciudadanos depositan las virtudes públicas en las máquinas.

Cuando en 2014, influido por la era posdarwinista (Soler, 2018), Bostrom sugirió que las máquinas inteligentes podían llegar a tener valores, con significado humano, desde los que poder motivar sus decisiones y acciones, ya estaba pensando en valores vinculados con la corriente utilitarista fundamentada en la maximización de la felicidad y la minimización del sufrimiento.

No cabe duda de que el transhumanismo acecha tras estos planteamientos, basados principalmente en la razón instrumental y el utilitarismo (Romañach, 2016, p. 11). Ello supone un distanciamiento de la defensa de una razón universal, que reconoce, en verdad, a los seres humanos como titulares de un «derecho a tener derechos», resultante de luchas políticas, movimientos sociales y procesos de aprendizaje entre —y a través de— clases, géneros, naciones, grupos étnicos y credos religiosos. Como se ha precisado, con acierto:

Este es el auténtico significado del universalismo: [...] experiencias de establecer una comunalidad a través de la diversidad, conflicto, división y lucha. El universalismo es una aspiración, un objetivo moral por el que pelear; no es un hecho, una descripción del modo en que el mundo es. (Benhabib, 2008, p. 191)

Con otras palabras, no se puede pretender crear un modelo de *deber ser* desde una realidad fáctica estática, como si fuera una fotografía fija, debido a que la realidad se construye de forma paulatina y, muchas veces, resulta imprevisible.

2.5. UNA AMENAZA FRENTE AL HUMANISMO O LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

La aplicación de la IA a la justicia puede convertirse en una amenaza al humanismo o a los valores morales. Algunos escándalos demuestran que, en nombre de la ciencia, se ha explotado e instrumentalizado a personas especialmente vulnerables (Macip y Willmott, 2013, p. 197). Esta elocuente declaración, de alguna forma, advierte que argumentar a favor de la ciencia no garantiza en absoluto que la práctica que se lleve a cabo sea siempre respetuosa con los valores morales, esto es, con los derechos humanos. Es, por ello, imprescindible mantenerse vigilante ante posibles abusos o extralimitaciones de la IA que puedan poner en riesgo las exigencias o los valores morales básicos de la sociedad, los derechos humanos. La CIEJ (2023) ha recordado a este respecto:

En relación con el poder judicial, la *Recomendación* de la UNESCO señala la necesidad de prever mecanismos para vigilar el impacto social y económico de dichos sistemas y el deber de los Estados de reforzar la capacidad del Poder Judicial para adoptar decisiones relacionadas con IA, particularmente en lo relativo a la protección de los derechos humanos, el Estado de Derecho, la independencia judicial y el principio de supervisión humana, así como la fiabilidad de esos sistemas, su orientación al interés público y centrados en el ser humano. (p. 2)

De cierta manera, un mal uso de la IA aplicada a la justicia puede poner en entredicho los rasgos inherentes a los derechos humanos fundamentales, pues estos son inalienables, inviolables, irrenunciables, intransigibles, personalísimos, indisponibles, activa y pasivamente, en cuanto que no son alienables por el sujeto titular de los derechos, y tampoco pueden ser expropiados o limitados por otros sujetos, menos aún, una máquina. Como ha precisado Laporta, al referirse a la inalienabilidad de los derechos, en tanto rasgo esencial y característico de ellos «[...] nadie puede renunciar a tales derechos, ni siquiera en el uso o ejercicio de uno de ellos: el derecho de libertad»

(Laporta, 1993 y 1995, p. 84); o bien, como el autor advierte: «Los derechos humanos, en tanto en cuanto [sic] son «inalienables», se le adscriben al individuo al margen de su consentimiento, o contra él, y se le inmuniza moralmente incluso frente a su propia voluntad» (Laporta, 1987, p. 44).

Debería quedar claro que los derechos humanos fundamentales no pueden dejar de ser un límite no solo para los poderes constituidos, sino incluso para la propia autonomía de sus titulares (Ferra-joli, 2001, pp. 47-48). Desde esta perspectiva, cabe recordar el Artículo 3.2 de la «Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», cuando prohibía las prácticas eugenésicas, el tráfico de cuerpos humanos, o de partes de estos y la clonación reproductora de seres humanos, que llevó a establecer, en su momento, no tanto límites al poder del Estado como a la libertad de la sociedad civil (Rubio, 2002, pp. 9 y 11).

Asimismo, como ha puesto de relieve la CIEJ (2023) en su XXIV dictamen:

El uso de la IA afecta a [sic] la garantía de determinados derechos fundamentales de gran trascendencia en una sociedad democrática: la intimidad, la privacidad y la protección de los datos personales, lo que constituye un particular reto frente a la introducción de sistemas de IA, porque el procesamiento de la información de las causas judiciales podría llevarse a cabo mediante sistemas informáticos desarrollados, operados y/o pertenecientes a empresas privadas, tanto locales como multinacionales, sobre los cuales el Estado podría ejercer un bajo o un nulo control directo. Esto conduce a la necesidad de establecer pautas claras para el tratamiento de los datos y mecanismos de fiscalización. (p. 7)

Detrás de la aplicación de la IA a la justicia se puede estar escondiendo la exaltación de un individualismo radical pernicioso, el cual termina salpicando la propia comprensión de los derechos fundamentales, al perderse de vista que los derechos no pueden ser entendidos en abstracto individualmente. Hay que tener en cuenta que las decisiones humanas se toman siempre en un contexto personal, social, cultural, etc., a lo que de modo preciso trató de dar respuesta el proceso de especificación de los derechos fundamentales y que

costó tantas luchas a lo largo de la historia para la consolidación de aquellos. Sobre esto, la CIEJ (2023) también se ha pronunciado:

En suma y en el mundo actual la IA carece de capacidad de juicio moral, por lo que no puede comprender el contexto emocional o psicológico de una situación concreta o bien no puede interpretar a ciencia cierta el espíritu de las normas, lo que es esencial para la labor jurisdiccional, por ejemplo, en el manejo del margen de discrecionalidad inherente en la adopción de una decisión judicial. (p. 9)

Efectivamente, solo las personas juzgadoras son capaces de atender al espíritu de la norma y, en suma, responder por las decisiones adoptadas. Como con agudeza ha subrayado García (2022), en el Derecho queda reflejada la propia condición humana:

Un cuerpo material, las normas jurídicas, y otro esencial, que podemos llamar su alma o razón, y que es el que orienta los movimientos de quien aplica la norma y de la norma misma, de modo que podrán dirigirse a hacer efectiva la realización de la Justicia en el mundo o perseguir todo lo contrario. Un Derecho sin Ética es un cuerpo sin alma o sin razón: es decir, un monstruo. El verdadero Derecho habrá de unir bajo un mismo concepto norma positiva y norma moral: ley y honestidad. (p. 12)

Los jueces en su tarea de interpretar las leyes y aplicarlas se guían por una brújula moral, que es inherente a cada ser humano, esto es, una conciencia ética, que jamás podrá ser transferida a una máquina o computadora. Pensar lo contrario supone como, con acierto, ha apuntado Espinosa (2010), una posición materialista que niega cualquier residuo o dimensión espiritual del ser humano. Literalmente, el autor precisa: «En este sentido de rebasar cualquier compartimentación ontológica, los animales y las máquinas son considerados también sujetos y objetos morales» (pp. 583-615), lo que tiene graves consecuencias desde el punto de vista de la ética práctica. El filósofo Keekok Lee ha sostenido, con razón, que la tecnología ha servido para transformar «lo *natural* en *artefactual*» (1999).

Es más, tan importante como el contexto emocional, social o psicológico, es el contexto normativo, esto es, ninguna disposición jurídica se aplica aisladamente, sino como parte del sistema al que pertenece y el ordenamiento en su conjunto condiciona el tipo de

norma expresada por cualquier enunciado jurídico. En este sentido, Schauer (2004, p. 251) ha destacado que, cuando se está sujeto a un conjunto de reglas, lo que se sigue de ellas depende más del modo en que se relacionan que de lo que establecen particularmente. Ello invita a preguntarse cómo crea la IA ese tejido normativo y cómo contextualiza el sistema.

2.6. JUGANDO A SER DIOS, DESACRALIZANDO LA NATURALEZA HUMANA

A través del uso de la IA aplicada a la justicia se está jugando a ser Dios, pues se asume como premisa primera la tesis antinaturalista y se alega que se caería en la falacia naturalista, al considerar que, de un juicio fáctico —no se hizo anteriormente uso de la IA en la justicia— cabe derivar un juicio de valor de corrección moral.

La defensa del uso indiscriminado de la IA, aplicado a la justicia, no solamente se enfrentaría al humanismo cristiano renacentista o ilustrado, sino a cualquier forma de sacralización de la naturaleza humana, tal y como ha defendido, por ejemplo, More en la *Declaración transhumanista de los principios extropianos* (Llano, 2018, pp. 66-67). No les falta razón a los que opinan que desde esta desacralización de la naturaleza humana y sacralización de la IA «se juega a ser Dios» porque «la naturaleza no es sagrada, por lo que nada impide modificarla, mejorarla o aumentarla» (Llano, 2018, p. 66).

2.7. TRIVIALIZACIÓN Y COSIFICACIÓN DEL SER HUMANO

Decía el filósofo español Julián Marías que la vida constituye una lucha entre dos impulsos contrapuestos: «el afianzamiento y extensión de la zona personal, y la invasión y reducción de ésta por lo impersonal, en último extremo por la cosificación» (1993, p. 140). Conforme a ello, cabría decir que, con el uso de la IA aplicada a la justicia, se quiera o no, se alimenta una corriente de pensamiento con la que no se trata de humanizar las máquinas sino más bien, lo que es peor, de cosificar al ser humano, al dejar de ser un fin en sí mismo en el sentido propiamente kantiano.

Resulta sumamente peligroso y nocivo el hecho de que la técnica deje de ser un simple instrumento y pase a convertirse en un fin en sí mismo. Ortega tuvo la lucidez de afirmar que «la reforma

de la naturaleza o técnica, como todo cambio o mutación, es un movimiento con sus dos términos, *a quo* y *ad quem*» (2014, p. 95). Puesto que el término *a quo* es la naturaleza, según está ahí, para modificarla resulta imprescindible fijar el otro término, hacia el cual se la va a conformar. Pues bien, como precisó el filósofo español, «este término *ad quem* es el programa vital del hombre» (Ortega y Gasset, 2014, p. 95), algo irrenunciable. En definitiva, de todos y cada uno depende no olvidar el alegato orteguiano de que la técnica no puede dejar de ser «como un gigantesco aparato ortopédico» que los técnicos crean, a sabiendas de que «toda técnica tiene esta maravillosa y —como todo en el hombre— dramática tendencia y cualidad de ser una fabulosa y grande ortopedia» (Ortega y Gasset, 2014, p. 183). De ahí que la técnica sea lo opuesto de la adaptación del sujeto al medio: «la adaptación del medio al sujeto» (Ortega y Gasset, 2014, p. 67).

En esta misma dirección, no pueden ser más oportunas las palabras de Aranguren, a propósito de la filosofía orsiana, entendida como esfuerzo de integración y superación de lo que el positivismo había separado:

En la filosofía de Xenius, el ser humano es tan animal como ángel: la humanidad es el resultado de la tensión entre ambos. Por debajo, el hombre es animal; por encima, ángel. Pero no es ninguna de las dos cosas en estado puro, sino ambas a la vez. (Hermida, 2020, p. 274)

De ahí que, siguiendo al filósofo mencionado, se deba no solo huir, sino combatir cualquier intento de cosificación del ser humano.

2.8. DESNATURALIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL

Un mal uso de la IA aplicada a la administración de justicia puede poner en riesgo los pilares del Estado de Derecho, concretamente, desde un poder intermedio, el económico-tecnológico, que, como diría Montesquieu, termina desequilibrando a los tres poderes, al desnaturalizarse el poder judicial. En esta línea, la CIEJ (2023) ha afirmado:

Si la IA sustituyera plenamente las decisiones humanas en el análisis jurídico y probatorio de casos concretos se desnaturalizaría el sistema judicial de inspiración democrática, basado

en la confianza de la sociedad en sus personas juzgadoras, que son llamadas a resolver litigios de manera independiente. El criterio humano es imprescindible ante discusiones jurídicas novedosas que presenten zonas grises, frente a las cuales la diversidad de opiniones (según los distintos contextos, formación, ideología jurídica y métodos de razonamiento) permite mantener la función judicial como un instrumento vivo, que evoluciona y se adapta a las necesidades de la sociedad. (p. 9)

Efectivamente, la IA puede poner en entredicho la independencia e imparcialidad de los jueces. Como ha señalado la CIEJ (2023) en otro pasaje del «XXIV dictamen sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional», son

de alto riesgo ciertos sistemas de IA destinados a la administración de justicia y los procesos democráticos, dado que pueden tener efectos potencialmente importantes para la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. (p. 2)

Es más, para que no disminuya la confianza de la ciudadanía en la justicia, la población debería tener suficiente formación y educación tecnológico-digital para comprender el desarrollo de un proceso judicial que se hace depender de la IA y, además, confiar en que los jueces también la tienen, al convertirse en supervisores de dicho proceso en aras de evitar cualquier funcionamiento indebido o defectuoso de la administración de justicia. Como ha precisado la CIEJ (2023): «[...] las personas justiciables tienen que comprender la forma en que se maneja esa información para poder confiar en la veracidad de los datos que por medio de ella se obtengan» (p. 10).

Ello indica la existencia de otro problema más: la falta de formación en el personal judicial; de ahí que se haya considerado imprescindible una formación judicial específica para evitar, por ejemplo, sesgos (*debiasing*); incluso, ello lleva a pensar en la necesidad de una formación en conocimientos transdisciplinarios que van más allá del Derecho (Ponce, 2024, p. 242). En esta línea, la CIEJ (2023) ha señalado:

Se recomienda promover una cultura, una capacitación y una sensibilización del personal judicial sobre los conceptos, [el] funcionamiento y apoyo de los ambientes y sistemas de IA en las labores cotidianas, enfatizando en el uso de estas herramientas para tareas repetitivas y de menor complejidad, para

así dedicar al personal a las tareas más complejas. Para ello, es clave insistir, como han hecho las *Normas Éticas Sobre Inteligencia Artificial* de la OCDE (2019) y de la UNESCO (2021), en la necesidad de colocar al ser humano como el centro y fin de la IA, evitando así los mitos y los temores sobre los desplazamientos y despidos de personal por la utilización de estas nuevas herramientas. Estos mitos y creencias impiden el desarrollo cuando, en realidad, es el personal judicial quien debe encargarse de entrenar y alimentar con datos estos sistemas y ambientes de IA. (p. 12)

Téngase en cuenta, también, que la IA no puede asumir las tareas propias de un juez cuando pondera bienes jurídicos en conflicto. Sobre ello la CIEJ (2023) se ha pronunciado expresamente:

En el momento tecnológico actual y para la utilización de sistemas de IA en el ámbito jurisdiccional se recomienda no encomendar a la IA razonamientos complejos ni el ejercicio de técnicas de ponderación en las decisiones judiciales sino tareas repetitivas que generen patrones de un mismo comportamiento y que así generen predicciones tanto en el funcionamiento como en la clasificación de gestiones, el cumplimiento de requisitos, la cumplimentación de formularios y otras tareas de similar naturaleza. (p. 11)

III. CONCLUSIONES

Son muchas las cuestiones que surgen al acercarse al tema de la IA aplicada a la administración de justicia: ¿Se lleva la ciencia más lejos de lo razonable solo por el placer de poder decir que se es capaz de hacerlo? ¿La IA exige una precisa y clara regulación normativa para evitar un cambio de paradigma antropológico que pervierta los derechos fundamentales? A ambas cuestiones debería contestarse con rotundidad que sí. Como ha resaltado Capella, «urge que la razón jurídica ilustrada actúe en el ámbito de los avances tecnológicos» (2000, p. 69), y, aunque no se diga expresamente en esta cita, esa razón jurídica ilustrada puede ser cada quien, si se permanece activos y en alerta frente a posibles extralimitaciones en el uso de la IA aplicada a la justicia, así como frente a ámbitos sin regular por el Derecho, en este campo, que puedan poner en peligro la democracia y el Estado de Derecho. Hay que tener claro que la IA y las tecnologías de

la información y la comunicación pueden crear ámbitos de justicia más eficaces, pero no más incluyentes y equitativos; de ahí que se considere conveniente la defensa de los siguientes postulados:

1. Apuesta por una regulación legal clara y precisa de la IA aplicada a la administración de justicia.

No se puede mantener el alegato de que la ley es incapaz de seguir el ritmo trepidante del desarrollo de la tecnología e, ingenuamente, tampoco se ha de pensar que esta actúa de forma neutral en su avance imparable. Con palabras de Nemitz, «[...] nuestra democracia debe volver a exponerse al riesgo de una tecnología omnipresente y decisiva, que puede tener efectos negativos sustanciales si no se la regula» (2021, p. 135). Sin diferenciar entre sector público y privado, cabe afirmar que la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103/inl), representa uno de los planes mejor desarrollados hasta la fecha para manejar la IA. Tal y como señala la introducción:

Considerando que, ahora que la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, andróides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticadas parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial —que probablemente afecte a todos los estratos de la sociedad—, resulta de vital importancia que el legislador pondere las consecuencias jurídicas y éticas, sin obstaculizar con ello la innovación.

Lo que garantiza que la IA sirva al bien público es su regulación normativa, no su desregulación (Nemitz, 2021, p. 134), además de una profunda regulación ética. Por ello hay que valorar los pasos dados con el «Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea» de 2024 (Parlamento Europeo y Consejo de Europa, 2024).

2. Aumento de la confianza en los códigos éticos que regulan el uso de la IA.

No se debería menospreciar el papel que juegan los códigos éticos o *soft law* a la hora de dar regulación a la IA; se piensa, erróneamente, que todo el peso ha de recaer en la regulación legal, como ha defendido, entre otros autores, Nemitz (2021, pp. 133-134). Más bien, por el contrario; aun cuando es cierto que la ética no pue-

de remplazar la ley como marco delimitador del comportamiento, por carecer aquella de la legitimidad democrática y la naturaleza vinculante y coercitiva con que los gobiernos y tribunales pueden exigir el cumplimiento normativo (Nemitz, 2021, p. 137), a diferencia del pensador alemán, ese considera imprescindible volver al punto primigenio que está en la base de la ética individual. Ello quiere decir que hay que conseguir que los operadores jurídicos tengan una sólida formación ética, al igual que la sociedad civil, para acercarse y aprehender la realidad social de una manera más certera. En este contexto, podría recordarse que en 2022 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) elaboró un estudio sobre el «Uso estratégico y responsable de la inteligencia artificial en el sector público de América Latina y el Caribe» en el que recomendaba, precisamente, de conjunto con la aplicación de los Principios de la OCDE sobre IA, el desarrollo de marcos éticos a nivel nacional (OCDE/CAF, 2022). No por casualidad los principios propuestos fueron, entre otros, valores y equidad centrados en el ser humano (OCDE, 2019).

Es más, cuando la ética juegue un papel verdaderamente importante en el ámbito público, entonces, como ha resaltado el filósofo alemán Marcus Gabriel, se podrá luchar por la defensa de una nueva Ilustración, gracias a la cual todo el mundo tendrá derecho a recibir una educación ética capaz de afrontar los peligros que supone seguir a ciegas la ciencia y la técnica (Gabriel, 2020), resultado, a mi modo de ver, de la insatisfacción permanente del ser humano. Ortega y Gasset (2014) ya se ocupó de recordar este aspecto al afirmar que

el hombre es, esencialmente, un insatisfecho, y esto —la *insatisfacción*— es lo más alto que el hombre posee, precisamente porque se trata de una insatisfacción, porque desea tener cosas que no ha tenido nunca. [...] Esta insatisfacción es como un amor sin amada o como un dolor que siente en unos miembros que nunca ha tenido. (p. 182)

Ello demuestra que es, a todas luces, deseable y urgente que esta nueva Ilustración no pierda de vista que el verdadero humanismo es aquel que preserva la autonomía personal y la dignidad humana (Parens, 1998, pp. 1-28 y 2009, pp. 181-197).

3. Mayor transparencia en cuanto al proceso de toma de decisiones de la IA aplicada a la administración de justicia.

Teniendo en cuenta que la IA no es infalible, como ha hecho notar la CIEJ en el n.º 34 del «XXIV dictamen sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional» (2023), los programas

pueden dar información errónea que sería asumida como verdadera sin mayor cuestionamiento por los usuarios finales que pueden acostumbrarse a confiar ciegamente en los resultados que presenten estos sistemas, o bien, sin posibilidad de contrastarlos con otras fuentes que permitan verificar la información. (p. 8)

Conviene apostar por la transparencia en el proceso de toma de decisiones, precisamente, para que se puedan depurar responsabilidades en caso de que un sistema de IA realice un análisis incorrecto o tome una decisión equivocada que oriente en un sentido determinado la resolución judicial porque ¿quién es el responsable de un posible error?, ¿las personas que lo diseñaron, ¿las que le introdujeron los datos?, ¿aquel que se basó en sus resultados para decidir? o, por el contrario, ¿se debe a un error del sistema?

4. La justicia no puede quedar reducida a fuerza convencionalmente automatizada ni el sujeto moral cosificarse.

Si la justicia no puede quedar reducida a fuerza convencionalmente organizada por la IA, ello es porque resulta imposible encerrar lo que denominó Verdross «la conciencia del derecho positivo», en una máquina. Entre otras razones, porque esa conciencia se nutre de principios fundamentales constantes que solo pueden deducirse a partir de la luz natural de la razón humana (Hermida, 2013, p. 37). Asimismo, la exigencia del respeto a principios como, entre otros, el de proporcionalidad para las limitaciones a los derechos fundamentales (Hermida, 2013, p. 41) impide recurrir de forma automatizada a la IA.

5. Evitar la pérdida de la circularidad hermenéutica de la razón práctica.

La circularidad hermenéutica de la razón práctica, sobre la que había llamado la atención Aristóteles en su *Ética*, constituye un rasgo esencial de todo razonamiento moral y político: se debe asumir, siempre, cierta comprensión de la igualdad, la reciprocidad y la simetría para

ser capaces de acotar el modelo discursivo, en palabras de Benhabib (2008). Efectivamente, la libertad comunicativa es lo que hace posible la práctica de justificación normativa, ya que,

si los seres humanos no pueden asentir a, o rechazar las exigencias de cada uno en base a razones cuya validez puedan evaluar, entonces no puede haber tarea justificatoria en absoluto. Incluso si las razones que invocamos en esta práctica son utilitaristas o kantianas, nietzscheanas o cristianas, al hacerlo debemos siempre previamente presuponer la capacidad de nuestro interlocutor de asentir o de disentir de nuestras exigencias sobre la base de razones cuya validez ella comprende. (p. 193)

Con la IA esa libertad comunicativa que es capaz de crear un discurso justificatorio simétrico desaparece:

El «universalismo justificatorio» se encuentra en el corazón de la razón en tanto que tarea de dar-razón del mismo modo que lo es el reconocimiento del otro en tanto que un ser capaz de libertad comunicativa y del derecho a tener derechos. (Benhabib, 2008, pp. 192-193)

6. En el Derecho no solo hay reglas, sino también principios, lo que dificulta la aplicación mecánica de la IA a la administración de justicia.

Este postulado obliga a darle la razón a Marchena, cuando afirma que «una robotización de la justicia será un modelo que “tiende a fosilizar” la justicia» (2022, s. p.) y, además, ignoraría, según Aguiló (2007, pp. 666-668) y Atienza (2017), que «los nuevos *fenómenos* jurídicos *exigen* la formulación de un nuevo paradigma teórico» que acepte que «en el Derecho *hay* reglas y, en consecuencia, *hay* razonamientos subsuntivos. Pero también *hay* principios; y guiarse por o aplicar principios *exige* un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo» (Aguiló, 2007, p. 671 y 2023, pp. 15-39). Como ha repetido una y otra vez Alexy (1986, p. 87), «toda norma es un principio o una regla». Mientras que las reglas son mandatos definitivos que se aplican a la manera de todo o nada, por el contrario, los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en mayor o menor grado en función de los condicionantes fácticos y jurídicos; de ahí que pueda afirmarse que mientras las reglas se aplican por subsunción, los principios

se aplican por ponderación (Ruiz, 2005, pp. 343-344). Efectivamente, principios y reglas podrían distinguirse por el fundamento de su validez. Siguiendo a Dworkin (1977, pp. 65-66), cabe decir que las reglas son normas que se pueden identificar por su pedigrí o fuente social, mientras que los principios son válidos «por ser una exigencia de la justicia» (p. 72), es decir, porque permiten una solución con un mérito moral que no es posible alcanzar a partir de la regla.

Si, siguiendo a Aguiló, lo que determina, verdaderamente, que una norma sea una regla o un principio es la concepción del Derecho que cada jurista asuma y lo que hace que un ordenamiento jurídico esté más o menos principalizado es la concepción del Derecho dominante entre los juristas que elaboran, aplican o estudian sus normas, incluyendo los valores que justifican su preferencia por esa concepción, de ello se deriva, por tanto, que no hay normas jurídicas que sean reglas o principios como tales, sino juristas y jueces principalistas o legalistas que, en función de su concepción del Derecho y las razones por las que la promueven, las reconstruyen de un modo u otro.

El origen del debate entre legalistas/reglalización del Derecho y principalistas/principalización del Derecho ha hecho pensar que se está ante concepciones interpretativas rivales del Derecho, es decir, manifestaciones de lo que Stavropoulos (2016) calificó como interpretivismo jurídico (*legal interpretivism*). Esto se puede llegar a complicar todavía más si se piensa que jueces afines al principalismo pueden estar vinculados con esta concepción interpretativa del Derecho de una forma más fuerte o débil, en función de si deciden en un sentido distinto a una regla, conforme a principios que guardan relación con el Derecho (débil) o principios extrasistemáticos (fuerte). El principalismo fuerte abre la puerta a una intensa moralización del ordenamiento jurídico, entrando en colisión con los que defienden la autonomía del Derecho respecto de la moralidad.

Ello obliga a reflexionar sobre si la IA aplicada a la administración de justicia estará más cerca o más lejos del legalismo o del principalismo, bien sea este fuerte o débil. En todo caso, una IA principalista débil no debería considerarse siempre incompatible con una intensa moralización del Derecho. En esta línea, conforme ha explicado Atienza (2017, pp. 132, 141), el juez postpositivista podría asociarse al principalismo débil, por ser activo en la defensa de los valores, principios y derechos de la Constitución, y encontrar, generalmente,

en esta la solución moralmente óptima para los casos que ha de resolver.

¿Quién es entonces el que decide si la IA es garante de los derechos, principios y valores constitucionales y que no existe ninguna regla que tenga el peso necesario para excepcionar ese propósito?

Como vemos son muchas las preguntas de calado que asaltan y faltan las respuestas hoy en día a todos estos interrogantes. El tiempo dirá si el modelo de Huxley se ha hecho realidad cuando advertía que, con el tiempo, se podría llegar a imponer una forma de tiranía

mediante la sugestión y la seducción, haciendo que seamos inducidos a «amar nuestro sometimiento. [...] En palabras de Harari, *una vez que alguien [...] consiga la habilidad tecnológica para manipular el corazón humano —de forma fiable, barata y a escala—, la política democrática se convertirá en un espectáculo de guiñol emocional.* (Vallespín, 2018, s. p.)

IV. REFERENCIAS

- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30), 665-675. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55>
- Aguiló Regla, J. (2023). Son mandatos de ponderación. Breviario de teoría del Derecho en honor de Manuel Atienza. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (46), 15-39 (Ejemplar dedicado a: 30 años de argumentación jurídica en Alicante). <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.01>
- Alexy, Robert (1986). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Annan, K. (2000). *Nosotros los pueblos. La Función de las Naciones Unidas para el Siglo XXI*. Fundación Kofi Annan. <https://docs.un.org/es/a/54/2000>
- Arendt, H. (2010). *Lo que quiero es comprender. Sobre mi vida y mi obra* (trad. Abella, M. y López Lizaga, J. L.). Trotta.
- Aretxaga Burgos, R. (2020). Recensión de la obra de Carlos Beorlegui, *Humanos. Entre lo prehumano y lo pos- o transhumano*.

Revista de Hispanismo Filosófico. Historia del Pensamiento Iberoamericano, (25), 230-232.

Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Trotta.

Benhabib, S. (Julio-diciembre, 2008). Otro universalismo: Sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos. *ISEGORÍA*, (39), 175-203. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2008.i39.627>

Bernstein, R. J. (2006). ¿Cambió Hannah Arendt de opinión? Del mal radical a la banalidad del mal. En Giner, S., Jonas, H., Lefort, C., Wellmer, A. y otros. *Hannah Arendt. El orgullo de pensar*, 235-257. Gedisa.

Bobbio, N. (2004). *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara.

Bostrom, N. (2014). *Superintelligence, Paths, Dangers, Strategies*. Oxford University Press.

Capella, J. R. (Agosto, 2000). Las transformaciones de la función del jurista en nuestro tiempo. *Revista de Crítica Jurídica*, (17), 51-69. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/download/3174/2974>

Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. (2023). XXIV dictamen de la sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional. <https://ciej.juslapampa.gob.ar/files/CIEJ/FICHEROS/Version%20final%20XXIV%20Dictamen%20Inteligencia%20Artificial%20ponente%20Sanchez%20Rodriguez.pdf>

Civio (Enero 23, 2025). La transparencia de los algoritmos públicos, en juego: Civio presenta el recurso sobre BOSCO ante el Tribunal Supremo. <https://civio.es/novedades/2025/01/30/la-transparencia-de-los-algoritmos-publicos-en-juego-civio-presenta-el-recurso-sobre-bosco-ante-el-tribunal-supremo/>

Demetrio Crespo, E. (2017). *Fragmentos sobre neurociencias y Derecho penal*. B de F - Euros editores.

Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Gedisa.

Espinosa Rubio, L. (2010). El desafío del posthumanismo (en relación a las nuevas tecnologías). En Aullón de Haro, P. (Coord.). *Teoría del humanismo*, 3, 583-615.

Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (2.^a ed.). Trotta.

- Gabriel, M. (Marzo 25, 2020). El orden mundial previo al virus era letal. *El País*. https://elpais.com/cultura/2020/03/21/babelia/1584809233_534841.html
- García Paz, D. (2022). *Entre la ley y la honestidad*. Literatura Abierta (Grupo Torre de Lis).
- Gil García, F. S. (2021). Inteligencia Artificial y proceso penal en China: especial referencia al sistema 206. En González Pulido, I. (Coord.) y Bueno de Mata, F. (Dir.). *Estudios sobre tecnologías disruptivas y justicia*, 347-360. Lorenzo Mateo Bujosa Vadell.
- Hermida del Llano, C. (2013). La universalidad racional de los derechos. *Bajo Palabra*, II(8), 33-45. <https://doi.org/10.15366/bp2013.8.002>
- Hermida del Llano, C. (2020). Recensión de la obra de Navarra Ordoño, Andreu, *La escritura y el poder. Vida y ambiciones de Eugenio D'Ors*, Tusquets, 2018, 543 pp. *Revista de Hispanismo Filosófico*, (25), 272-276. <https://ahf-filosofia.es/wp-content/uploads/Rev-n25.pdf>
- Hermida del Llano, C. (2025). Inteligencia artificial: Perspectiva judicial en clave antropológica (col. Cuadernos Digitales de Formación). Centro Nacional de Documentación Judicial. Consejo General del Poder Judicial de España.
- Lee, K. (1999). *The natural and the artefactual. The implications of deep science and deep technology for environmental philosophy*. Lexington Books.
- Laporta, F. (1993 y 1995). *Entre el Derecho y la moral*. Fontamara.
- Laporta, F. (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (4), 23-46. <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.01>
- Llano Alonso, F. H. (2018). *Homo Excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*. Tirant Lo Blanch.
- Macip, S. y Willmott, Ch. (2013). *Jugar a ser Dios. Los dilemas morales de la ciencia*. Cátedra de la Divulgació de la Ciència. Publicacions de la Universitat de València.
- Machuca Moreno, L. E. (Julio-agosto, 2025). La inteligencia artificial y la administración de justicia. *Ciencia Latina*, 9(4), 12256-12274. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v9i4.20019

- Marías, J. (1994). *Mapa del mundo personal* (1.^a reimp.). Alianza.
- Marchena, M. (Julio 13, 2022). Marchena, contra las «dictaduras digitales»: un robot no puede sustituir a un juez. *El Independiente*. <https://www.elindependiente.com/espana/tribunales/2022/07/13/marchena-contras-las-dictaduras-digitales-un-robot-no-puede-sustituir-a-un-juez/#:~:text=Manuel%20Marchena%20G%C3%B3mez%2C%20presidente%20de%20la%20Sala%20Segunda,rosto%20humano%22%2C%20subrayando%20que%20%22no%20todo%20es%20digitalizable%22>
- Maybin, S. (Octubre 17, 2016). ¿Cómo en Estados Unidos las matemáticas te pueden meter en prisión? *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-37679463.amp>
- Montesquieu, Ch. L. S. (1964). *De l'esprit des lois (1748-1750). Œuvres complètes* (4 vol., vol. 1). Ed. du Seuil.
- Nemitz, P. (Julio-agosto, 2021). La democracia en la era de la inteligencia artificial. *Nueva Sociedad*, (294), 130-294. <https://share.google/otnTeL1pmEIQGAqHj>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2019). Recomendación del Consejo sobre inteligencia artificial. <https://legalinstruments.oecd.org/api/download/?uri=public/db5053b5-93e0-4cf5-a7cf-edce5ee6e8933.pdf>
- OCDE/CAF (Septiembre 14, 2022). Uso estratégico y responsable de la inteligencia artificial en el sector público de América Latina y el Caribe. En *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/5b189cb4-es>
- Ortega y Gasset, J. (2014). *Ensimismamiento y alteración. Meditación de la técnica y otros ensayos*. Alianza.
- Parens, E. (1998). Is better always good? The Enhancement Project. En Parens, E. (Ed.). *Enhancing Human Traits*, 1-28. Georgetown University Press.
- Parens, E. (2009). Toward a More Fruitful Debate About Enhancement. En Savulescu, J. and Bostrom, N. (Eds.). *Human Enhancement*, 181-197. Oxford University Press.
- Parlamento Europeo. (Junio 14, 2023). Enmiendas aprobadas sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del

- Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), P9_TA(2023)0236, A9-0188/2023. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188_ES.html
- Parlamento Europeo. (2014-2019). Resolución, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103/inl). En Normas de Derecho civil sobre robótica. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.docx
- Parlamento Europeo y Consejo de Europa. (Junio 13, 2024). Reglamento 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 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) (Texto pertinente a efectos del EEE). <https://www.boe.es/doue/2024/1689/L00001-00144.pdf>
- Parodi Remón, C. (Junio, 2004). El Derecho en Antígona ¿Natural o positivo? *DIKAIOSYNE*, (12), 109-119. <https://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/19050/?jsessionid=B3AC9C79F70DB132CD5D69BF3AA2F1AF?sequence=2>
- Ponce Solé, J. (2024). *El Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea de 2024, el derecho a una buena administración digital y su control judicial en España*. Marcial Pons.
- Parlamento Europeo y Consejo de Europa. (2024). Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea. Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 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). <https://www.boe.es/doue/2024/1689/L00001-00144.pdf>

- Rayón Jerez, A. (2025). El accidente del Columbia y el pensamiento racional. *Digital&Data* [newsletter]. <https://digitaldata.substack.com/p/223-powerpoint-el-accidente-del-columbia>
- Rodríguez Carrillo, J. M. (2022). Inteligencia artificial y su aplicación en los sistemas de justicia en América Latina. Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República de México. <http://bibliodigitalbd.senado.gob.mx/handle/123456789/5594>
- Romañach Cabrero, J. (2016). Las propuestas éticas y sociales del transhumanismo y los derechos humanos, *Universitas*, (24), 2-38. <https://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3175>
- Ruiz Manero, J. (2005). Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca. *Doxa. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (28), 341-365. <https://ruaua.es/server/api/core/bitstreams/d7156719-87b5-489d-8f43-809d120abc32/content>
- Rubio Llorente, F. (mayo, 2002). La Carta Europea de los Derechos. *Claves de razón práctica*, (122), 4-11.
- Sánchez Rodríguez, L. P. (Septiembre 8, 2023). *XXIV dictamen de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional*. https://eticayvalores.poder-judicial-go.cr/images/CIEJ/Dictamen_CIEJ_24.pdf
- Sancho Gargallo, I. (2022). *El paradigma del buen juez*. Tirant Lo Blanch.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego*. Marcial Pons.
- Simón, P. (Junio 16, 2022). Por qué emplear la inteligencia artificial en la administración de justicia es un asunto delicado. *The Conversation*. <https://theconversation.com/por-que-emplear-la-inteligencia-artificial-en-la-administracion-de-justicia-es-un-asunto-delicado-173678>
- Soler, J. (Febrero 21, 2018). El imperio del placer. *El País*. Tribuna. https://elpais.com/elpais/2018/02/21/opinion/1519233035_395860.html
- Stavropoulos, N. (2016). Legal Interpretivism. *Problema*, 1(10), 23-61. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2016.10.8194>

- Terán Haughey, M. (Mayo 13, 2024). La razón por la que el Gobierno no quiere mostrar el código del algoritmo que decide quién recibe el bono social para la luz. *El Economista*. <https://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/12812123/05/24/la-razon-por-la-que-el-gobierno-no-quiere-mostrar-el-codigo-del-algoritmo-que-decide-quien-recibe-el-bono-social-para-la-luz.html>
- The Technolawgist. (Junio 12, 2019). Estonia se prepara para tener «jueces robot» basados en inteligencia artificial. The Technolawgist. <https://thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>
- Unesco. (Noviembre 23, 2021). Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial. <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/recommendation-ethics-artificial-intelligence>
- Vallespín, F. (Octubre 7, 2018). La democracia es frágil. *El País*. https://elpais.com/internacional/2018/10/05/actualidad/1538751614_762756.html?outputType=amp
- Zhabina, A. (Enero 20, 2023). Las cortes de China ya utilizan inteligencia artificial para resolver casos. *El Deber*. <https://www.dw.com/es/las-cortes-de-china-ya-utilizan-inteligencia-artificial-para-resolver-casos/a-64471873>

LAS DECISIONES JUDICIALES EN TIEMPOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

JUDICIAL DECISIONS IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE TIMES

■ **DRA. ROSA RODRÍGUEZ BAHAMONDE**

Profesora titular de Derecho procesal,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España

<https://orcid.org/0000-0003-2167-0356>

rosa.rodriguez@ulpgc.es



Resumen

La inteligencia artificial se ha establecido de forma cotidiana y alcanza todos los rincones de la existencia humana: trabajo, cultura, ocio, salud están regidos, sin que a veces se tenga conciencia de ello, por la inteligencia artificial. La administración de justicia, y los jueces y magistrados en sus competencias jurisdiccionales no escapan a este fenómeno. En el presente trabajo se exponen conceptos que permiten a los juristas entender qué es la inteligencia artificial, cómo funciona y cómo se utiliza ya por los tribunales españoles. Se ponen de relieve las ventajas que la implantación de herramientas de inteligencia artificial trae a una justicia sobrecargada de trabajo y con medios insuficientes, pero también se subrayan las amenazas que proyecta contra el proceso y las garantías procesales. En ese escenario, la autora explora, desde la perspectiva de la normativa comunitaria y española, si es posible, hoy por hoy, que las herramientas de inteligencia artificial sustituyan al humano juez y, en su caso, los pros y contras de esta hipotética sustitución. Se ofrece un análisis jurídico-doctrinal del uso de la inteligencia artificial en la administración de justicia hispana. Se parte de una revisión normativa y del estudio de la doctrina reciente, en la que se identifican los usos admisibles (gestión y asistencia) y los límites que se imponen frente a la automatización de la decisión.

Palabras clave: Inteligencia artificial; administración de justicia; decisiones judiciales; garantías procesales.

Abstract

Artificial intelligence has become part of our daily lives, reaching every corner of our existence: work, culture, leisure, and health are all governed, even when we don't realize, by artificial intelligence. The administration of justice and judges and magistrates in their jurisdictional responsibilities are no exception to this phenomenon. This paper presents concepts that allow jurists understand what artificial intelligence is, how it works, and how it is already being used by the administration of justice in Spain. It highlights the advantages that the implementation of artificial intelligence tools brings to an overburdened and underresourced justice system, but also underlines the threats that the application of AI poses to the process and procedural guarantees. In this scenario, the author explores —from the perspective of Spanish regulations— whether it is possible, today, for artificial intelligence tools to replace human judges and, if so, the pros and cons of such a replacement. This article offers a legal and doctrinal analysis of the use of Artificial Intelligence in the Spanish justice system. It begins with a review of regulations and a study of recent legal scholarship, identifying permissible uses (management and assistance) and the limitations imposed on the automation of decision-making.

Keywords: Artificial Intelligence; administration of justice; judicial decisions; procedural guarantees.

Sumario

I. Introducción; II. Concepto: ¿qué es la inteligencia artificial?; III. Posibles usos de la inteligencia artificial en la administración de justicia; IV. La opacidad del algoritmo; V. Los sesgos; VI. ¿Es posible la sustitución de los jueces por la inteligencia artificial?; VII. Conclusiones; VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La inteligencia artificial (IA) se ha establecido en las sociedades modernas y ya nadie en el mundo avanzado se plantea que este fenómeno tenga marcha atrás. El éxito de las distintas inteligencias artificiales utilizadas se explica porque simplifican el trabajo y distintos aspectos de la vida; por eso el fenómeno se ha extendido rá-

pidamente a todos los sectores: sanidad, educación, administración, cultura, ocio... La justicia no es ajena a la imparable carrera de la IA.

Este vertiginoso avance de la IA plantea la pregunta de si se pasará de su carácter auxiliar o complementario al de sustituir al ser humano en tareas y actividades que, hasta ahora, han sido desarrolladas, exclusivamente, por personas físicas. Dar respuesta a tal cuestión hoy por hoy es imposible: no se sabe qué va a pasar en el futuro. Pero sí se puede reflexionar, desde una perspectiva multidisciplinar, sobre los escenarios que podrían aparecer en los próximos años, y los pros y los contras de cada uno de ellos.

El desarrollo de la IA en ámbitos públicos, tal como la administración de justicia, exige establecer con claridad sus límites normativos, su potencial éxito y los riesgos que acarrea.

En este trabajo, la autora pretende explicar el concepto de la IA y cómo funciona, al menos para los sectores jurídicos, al igual que dar una visión general del estado de la normativa relativa a su implantación en la administración de justicia en España y el momento en el que ello se encuentra. Teniendo presente el panorama actual, se reflexiona sobre el uso de herramientas de IA en la toma de las decisiones judiciales y en qué medida es posible, conveniente y/o recomendable sustituir la intervención del juez humano por soluciones producidas por la IA. En definitiva: se persigue determinar si bajo el vigente marco normativo europeo y español cabe que la IA sustituya la decisión judicial humana y, en su caso, las garantías procesales involucradas y afectadas.

La autora realiza una revisión de la normativa vigente y la doctrina más reciente —española y comparada—, y se centra en aspectos relevantes como la automatización, asistencia, opacidad y los sesgos de los sistemas. Se contrastan las distintas posiciones y se destacan varios casos en los que se han puesto de manifiesto algunas debilidades de los sistemas de IA utilizados hasta el momento.

II. CONCEPTO: ¿QUÉ ES LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

Pese al recurrente uso del sintagma IA no existe una definición unánimemente aceptada, ya que, mientras para unos tiene que ver con formas de vida artificial que pueden superar la inteligencia humana, para otros, cualquier tecnología de tratamiento de datos puede con-

siderarse como tal (Rivas, 2024, p. 3). Aunque parezca que el fenómeno es reciente, la expresión IA fue acuñada por John McCarthy en 1956, durante la Conferencia de Darmouth, cuando la definió como «la ciencia y la ingeniería de hacer máquinas inteligentes» (Gobierno de España, 2023, s.p.). Ya en la década de 1940, Wiener y Von Neumann trabajaban en los sistemas de computación que fijaron las bases de la IA. Hacia 1950 Alan Turing había realizado experimentos para determinar si una máquina podía comportarse de manera inteligente (Gobierno de España, 2023, s.p.).

El epígrafe 2.1 del Dictamen sobre inteligencia artificial, del Comité Económico y Social europeo, de 31 de mayo de 2017 afirma:

No existe una definición establecida y unánimemente aceptada de la IA. La IA es un concepto que engloba muchas otras (sub)áreas como la informática cognitiva (*cognitive computing*: algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior —humano—), el aprendizaje automático (*machine learning*: algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas), la inteligencia aumentada (*augmented intelligence*: colaboración entre humanos y máquinas) o la robótica con IA (IA integrada en robots). Sin embargo, el objetivo fundamental de la investigación y el desarrollo en materia de IA es la automatización de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir. (s.p.)

La IA «es una expresión que se refiere al desarrollo de sistemas informáticos capaces de realizar tareas que normalmente requerirían de la inteligencia humana, como el razonamiento, el aprendizaje, la percepción y la toma de decisiones», y que «los sistemas de inteligencia artificial utilizan algoritmos y modelos matemáticos complejos para procesar grandes cantidades de datos y generar respuestas o acciones de manera autónoma» (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2023, p. 2). La IA es un campo de la informática que involucra la capacidad de las máquinas para analizar datos, extraer patrones, adaptarse a nuevas situaciones y «tomar decisiones» basadas en la información disponible.

Más recientemente se ha señalado que la IA «es una disciplina científica que tiene como objetivo impulsar escenarios disruptivos para desarrollos técnicos, basados en la ciencia, que resuelvan problemas

complejos», y su desafío ahora es mejorar la tecnología para encontrar soluciones a problemas reales no resueltos (García-Martínez, 2025, p. 3).

Según una definición más común del *Diccionario de la lengua española*, la IA es una disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico (Real Academia Española, 2024, s. p.).

III. POSIBLES USOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

¿Y cómo afecta este escenario a la administración de justicia? La integración de la IA en la administración de justicia es una realidad en muchos países, también en España, consecuencia natural de la revolución que han traído estas herramientas a la sociedad. Los profesionales jurídicos utilizan y trabajan con herramientas de IA desde hace ya unos años; es una creencia extendida que en un futuro más bien cercano la IA permitirá ofrecer una justicia más accesible, igualitaria y económica. De manera gradual, las herramientas de IA se están utilizando en el sistema judicial para desempeñar diversas funciones desde el ámbito de la tramitación procesal, la investigación penal e, incluso, las decisiones judiciales, las que pueden variar desde el análisis de grandes cantidades de datos hasta la propia automatización de procesos de toma de decisiones

Entre los servicios en que el Ministerio de la Presidencia, Justicia y relaciones con las Cortes ha implantado la IA está el de anonimización de documentos, herramienta que permite ocultar o remplazar caracteres en la información de los documentos que identifiquen a una persona con el propósito de reducir los riesgos de localizarla, o para impedir que se puedan utilizar sus datos de manera fraudulenta. Igualmente, se ha implementado la clasificación documental, que permite la autocatalogación de la documentación recibida en las sedes judiciales, lo cual ahorra tiempo y facilita la labor de sus profesionales. También, se ha aplicado la IA al servicio de resumen automatizado de documentos judiciales en un lenguaje sencillo, destinado a mejorar la comprensión de los procesos judiciales que, a menudo, resultan complejos para la ciudadanía.

El buscador inteligente de la justicia, Delfos, ahorra tiempo de trabajo a los profesionales del sector ya que les permite buscar, por medio de un lenguaje sencillo, la información que requieran en un documento legal.

Siguiendo el esquema propuesto por Cantero (2024) puede afirmarse que la aplicación de las herramientas de IA al ámbito de la administración de justicia se organizará, principalmente, en cuatro campos o aspectos:

1. La automatización de algunas de las fases del proceso: en un primer nivel, se encuentran tecnologías como el archivo electrónico de expedientes (*e-filing*), las videoconferencias y los sistemas de gestión de casos, algunas de ellas basadas en IA y que resultan de utilidad para agilizar ciertas operaciones procesales; de modo que se reducen el tiempo y los recursos humanos y materiales necesarios para tramitar los asuntos. El uso de la IA en este ámbito no solo es posible, sino recomendable, para liberar a los funcionarios de tareas mecánicas o repetitivas (Lorenzo, 2022, p. 7).

2. La resolución automática de conflictos por mediación: la IA está también transformando la mediación, tanto como asistente para el mediador humano como con la posibilidad de sustitución del mediador. Aunque esta cuestión no será objeto de análisis en este trabajo, presentaría una problemática similar a la resolución judicial de conflictos en cuanto a las garantías y los derechos fundamentales amenazados, y la necesidad de preservar la posición de las partes en conflicto.

3. La asistencia a los jueces: la IA puede utilizarse, también, para ayudar en tareas como la transcripción y la traducción, que en los tribunales generan grabaciones instantáneas, lo que mejora la accesibilidad y la eficiencia de los servicios y permite eliminar las barreras lingüísticas garantizando la inclusión. Las herramientas de IA pueden simplificar y agilizar los procesos judiciales, usadas como apoyo a la identificación de antecedentes e, incluso, para predecir resultados como la duración de la condena y los índices de reincidencia. Tanto la automatización de fases y actuaciones procesales como la asistencia mediante IA, son ya realidades en muchos lugares.

4. La sustitución de los jueces: este sería el nivel más avanzado de implantación de la IA en la administración de justicia: el uso de la tecnología para la automatización y algoritmización de decisiones

judiciales. A él se refiere este trabajo de forma particular en el epígrafe correspondiente.

En España, el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, introdujo las actuaciones automatizadas, proactivas y asistidas (artículos 56, 57 y 58), de las cuales deriva el posible uso de la IA en el apoyo a las actuaciones jurisdiccionales. Este empleo por parte de los juzgados y tribunales, garantes de la tutela judicial efectiva, debe dar cumplimiento, evidentemente, a lo establecido en el Reglamento de IA (2024), la normativa de protección de datos personales y las normas procesales. La disposición distingue entre:

- Actuaciones automatizadas: la actuación procesal producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención humana en cada caso singular. Se distinguen en este grupo las actuaciones proactivas, que son actuaciones automatizadas autoiniciadas por los sistemas de información sin intervención humana, que aprovechan la información incorporada en un expediente o procedimiento de una Administración pública con un fin determinado, para generar avisos o efectos directos a otros fines distintos, en el mismo o en otros expedientes, de la misma Administración pública u otra, en todo caso conforme con la ley.
- Actuaciones asistidas: aquellas para las que el sistema genera un borrador total o parcial de documentos basados en datos, que pueden constituir fundamento o apoyo de una resolución judicial o procesal. Se encarga el legislador de dejar claramente fijado en el precepto (Artículo 57.3) que «en ningún caso el borrador documental así generado constituirá por sí una resolución judicial o procesal, sin validación de la autoridad competente» y que

la constitución de resolución judicial o procesal requerirá siempre la validación del texto definitivo, por el juez o jueza, magistrado o magistrada, fiscal o letrado o letrada de la Administración de Justicia, en el ámbito de sus respectivas competencias y bajo su responsabilidad. (p. 50)

Todo esto conlleva a que se deban adoptar unos criterios mínimos, tanto por aquellos que van a impulsar este tipo de proyectos como por los propios usuarios. Así, el Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica elaboró un documento titulado «Política de uso de la inteligencia artificial en la administración de justicia», dirigido a todo sistema o servicio que se nutra de datos

judiciales, considerados como cualesquiera que se produzcan «en el marco de un procedimiento judicial» (2024, p. 3), desde la presentación del primer escrito o demanda hasta la resolución judicial final, incluidas, también, las posibles publicaciones o notificaciones de los expedientes. Este extremo es especialmente sensible en el tratamiento de los datos.

A los efectos de determinar las correspondientes responsabilidades, el documento diferencia el uso de aquellas herramientas de IA que pueden afectar la actividad propiamente jurisdiccional, y, por consiguiente, la independencia judicial, de aquellas que no lo hacen.

Son destinatarios de esta política todos los trabajadores de la administración de justicia y, además, debe ser respetada por el personal al servicio de proveedores de herramientas de IA y cualquier otro actor institucional, público o privado, que tenga acceso a la información que obre en poder de las administraciones. La administración de justicia española, siguiendo el documento aprobado por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (2018), determinó cuáles son los principios que deben cumplirse en el uso de la IA:

Respeto a los derechos fundamentales: Como no podía ser de otra forma, cuando se utilicen herramientas de IA para resolver un litigio o para la ayuda en la toma de decisiones judiciales, se debe garantizar la tutela judicial efectiva, la independencia judicial y un proceso basado en la equidad entre las partes. Expresamente, se aclara que la IA nunca debe remplazar la toma de decisiones humanas en cuestiones cruciales de la administración de justicia. Es fundamental que los sistemas de IA se utilicen como herramientas para ayudar a los profesionales del Derecho en sus funciones, pero la responsabilidad final de tomar decisiones legales debe recaer en jueces y magistrados (2019, p. 7). Se pronuncia el documento español en la línea ya establecida en el Reglamento europeo, de 13 de junio de 2024, que señala (Considerando 61):

Ciertos sistemas de IA destinados a la administración de justicia y los procesos democráticos deben clasificarse como de alto riesgo, considerando su impacto potencialmente significativo en la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales, así como el derecho a un recurso efectivo y a un juicio justo. En particular, para abordar los riesgos de posibles sesgos, errores y opacidad, es apropiado calificar como sistemas

de IA de alto riesgo aquellos destinados a ser utilizados por una autoridad judicial o en su nombre para ayudar a las autoridades judiciales a investigar e interpretar los hechos y el derecho, y a aplicar el derecho a un conjunto concreto de hechos. Los sistemas de IA destinados a ser utilizados por organismos de resolución alternativa de disputas para esos fines también deben considerarse de alto riesgo cuando los resultados de los procedimientos de resolución alternativa de disputas produzcan efectos legales para las partes. El uso de herramientas de IA puede respaldar el poder de toma de decisiones de los jueces o la independencia judicial, pero no debe reemplazarlo: la toma de decisiones final debe seguir siendo una actividad impulsada por humanos. (s.p.)

No discriminación: Tanto en el desarrollo de la IA como en su aplicación no se pueden producir discriminaciones con base en el uso de información especialmente sensible como pueden ser datos de origen racial, étnico, socioeconómico, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, pertenencia a sindicatos, datos genéticos, datos biométricos, datos de salud, relativos a la vida u orientación sexual. Se afirma que los sistemas han de orientarse desde su aprendizaje a que no se produzcan este tipo de discriminaciones, prohibidas en el ordenamiento. También, se indica que «debe revisarse que no existe sesgo en las herramientas» (2019, p. 6), pero sin referencia concreta a los mecanismos y medios que se van a implantar para conseguir tan loables objetivos.

Calidad y seguridad: Para un correcto desarrollo de las herramientas de IA se debe aprovechar la experiencia de los profesionales (jueces, magistrados, fiscales, investigadores y profesores del Derecho, ciencias sociales o ingeniería) y perseguir, con ello, un enfoque multidisciplinar en el estudio y tratamiento de la IA en la administración de justicia y el proceso (2019, p. 4).

Respeto a la transparencia, imparcialidad y lealtad: El desarrollo de estos sistemas debe ser accesible, entendible y auditable, con el objetivo de que se permita el acceso a su diseño, no se produzcan sesgos y se prioricen los intereses de la justicia. Los ciudadanos tienen derecho a comprender cómo se toman las decisiones que afectan sus vidas, especialmente, cuando se trata de procesos judiciales. Se deben implementar medidas para garantizar que las decisiones automatizadas

sean comprensibles y puedan ser examinadas por expertos y partes interesadas: es este otro punto esencial, pues cualquier decisión ha de poder ser comprendida por sus destinatarios y la sociedad en general. Solo de esta forma puede hablarse de justicia y tutela judicial efectiva. Solo conociendo la motivación de las resoluciones, podrán estas ser recurridas (2019, p. 5).

El documento muestra preocupación por la garantía de derechos esenciales ante la justicia y en el proceso, lo hace también cuando permite que se valore

el uso de los servicios de IA de última generación que, por motivos derivados de lo novedoso o puntero de su tecnología no sean capaces de ofrecer una elevada explicabilidad, siempre que no supongan un menoscabo en los derechos de los justiciables, o en las propias funciones jurisdiccionales y sean plenamente conformes con el régimen normativo aplicable. (2019, p. 5)

Ello no deja de ser una puerta abierta para que se valore —no indica quién debe hacerlo ¿el Comité Técnico Estatal?, ¿el funcionario que va a utilizarlo?— esta posibilidad de uso. En cualquier caso, la preocupación por el respeto a los derechos de los justiciables es constante.

Bajo control del usuario: Supone que, aunque se use un sistema de IA, debe garantizarse que las decisiones judiciales pueden ser revisadas previamente. El principio está recogido, también, en los artículos 56, 57 y 58 antes mencionados.

No se puede negar, por tanto, la evidencia de la implantación de la IA en la administración de justicia, pero son muchas las voces que invitan a una profunda reflexión sobre los desafíos éticos, económicos y de eficacia que la generalización de su uso traerá en este campo. Un importante sector de la doctrina española aboga por un análisis detallado y prudente de las consecuencias que pueden venir aparejadas, pues esta realidad exige una nueva cultura, en la que se combinen los intereses y las perspectivas de los juristas con los de los consultores tecnológicos, y se compartan espacios porque no es dable la actuación de unos sin los otros (Garrido, 2025, p. 223).

Cierto es que en este país se hallan juzgados y tribunales sobrecargados de trabajo y con dificultades para alcanzar una deseable

eficacia: un informe elaborado por el Servicio de Inspección, titulado «*Órganos que alcanzan el 150 % de la carga de trabajo. Datos del año 2023*» (2024, s.p.), concluyó que el 21,73 % de los órganos judiciales españoles, tanto unipersonales como colegiados, tienen una carga de trabajo que se sitúa entre el 150% y el 200% del módulo de entrada fijado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ): Respecto a los órganos colegiados, casi la mitad (41,51 %) de las secciones de las audiencias provinciales con competencia exclusivamente civil tienen una carga de asuntos que supera el 150 % del módulo de entrada. El 13,21 % ingresan entre el 150 % y el 175 % más; el 14,15 % están entre el 175 % y el 200 % y el mismo porcentaje de secciones (14,15 %), por encima del 200 %. La elaboración del informe sobre la carga de trabajo de los órganos judiciales forma parte de las medidas adoptadas por el CGPJ para proteger la salud laboral de los miembros de la carrera judicial.

En ocasiones se ha querido ver en la utilización de la IA una posible solución «mágica» al exceso de trabajo en los órganos judiciales: el recurso a la IA se percibe como una promesa de mejorar la eficiencia del sistema judicial al reducir los tiempos de respuesta y los costes asociados a la administración de justicia. Tal vez en esa afirmación aparecen los dos primeros escollos: una mayor eficiencia no debe comprometer la calidad y la atención individualizada al justiciable en cada asunto. La aceptación pública de la IA, el grado de digitalización del sistema judicial o el acceso de la población a tecnologías digitales varían de un lugar a otro. Tales diferencias determinan el éxito o fracaso de las iniciativas tecnológicas. En este contexto, algunos sectores entienden que la incorporación de herramientas de IA puede contribuir a la mejora y democratización del acceso a la tutela judicial efectiva, y otras corrientes consideran que suponen una amenaza a los derechos y las garantías procesales y favorecen la desigualdad.

Se ha considerado que la situación de sobrecarga de la administración de justicia podría derivar hacia un modelo *low cost* (Cantero, 2024, p. 58) como respuesta a la necesidad de una justicia más accesible económicamente y que conlleva una tensión entre la accesibilidad y el mantenimiento de los principios fundamentales y, en definitiva, de la propia esencia de la justicia. Este planteamiento «de bajo costo» para la resolución de controversias supondría delegar las funciones de decisión en instancias extrajudiciales y/o en la tec-

nología, con prioridad a la asequibilidad y accesibilidad para la ciudadanía. El entendimiento de la justicia en términos de eficiencia presenta el riesgo de diluir la calidad que tradicionalmente se espera del sistema judicial en un Estado de Derecho. La justicia *low cost* llevaría a que la simplificación y estandarización de procesos judiciales mediante IA produzca un tratamiento superficial de los casos, lo que afectaría el rigor con los que se emiten las decisiones.

La amenaza que plantea esta concepción «mercantilista» de la justicia es la de que puede conducir a un sistema en el que el proceso debido sea algo secundario frente a la obtención de una decisión inmediata. Por otra parte, mientras no se hagan estudios rigurosos sobre el gasto público que implicaría la introducción plena de la IA en el sistema judicial, cualquier opinión es puramente especulativa (Gómez, 2023, p. 240).

IV. LA OPACIDAD DEL ALGORITMO

La intersección de la IA y la justicia es un territorio emergente, lleno de posibilidades y también de riesgos. El problema es garantizar que las instituciones judiciales sigan siendo pilares de justicia, igualdad y equidad en esta nueva era tecnológica (Villarreal, 2023, p. 9494).

La matemática estadounidense Cathy O’Neil, desencantada al observar los resultados, ha popularizado el concepto de «armas de destrucción matemática» (O’Neil, 2017) para referirse a algoritmos y modelos matemáticos que tienen un impacto negativo en la sociedad y se caracterizan por:

- Su opacidad: Los algoritmos toman decisiones sin que las personas que resultan afectadas por ellas conozcan los criterios utilizados.
- Escala: Los algoritmos aplicados afectan a muchas personas.
- Daño: Actualmente, la aplicación de los algoritmos genera consecuencias perjudiciales como la desigualdad y la discriminación.

En el ámbito de la justicia, todos los impactos negativos señalados causarían graves consecuencias en los procesos judiciales en una hipotética implantación generalizada de la IA.

Una de las características de los sistemas de IA que más se critican es la opacidad de los algoritmos, la que impide conocer los criterios utilizados por estos y afecta al juez humano que se apoya en

tal herramienta, en tanto tampoco conoce el funcionamiento y los sesgos ya incorporados en ella. Los operadores jurídicos, entre ellos los jueces, no conocen el modo en que estos sistemas de IA llegan a las conclusiones o soluciones que les ofrecen, y eso las hace opacas, generadoras de inseguridad jurídica, pues no cabe una completa motivación del resultado por parte del juez, sino solo la explicación inmediata de la jurisprudencia, doctrina o legislación empleadas, pero no del verdadero fondo en el que basa la decisión.

Esa opacidad puede arrojar sobre los jueces ciertas dudas de parcialidad, ya que los sesgos o las omisiones derivadas del empleo de la IA consiguen afectar las sentencias y acabar, por ejemplo, con el derecho fundamental a la imparcialidad judicial (Sánchez, 2023, p. 13). Se propone, frente a ello, que se imponga la obligación a los diseñadores y empresas de IA no solo de enseñar los algoritmos (código fuente), sino también de explicar cómo se llega a los resultados o la información de salida (trazabilidad o cognoscibilidad).

Pero no en todos los supuestos la transparencia y la explicabilidad garantizan que los individuos comprendan las decisiones algorítmicas. La complejidad de los algoritmos, los conocimientos técnicos necesarios para interpretarlos, hacen que la transparencia a menudo no alcance su propósito. Es importante diferenciar entre explicabilidad y comprensión; la primera se refiere a la capacidad del sistema para proporcionar información sobre cómo se llegó a una decisión, es decir, a través de qué pasos y criterios. Esto no garantiza que los usuarios —ciudadanos, justiciables, personal de la administración de justicia, jueces o abogados—, realmente comprendan esa información técnica. La segunda va más allá de la mera explicación, ya que implica la capacidad de interpretarla de manera significativa y utilizarla para tomar decisiones informadas o apelar adecuadamente (Luis, 2023, p. 7).

Aun cuando el funcionamiento de un sistema de IA se haga público, ello no se traduce, necesariamente, en su comprensión o en una toma de control significativa sobre su funcionamiento, entradas y salidas. Los entresijos técnicos de la IA pueden seguir siendo inaccesibles para la mayoría de las partes interesadas. Por otra parte, la mera exposición del funcionamiento de un sistema de IA no garantiza que esté libre de sesgos o errores (Cantero, p. 65); bajo una apariencia de corrección, se pueden perpetuar problemas de fondo.

Esta cuestión de la opacidad del algoritmo se puso de relieve en el famoso caso *State vs. Loomis* (Martínez, 2018, p. 490), ejemplo recurrente para cuestionar la aplicación de la IA y poner en evidencia los defectos de los sistemas de prevención de riesgos: Eric Loomis, ciudadano del estado de Wisconsin, fue acusado de cinco delitos relacionados con un tiroteo en el cual él no reconoció haber disparado, pero sí conducir el coche desde el que se realizaron los disparos. Loomis resultó condenado a una pena privativa de libertad de seis años. El Tribunal de Wisconsin que lo condenó se sirvió para ello de un informe realizado con COMPAS que señalaba a Loomis como reincidente de alto riesgo en base a su historial delictivo y los resultados de la entrevista personal.

COMPAS es un algoritmo creado por la empresa estadounidense Northpointe y utilizado por multitud de jueces en la nación nortea. Calcula la probabilidad de que un encausado vaya a reincidir teniendo en consideración sus circunstancias individuales y una entrevista personal que un funcionario realiza con él. COMPAS acierta en sus predicciones el 65 % de las veces. Este algoritmo ha sido criticado, entre otras cosas, porque el secreto empresarial impide a la ciudadanía conocer su verdadero funcionamiento y, en particular, qué factores concretos analiza para considerar que un acusado va a reincidir o no. Sí se sabe que clasifica a los sujetos como susceptibles de tener riesgo «alto», «medio» o «bajo» en categorías tales como «aislamiento social» o «personalidad criminal». Y se conocen algunas de las preguntas que formula y cuyos resultados analiza (¿cada cuánto tiempo te sientes aburrido?, ¿vives solo?), pero se ignora el procesamiento que se da a las preguntas formuladas.

Loomis recurrió su condena alegando que el uso del algoritmo COMPAS vulneraba su derecho al debido proceso, ya que, como su funcionamiento es secreto comercial, se estaban quebrantando simultáneamente sus derechos a recibir una sentencia individualizada y a que esta fuera dictada con base en información veraz. A pesar de ello, el Tribunal Supremo de Wisconsin rechazó el recurso afirmando, por un lado, que se basaba en datos individualizados y objetivos, que además habían sido proporcionados por el propio condenado en un cuestionario, y, por el otro, que la decisión no se había fundado exclusivamente en el resultado arrojado por COMPAS (Martínez, 2018, pp. 491-492). Por ello, aunque el acusado no tuviese conocimiento de cómo funcionaba el algoritmo, no se consideraba

vulnerado su derecho al debido proceso y debía prevalecer el secreto comercial sobre el principio de publicidad. Viene muy a colación en este momento subrayar las palabras de Martínez (2018) cuando afirmaba que «no debe permitirse que se haga negocio a costa de las garantías procesales de los acusados» (p. 499) porque la IA es el gran negocio del presente y continuará siéndolo en un futuro inmediato.

Los modelos que se utilizan actualmente son opacos, no regulados e incontestables, incluso cuando están equivocados. Esta es la idea que subyace en la obra de O'Neil (2017) citada al principio de este epígrafe. La evolución vendrá a corregir los defectos y seguirá incorporando e implantando los sistemas para superar estos impactos nocivos, porque resulta fundamental establecer mecanismos adecuados para poder valorar los datos que se incorporen en el sistema y situarse en condiciones de rebatir los resultados que se alcancen (Barona, 2019, p. 14).

Con ello, el rechazo inicial a la sustitución del humano por la máquina se irá relativizando. Ha de mirarse, con preocupación —por las consecuencias que puede implicar para las garantías procesales— un escenario no tan lejano en el que la herramienta mejorará y el humano se convencerá de los beneficios de su implantación. Si bien en un primer momento la IA ha irrumpido de forma impactante, incluso brusca para los esquemas humanos, en un segundo momento luego se producirá la revolución silenciosa que convencerá a todos de las bondades de su incorporación.

V. LOS SESGOS

En una definición sencilla y de fácil comprensión para personas no versadas en informática, los algoritmos son operaciones matemáticas que se entrelazan para proporcionar un resultado derivado del manejo de una ingente cantidad de datos previamente insertados, tratados y ordenados (Pérez, 2022, p. 32). Los algoritmos son creaciones humanas y heredan los sesgos de sus diseñadores —personas físicas— o de las entidades, empresas, administraciones e instituciones —personas jurídicas— que impulsan su desarrollo y lo sostienen.

Se desconoce, exactamente, con qué criterio actúa el algoritmo; tampoco se determina, en concreto quién lo ha creado, y ni siquiera

puede establecerse si la información que contiene es objetiva, imparcial, igualitaria y ajustada a la ley. De hecho, se ha demostrado que algunos programas tienen sesgos de carácter racial, económico, por circunstancias personales, etcétera (Gómez, p. 169).

En este sentido, y volviendo a las deficiencias criticadas al instrumento COMPAS, en 2016 la agencia de noticias ProPublica encargó un estudio del algoritmo y se concluyó que estaba ampliamente sesgado. El resultado se dio a conocer en un reportaje que analizaba la fiabilidad de las predicciones del sistema y ponía en duda su equidad ya que parecía discriminar, de manera sistemática, a un grupo de la población. Se subrayaba que las clasificaciones de «alto riesgo» de COMPAS que resultaban ser acertadas, lo eran por igual para todos los acusados analizados, independientemente de su color de piel.

Sin embargo, las clasificaciones equivocadas eran mucho más comunes si el acusado era negro y existía una tendencia a prever «alto riesgo» de reincidencia, aunque tal resultado no llegara a concretarse. La explicación que dio Northpointe, creadora del algoritmo, fue que no había tal discriminación porque los datos utilizados en su estudio se obtuvieron de las predicciones que habían resultado acertadas, las que se daban prácticamente en igual medida entre los acusados de cualquier etnia. Sin embargo, ProPublica utilizó los datos de las calificaciones de riesgo que habían probado ser erradas, las cuales sí eran más comunes en personas que no fuesen blancas. Así, teniendo en cuenta que los porcentajes de reincidencia no son iguales, si se hace una división étnica, es posible matemáticamente que se den los dos resultados (Carrera, 2024, p. 187).

Cuando se imputa un sesgo a los algoritmos de IA, lo que se quiere significar es que los datos que arroja no son neutrales. En igualdad de circunstancias, el pertenecer a determinado grupo social, género, religión, etc., hace que la solución sea distinta. Los sesgos impiden un trato igual entre los diferentes grupos. No solo los algoritmos de IA tienen sesgos: evidentemente, las personas también. De hecho, el sesgo algorítmico proviene de los sesgos personales que, posteriormente, se incorporan a los datos (Sanchís, 2023, p. 74). La citada autora distingue entre sesgos humanos voluntarios e involuntarios: los primeros son, sin duda, los que dependen directamente de la voluntad de la persona que los aplica; en cambio, los segundos actúan con igual eficacia, es decir, tienen el mismo efecto, pero su

origen se encuentra en diversas circunstancias que impactan en la decisión, sin entrar en la categoría de prejuicio: son circunstancias personales o situaciones que pueden afectar la decisión del juez sin que sea consciente de ello.

Establecido qué es un sesgo, procede abordar la siguiente cuestión: ¿es posible evitarlo en los algoritmos? Siguiendo a la misma autora, la mitigación de los sesgos se logra, fundamentalmente, mediante la aplicación de la transparencia y las evaluaciones de impacto.

- Para que el algoritmo de IA sea del todo diáfano el código fuente debería ser público. Si no lo fuese, difícilmente podrá saberse «qué factores utiliza, a cuáles se les da más peso o cómo se interrelacionan» (Sanchís, 2023, p. 74).
- La evaluación de impacto de un sistema de IA hace referencia a los procesos que se llevan a cabo para determinar las consecuencias nocivas futuras de su implementación. La evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales se exige por el Reglamento europeo (Artículo 27), cuando los sistemas de IA suponen alto riesgo.

En definitiva, los riesgos de los sesgos algorítmicos y la opacidad de los sistemas de IA plantean dudas sobre cómo estos factores pueden afectar la percepción pública de imparcialidad de los tribunales. La transparencia en el diseño y funcionamiento de los sistemas de IA será fundamental

para mantener la confianza del público en la administración de justicia: es por eso que cualquier iniciativa legal debe ir acompañada de principios estrictos de transparencia, explicabilidad y responsabilidad, que aseguren que las decisiones respaldadas por la IA sean comprensibles y auditables. (Bueno, 2024, p. 16)

VI. ¿ES POSIBLE LA SUSTITUCIÓN DE LOS JUECES POR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

La *informática jurídica decisional*, surgida a partir de la *jurimetría*, se puede definir como un «instrumento orientado a la optimización de la labor de los operadores jurídicos (conocimiento, creación y aplicación del derecho)» (López, 2019, p. 166), utilizado para auxiliar en la toma de decisiones judiciales. Sus mayores exponentes han sido

los sistemas expertos, cuya evolución ha desembocado en los actuales sistemas predictivos y las plataformas de *legal question answering*.

En sus orígenes, estos modelos analizaban legislación, jurisprudencia y documentos «para ofrecer una interpretación y argumentación de un asunto en un determinado sentido». Estos sistemas tenían una función asistencial: a los abogados les servían para planificar la mejor defensa en un asunto; los jueces los utilizaban para reducir su labor de búsqueda de todo el material relevante para dictar sentencia (Barona, 2021, p. 374).

El siguiente nivel al que se dirigen estas herramientas de IA pasa porque sean capaces de extraer argumentos directamente de los textos jurídicos (Solar, 2019), y mejorar, así, no solo su función de predicción del contenido de las resoluciones, sino la exposición de sus propios argumentos, en vez de replicar aquellos presentes en los textos analizados, con lo cual se transita del nivel «asistencial» al de «sustitución» del juez persona.

Los autores favorables a una implantación futura de la IA en la toma de decisiones automatizadas coinciden en atribuir determinadas características a los procesos cuyas decisiones podrían ser asumidas por un «juez robot». Para ellos (Delgado, 2022, p. 14; Sanchís, 2023, p. 67), es técnicamente posible la resolución automatizada cuando concurren los siguientes elementos:

- Procesos que se repiten con un contenido idéntico o similar (litigación en masa).
- Homogeneidad o gran similitud de las acciones de los demandantes y/o de las contestaciones.
- Decisión jurisdiccional uniforme en la gran mayoría de los casos.
- Escasa complejidad.
- Presencia de prueba documental.

Como ejemplos de los procesos que cumplirían con estas características se enumeran, entre otros, condiciones generales de la contratación, cláusulas suelo, cláusulas abusivas, gastos hipotecarios, tarjetas *revolving*, mutuo acuerdo en familia, contrato de transporte aéreo, alimentos, conformidades, juicios rápidos, proceso por decreto, asilo, extranjería, tráfico, reclamaciones de intereses, ejecuciones

sin oposición, monitorios sin oposición, juicios verbales, allanamientos de jurisdicción civil...

En contra, hay autores que consideran que los sistemas de IA son esclavos de su propio algoritmo y eso les impide «pensar libremente», más allá de sí mismos: no pueden hacer nada que su algoritmo no les permita ni dejar de hacer nada que su algoritmo no les prohíba.

En este punto, se debe recordar que, cuando se presentan herramientas de IA fuertes, que «aprenden por sí mismas», ello no es del todo cierto, pues se limitan a entresacar entre los datos que las alimentan los más importantes o repetidos (*data mining*) en busca de patrones, pero sin aportar algo de sí. Por esa razón, se considera que en el mundo del Derecho hay que evitar el determinismo de la máquina y exigir que la aplicación de la respuesta algorítmica siempre sea supervisada por el juez o magistrado (Sánchez, 2023, p. 5). Para poder posicionarse frente al dilema «juez-robot sí, juez robot no» se impone conocer y entender, siquiera someramente, el funcionamiento de los sistemas de IA con relación a la actividad judicial: se definía la IA como sistemas informáticos capaces de realizar tareas que normalmente requerirían de la inteligencia humana utilizando algoritmos y modelos matemáticos complejos para procesar grandes cantidades de datos. Dos conceptos son esenciales, al menos en lo que se refiere a este trabajo: el algoritmo y los datos: todo algoritmo trabaja sobre una base de datos y conforma un *software* completo al que, finalmente, se le denomina *sistema de IA* (Cotino, 2019, p. 3).

Y es esta una de las cuestiones primordiales: sin suficiente disponibilidad de datos de calidad y convenientemente preparados, incluso los algoritmos más avanzados no servirán de mucho, a nivel social, económico o judicial. Se estima que más del 40 % de los proyectos emergentes de agentes de IA en la actualidad terminarán siendo abandonados a medio plazo debido a la falta de datos adecuados y otros problemas de calidad. El esfuerzo realizado en estandarizar los datos, limpiarlos y documentarlos puede marcar la diferencia entre una iniciativa de IA exitosa y un experimento fallido. Si se alimenta una IA con datos de baja calidad, sus resultados serán igualmente pobres y poco fiables.

Teniendo en cuenta la importancia de los datos y su tratamiento surge el concepto de *AI Data Readiness*, preparación de los datos para

ser usados por la IA. No se trata solo de conseguir una preparación técnica del dato, sino también de favorecer la eliminación de sesgos e impulsar la equidad.

Tener datos listos para la IA (*AI-ready*) significa que estos cumplen una serie de requisitos técnicos, estructurales y de calidad que optimizan su aprovechamiento por los algoritmos de IA. Esto incluye múltiples aspectos como la completitud de los datos, la ausencia de errores e inconsistencias, el uso de formatos adecuados, metadatos y estructuras homogéneas, así como el contexto necesario para poder verificar que estén alineados con el uso que la IA les dará.

Preparar datos para la IA suele requerir un proceso en varias etapas; es fundamental evaluar las necesidades de datos según el uso que se les va a dar en cada caso —tipo de datos, volumen necesario, nivel de detalle—; esta evaluación puede ser un proceso iterativo que se refine a medida que el proyecto de IA avanza. Igualmente, se han de implementar políticas y herramientas de gestión de datos adecuadas —calidad, catálogos, linaje, seguridad, etc.— y asegurar que incorporen, también, las necesidades para las que van a ser utilizados. Finalmente, se debe ampliar el ecosistema de datos integrando nuevas fuentes y adaptando la infraestructura para poder manejar los grandes volúmenes necesarios para el funcionamiento de la IA. Se trata, en definitiva, de conseguir que los datos estén preparados para alimentar modelos de IA con las mínimas fricciones posibles y evitar posteriores contratiempos (Gobierno de España, 2025, s.p.).

En la obtención de los datos y su calidad se halla el primer obstáculo para el desarrollo de una IA que sustituya al juez: cuando se intenta hacer minería de datos en el sector de la justicia se tropieza con el problema de que este no está configurado para manejar y aprovechar gran volumen y variedad de datos. Además, no hay un sistema estandarizado, pues existen Comunidades Autónomas con competencias transferidas en justicia, junto a otras dependientes del Ministerio de Justicia.

Se identifican varias capas de datos necesarios:

- Los referidos a las resoluciones judiciales, almacenados en los servidores del Centro Nacional de Documentación Judicial, que cuenta ya con herramientas contrastadas (más de ocho millones de resoluciones registradas y tratadas, correspondientes al Tribunal Supremo,

a los tribunales superiores de justicia y las audiencias provinciales) y con los medios para poder almacenar cualquier auto o sentencia que remita cualquier órgano judicial de manera automática o casi automática. El uso de bases de datos digitalizadas está asentado en la práctica judicial. La clave de estos sistemas está en los motores de búsqueda, que permiten a cada juez establecer los criterios para localizar procedimiento similares o útiles. Cuanto más plurales y flexibles sean esos campos de búsqueda menor riesgo habrá de sesgo impuesto por el sistema. Ello no excluye la posibilidad de sesgo que derive del propio usuario, que puede establecer campos de su interés, optar por tribunales con los que pueda simpatizar, etc. Hay que recordar un aspecto que, por evidente, no deja de ser relevante: la anonimización de las resoluciones judiciales funciona de forma eficaz en España desde hace tiempo.

- Son también importantes los datos referidos a la tramitación de los distintos procedimientos, es decir, a las resoluciones judiciales intermedias, dictadas normalmente por letrados de la administración de justicia (diligencias y decretos), o las providencias judiciales. Estas resoluciones no acceden a las bases de datos, dependen de los programas de gestión de cada comunidad autónoma, programas que no siempre son compatibles. Como se ha visto, las herramientas de IA para la gestión son útiles y tienen una cierta implantación, pero sería deseable una voluntad de unificación de los modelos de tramitación.
- Un tercer bloque de datos se refiere a los escritos y las solicitudes de las partes en los distintos procedimientos judiciales: se puede considerar que estos aportan los supuestos de hecho de los que se parte; las partes los facilitan con sus escritos, pretensiones y documentos que adjuntan y que también son necesarios para alimentar la IA, aunque los interesados no presten su consentimiento para la incorporación a este tipo de bases de datos (Fernández, 2024, pp. 8-10).

Por otra parte, la regulación que se realice de la IA aplicada al sistema judicial debe impedir que las garantías procesales fundamentales sean vulneradas por la implantación irrefrenable y poco planificada (Martín, 2019, p. 826). Los jueces robot ya existen: los llamados tribunales de internet, en Hangzhou, desde 2017. Se tramitan miles de casos al año, con una duración de 38 días, pero, ¿a qué costo de los derechos fundamentales y las garantías procesales?

VII. CONCLUSIONES

En el momento actual no se está en disposición de sustituir al humano juez por un sistema de IA de forma plena. Esta afirmación se justifica, fundamentalmente, en las siguientes razones:

- Las herramientas de IA no están en su momento de madurez y máximo desarrollo que permita asegurar todas las garantías implicadas en el proceso. La opacidad y los sesgos de los algoritmos son dos cuestiones que tendrán que ser profundamente revisadas, porque los justiciables tienen derecho a conocer la forma en que se adoptan las decisiones y se les debe garantizar plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva. La automatización decisoria en el campo de la justicia, para respetar las garantías procesales, precisa validación humana previa y motivación auditable.
- La sustitución del juez humano por un sistema de IA de forma exclusiva precisaría una profunda reforma legal y procesal —incluso constitucional— que revise la estructura y las funciones del Poder Judicial y la configuración de la administración de justicia.
- Se debe valorar minuciosamente la decisión: por ejemplo, la automatización de las decisiones prescindiendo de la motivación llevaría a una situación de empobrecimiento del avance jurisprudencial. Otro ejemplo: si se eligen casos de menor relevancia jurídica, o de menor cuantía económica para someterlos al juez IA, el resultado, en la práctica, sería discriminatorio para el justiciable.
- La actividad judicial desarrollada por un humano va más allá de la aplicación fría de las normas vigentes: hay matices, experiencias, impresiones sensoriales y formas de actuar que son genuinamente humanas, y genuinamente judiciales también.

Pese a que gran parte de la doctrina se muestra contraria a la sustitución, se asiste a un momento muy inicial del debate: según avance el perfeccionamiento de la IA para cumplir su función como juez, la humanidad podrá ir cambiando de opinión y adoptar soluciones distintas, corregir los sesgos, mejorar la transparencia y crear, en definitiva, un cuerpo de jueces IA con su estatuto y regulación, adaptando las constituciones y las leyes procesales a la nueva realidad. Hoy por hoy no es para la mayoría el escenario deseable, pero parece que la humanidad está condenada, irremediablemente, a ello. «¿Herederán los robots la Tierra? Sí, pero serán nuestros hijos» (Minsky, 1994, p. 86).

VIII. REFERENCIAS

- Barona Vilar, S. (Julio, 2019). Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿solución o problema? *Revista Boliviana de Derecho*, (28), 18-49. <https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2019/09/1.-Silvia-Barona-pp.-18-49.pdf>
- Barona Vilar, S. (2021). *Algoritmización del Derecho y de la justicia: De la inteligencia artificial a la Smart Justice*. Tirant Lo Blanch.
- Bueno de Mata, F. (2024). Sistemas de gestión procesal, inteligencia artificial generativa y justicia orientada al dato: retos y desafíos. *Ius et Scientia*, 10(2), 11-32. <https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2024.i02.01>
- Cabrera Fernández, M. (2024). Aplicación de la inteligencia artificial a la toma de decisiones judiciales. *Eunomía*, (27), 183-200. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9006>
- Cantero Gamito, M. (Diciembre, 2024). Acceso a la justicia en tiempos de IA: ¿hacia una justicia low-cost? *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (138), 51-71. <https://doi.org/10.24241/rcai.2024.138.3.51>
- Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia. (2019). European ethical charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment. Consejo de Europa. <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>
- Comité Económico y Social Europeo (526.^a Pleno). (Mayo 31, 2017). Dictamen sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad». *EUR-Lex* [repositorio de legislación europea en línea]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52016IE5369>
- Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica. (Junio, 2024). Política de uso de la inteligencia artificial en la administración de justicia. <https://www.administraciondejusticia.gob.es/documents/7557301/7558184/CTEAJE-NOR-Politica+de+uso+de+la+IA+en+la+AJ+v1.0.pdf/ddc0eda1-950b-e926-b367-be511b16f2f9?t=1733925140122>

- Consejo General del Poder Judicial, Servicio de Inspección. (Mayo 29, 2024). El CGPJ informa a las asociaciones judiciales de las actuaciones en marcha para la protección de la salud laboral de la carrera judicial. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Oficina-de-Comunicacion/Notas-de-prensa/El-CGPJ-informa-a-las-asociaciones-judiciales-de-las-actuaciones-en-marcha-para-la-proteccion-de-la-salud-laboral-de-la-Carrera-Judicial->
- Cotino Hueso, L. (2019). Riesgos e impactos del *big data*, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho. *Revista General de Derecho Administrativo*, (50), 1-37.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2023). Informe del Grupo de Trabajo núm. 4: Hecho tecnológico y su función jurisdiccional. <https://www.cumbrejudicial.org/ediciones/grupos-de-trabajo/documentos/82>
- Delgado Martín, J. (Febrero 17, 2022). La transformación digital de la justicia es un proceso que ya se ha iniciado, pero en el que todavía queda mucho camino por recorrer. *La Ley Probática*, (7), 1-14.
- Fernández Seijo, J. M. (Abril, 2024). Funcionamiento, alcance y capacidad de la IA en juzgados y tribunales. *Boletín Inteligencia Artificial*, 1, 4-11. Juezas y Jueces para la Democracia.
- García-Martínez Eyre i Canals, Y. (Septiembre, 2025). Are we on the way to become machines from our own machines? *International Journal of Interactive Multimedia and Artificial Intelligence*, 9(4), 1-3. <https://doi.org/10-9781/ijimai.2025.08.001>
- Garrido Gómez, M. I. (Enero-junio, 2025). La operatividad de la IA aplicada a las resoluciones judiciales. *Estudios de Deusto*, 73(1), 213-239. <https://doi.org/10.18543/ed.3330>
- Gobierno de España. (Abril 19, 2023). ¿Qué es la inteligencia artificial? <https://planderecuperacion.gob.es/noticias/que-es-la-inteligencia-artificial-ia-prtr#:~:text=que%20posteriormente%20McCarthy%20definir%C3%ADa%20como,encuentra%20en%20la%20ciencia%20ficc%C3%B3n>

- Gobierno de España, Ministerio para la transformación digital y de la función pública. (Agosto 1.º, 2025). AI Data Readiness: preparando los datos para la inteligencia artificial. <https://datos.gob.es/es/blog/ai-data-readiness-preparando-los-datos-para-la-inteligencia-artificial>
- Gómez Colomer, J. L. (2023). El juez robot. La independencia judicial en peligro. Tirant Lo Blanch.
- López Oneto, M. (2019). *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial*. Tirant Lo Blanch.
- Lorenzo Pérez, C. (2022). Inteligencia artificial en la administración de justicia: regulación española y marco europeo e internacional. Proyectos desarrollados por el Ministerio de Justicia de España. Centro de Estudios Jurídicos. <https://www.cej-mjusticia.es/sede/publicaciones/ver/13637>
- Luis García, E. (Noviembre, 2023). Justicia, inteligencia artificial y derecho de defensa. *Revista de Internet, Derecho y Política*, (39), 1-12. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i39.417164>
- Martín Diz, F. (2019). Inteligencia artificial y proceso: Garantías frente a eficiencia en el entorno de los derechos procesales fundamentales. En Jiménez Conde, F. y Bellido Penadés, R. (Dirs.), Llopis Nadal, P. y Luis García, E. (Coords.). *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?* Tirant Lo Blanch.
- Martínez Garay, L. (2018). Peligrosidad, algoritmos y *due process*. El caso State vs. Loomis. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 485-502. <https://doi.org/10.5944/rdpc.20.2018.26484>
- Minsky, M. (1994). ¿Serán los robots quienes hereden la tierra? *Investigación y ciencia*, (219), 86-92.
- O'Neil, C. (2017). Armas de destrucción matemática: cómo el *Big Data* aumenta la desigualdad y amenaza la democracia. Capitán Swing.
- Parlamento Europeo y Consejo de Europa. (2024). Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 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 (Ley de Inteligencia Artificial). *EUR-Lex* [repositorio de legislación europea en línea]. https://eur-lex-europa-eu.translate.google/eli/reg/2024/1689/oj/eng?x_tr_sl=en&x_tr_tl=es&x_tr_hl=es&x_tr_pto=tc
- Pérez Estrada, M. J. (2022). *Fundamentos jurídicos para el uso de la inteligencia artificial en los órganos judiciales*. Tirant Lo Blanch.
- Real Academia Española. (2024). *Diccionario de la Lengua Española* (23.^a ed., del tricentenario, actualizada). <https://www.rae.es>
- Real Decreto-ley 6, de 19 de diciembre de 2023, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de recuperación, transformación y resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. (Diciembre 20, 2023). *Boletín Oficial del Estado*, (303), 1-170. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/12/19/6/con>
- Rivas Velasco, M. J. (2024). Uso ético de la inteligencia artificial en justicia. Asociación Profesional de la Magistratura. <https://magistratura.es/wp-content/uploads/2024/10/APM-3.9.-MARIA-JOSE-RIVAS-VELASCO.-USO-ETICO-DE-INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-EN-JUSTICIA.pdf>
- Sánchez Sáenz, A. J. (Noviembre, 2023). El posible uso de la inteligencia artificial en el ámbito judicial: contexto jurídico español y europeo. Especial referencia al contencioso-administrativo. *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, (2), 163-200. <https://doi.org/10.32091/RIID0118>
- Sanchís Crespo, C. (Julio-diciembre, 2023). Inteligencia artificial y decisiones judiciales: crónica de una transformación anunciada. *Scire*, 29(2), 65-84. <https://ibersid.eu/ojs/index.php/scire/issue/view/297/38>
- Solar Cayón, J. I. (2019). *La Inteligencia Artificial Jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*. Aranzadi.
- Villarreal Novillo, C. P. (Septiembre-octubre, 2023). La justicia en tiempos de inteligencia artificial. *Ciencia Latina*, 7(5), 9494-9519. <https://doi.org/10.37811/cl.rcm.v7i5.8517>

DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR HECHOS REALIZADOS POR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL¹

ESTABLISHMENT OF CRIMINAL LIABILITY FOR FACTS COMMITTED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE

■ **DR. IGNACIO FRANCISCO BENÍTEZ ORTÚZAR**

Catedrático de Derecho penal, Universidad de Jaén, España²

<https://orcid.org/0000-0002-4955-9409>

ibenitez@ujaen.es



Resumen

Los desafíos que plantea la determinación de la responsabilidad penal por hechos lesivos cometidos por sistemas de inteligencia artificial son objeto de análisis en el presente artículo. A partir de la distinción entre una dimensión tecnológica débil: previsible y controlable por humanos, y una fuerte, con aprendizaje autónomo, se examina la insuficiencia de los modelos tradicionales de imputación penal, como la autoría mediata o la responsabilidad por el producto defectuoso, para resolver los problemas que

- 1 Investigación realizada en el Proyecto PID2022-138770OB-11 «Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica (II)», financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.
- 2 El autor es doctor en Derecho (Universidad de Granada), licenciado en Derecho (Universidad de Granada), licenciado en Criminología (Universidad de Murcia) y experto en Criminología (Universidad de Granada); presidente del Tribunal Administrativo del Deporte de Andalucía (2019-actualidad); investigador responsable del grupo de Investigación SEJ 428, «Derecho penal, criminología, democracia y derechos fundamentales»; coordinador del Máster Oficial en Justicia Penal y Sistema Penitenciario, al igual que del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Jaén; presidente y socio-fundador de UNIXA CRIDES S. L., Spin off UJA; miembro de honor de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales y Profesor Distinguido de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana (Cuba).

plantea la inteligencia artificial. El texto explora las propuestas de la Unión Europea, centradas en el control humano y la gestión de riesgos; debate acerca de la posible creación de una *personalidad electrónica* para sistemas autónomos y concluye que, si bien el marco actual prioriza la supervisión humana, la evolución hacia IA más autónomas podría exigir una reconceptualización de la teoría del delito y la responsabilidad penal.

Palabras clave: Responsabilidad penal; inteligencia artificial; imputación objetiva.

Abstract

This article analyzes the challenges inherent in determining criminal liability for harmful acts committed by artificial intelligence systems. Proceeding from the distinction between weak artificial intelligence: predictable and controlled by human, and strong artificial intelligence, characterized by autonomous learning, it examines the inadequacy of traditional models of criminal imputation, such as mediate perpetration or product liability, to resolve the issues posed by artificial intelligence. The text explores European Union proposals, centered on human control and risk management; debates the potential creation of an electronic personhood for autonomous systems; and concludes that, while the current framework prioritizes human supervision, the evolution towards more autonomous AI may necessitate a reconceptualization of the theory of crime and criminal liability.

Keywords: Criminal Liability; Artificial Intelligence; Objective Imputation.

Sumario

I. Introducción; II. Encaje del concepto de delito en el mundo digital. El ciberdelito; III. La responsabilidad por la lesión de bienes jurídicos a consecuencia de actuaciones de la inteligencia artificial; 3.1. Inteligencia artificial débil: Previsible y controlable; 3.2. Inteligencia artificial fuerte: Aprendizaje autónomo; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El término inteligencia artificial (IA) fue acuñado en 1955 por John McCarthy, un profesor de matemáticas de Dartmouth que propuso la realización de un proyecto de investigación en el que participarían 10 destacados científicos para intentar averiguar cómo podían conseguir que las máquinas utilizaran el lenguaje, formasen abstracciones y conceptos, y resolvieran problemas que hasta ese momento solo estaban al alcance del ser humano, hasta superar a este (McCarthy *et al.*, s.f., s.p.).

El 25 de abril de 2018 se publicó la Comunicación de la Comisión Europea sobre IA para Europa, que estima que dicha expresión se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos (p. 1).

Recientemente, el Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen las normas en materia de IA y se modifican los reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 2018/858, (UE) 2018/1139, y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 Y (UE) 2020/1828 (Reglamento de IA), en adelante *Ley de IA de la Unión Europea*, dispone en su artículo 3.1, que se entenderá por

sistema de IA un sistema basado en una máquina que está diseñado [*sic*] para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales. (2024, p. 46)

La creación de artificios que llegan a actuar con cierta independencia del ser humano también va a influir con fuerza en el ámbito propio de la criminalidad. La era de la informática y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), además de facilitar el desarrollo de la vida social e individual del ser humano, permitieron la aparición de nuevas formas de realización de la actividad delictiva. Los aspectos relacionados con la telemática, la irrupción de internet como

una red de redes de alcance auténticamente global, hicieron posible, también, una inmediatez en el resultado, unido a la posibilidad de la distancia en la acción; circunstancias que, en el marco de la actividad criminal y de la eficacia del Derecho punitivo de los Estados, ya advirtieron la aparición de verdaderos problemas en la persecución del delito, si se partía de las previsiones jurídicas tradicionales. Esta realidad se hace más palpable con la evolución de la tecnología y la implementación del *big data* y el mundo de los algoritmos en *aparatos* a los que se les dota de la llamada IA, con una capacidad de aprendizaje cada vez más autónomo con respecto a la actuación de sus programadores, creadores y/o de sus usuarios. La gran capacidad de almacenamiento de datos unida a la velocidad de su procesamiento la hace, incluso, una tarea imposible de realizar por la mente humana (Herrera, 2022, p. 21).

En cualquier caso, el debate acerca de la irrupción de la IA en la sociedad actual no difiere mucho de otras «revoluciones» tecnológicas o científicas a las que se ha enfrentado la historia de la humanidad, con incidencia directa en los ordenamientos jurídicos, tanto internos como internacionales. Al respecto, estos siempre «se han decantado por enfoques preventivos mediante diversas técnicas de control y supervisión que no entorpezca [sic] el avance del conocimiento científico y tecnológico cuando no sea realmente necesario», para dejar, así, al Derecho penal «en el segundo plano que siempre se le ha conferido, esto es, el de última *ratio* y de subsidiariedad» (Romeo, 2022a, p. 78).

De inicio, surgen cuestiones que el legislador debe resolver con cierta urgencia; por un lado, ¿deben responder penalmente los seres humanos que, de alguna forma, están a cargo de la supervisión y el control de los sistemas inteligentes?, ¿los sistemas inteligentes dotados de autonomía cumplen con los elementos de la teoría jurídica del delito para ser sujetos de imputación penal?, o, por el contrario, ¿basta con la determinación de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios de los sistemas dotados de IA? (Romeo, 2022b, p. 8).

Dos son las cuestiones a plantear: 1. El encaje en el concepto del delito de las conductas llevadas a cabo con las TIC, incluida la IA; y 2. La responsabilidad por la lesión de bienes jurídicos a consecuencia de la IA.

II. ENCAJE DEL CONCEPTO DE DELITO EN EL MUNDO DIGITAL: EL CIBERDELITO

La actividad fraudulenta o criminógena relacionada con la telemática, por lo general, no da lugar a la creación de bienes jurídicos de nuevo cuño. Al contrario, en la mayoría de los casos, por no decir en todos, el bien jurídico tutelado que se ve lesionado o puesto en peligro como consecuencia de la aplicación de los desarrollos tecnológicos en un bien jurídico tradicional, cuya tutela ya es objeto de protección por el Derecho penal (privacidad, igualdad/no discriminación, dignidad, libertad, libertad de expresión, vida, integridad...) (Valls, 2021, p. 85). Las nuevas formas de lesión o puesta en peligro de esos valores fundamentales para la sociedad y el individuo se ven facilitados por las innovaciones tecnológicas y la IA.

Asimismo, no debe obviarse otra particularidad a la que da lugar la inmediatez del resultado y la distancia en la actividad, con relación a la investigación penal de este tipo de delitos, que permiten actuar en cualquier lugar del mundo desde distancias remotas, lo cual obliga a un esfuerzo de los Estados en la cooperación policial y judicial para perseguirlos, pues sin ello, el mejor texto punitivo material sería completamente inaplicable.

Se han acuñado —ya de forma consolidada a lo largo de las últimas décadas— los términos *ciberdelito*, *ciberdelincuencia* y *ciberseguridad* (Benítez, 2008, pp. 112-113; 2021, pp. 79-128), los cuales comprenden aquellos delitos que se cometen, en particular, por medio de las TIC, incluida la IA. La actividad realizada con las TIC facilita la realización de tareas que, hasta hace poco tiempo, eran exclusivas de los seres humanos; ahora, «los sistemas electrónicos tienen la capacidad de reproducir o simular las formas de trabajo propias de la mente humana» (Castillo, 2001, p. 35), con eficacia en distintos sectores de la actividad cotidiana y, también, de la criminal.

El «Convenio sobre ciberdelincuencia», del Consejo de Europa —firmado en Budapest, el 23 de noviembre de 2001—, entre los ciberdelitos, separa los *delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos* (como parte de los cuales considera solo el acceso ilícito, la interceptación ilícita, la interferencia en el sistema y el abuso de dispositivos), de los *delitos informáticos* (que abarcan, entre otros, la falsificación informática y

el fraude informático). Así, mantiene una relación de género a especie, en la que los delitos informáticos son apenas una parte de los ciberdelitos.

Desde semejante planteamiento, en España, la «Estrategia nacional de ciberseguridad» (2019), ya incluía una definición de *cibercriminalidad*, en el sentido de que:

El término cibercriminalidad hace referencia al conjunto de actividades ilícitas cometidas en el ciberespacio que tienen por objeto los elementos, sistemas informáticos o cualesquiera [sic] otros bienes jurídicos, siempre que en su planificación, desarrollo y ejecución resulte determinante la utilización de herramientas tecnológicas; en función de la naturaleza del hecho punible en sí, de la autoría, de su motivación, o de los daños infligidos, se podrá hablar así de ciberterrorismo, de ciberdelito, o en su caso de *hacktivismo*. (pp. 43437-43455)

Desde un punto de vista sistemático podrían distinguirse, incluso, dos modalidades de ciberdelitos, agrupados en los de resultado y los de medio; el primer caso se refiere a las conductas que vulneran los sistemas que utilizan tecnologías de la información; y los segundos, a las conductas que utilizan las novedades tecnológicas cual vehículo para atentar contra la propiedad, la intimidad, la privacidad o la indemnidad sexual, entre otros bienes jurídicos. En esta línea se pronunciaba, también, la «Estrategia nacional de ciberseguridad» (2019), cuando afirmaba:

son tres los ámbitos en los que se desenvuelve la lucha contra la cibercriminalidad: I) el ciberespacio como objetivo directo de los hechos delictivos, o de la amenaza; II) el ciberespacio como medio clave para su comisión; y III) el ciberespacio como medio u objeto directo de investigación en cualquier tipo de hecho delictivo. (pp. 43437-43455)

Este tercer ámbito es instrumental en la investigación criminal. Sin embargo, en el ámbito jurídico-penal tal clasificación no es operativa, en tanto que el ataque a los sistemas informáticos, en sí mismos, alcanza relevancia penal porque estos contienen una información relevante de personas, empresas, etc., y los tipos penales se incluyen en los respectivos títulos y capítulos del Libro segundo del Código penal. Tratar de incluir todas las posibilidades delictivas imaginables que puedan cometerse por medio de las TIC, incluida la IA, en un

único Título del Código penal, dedicado a «los ciberdelitos», en aras de una mayor organización y sistematización de los tipos penales, conduciría, sencillamente, al fracaso legislativo.

No obstante, a lo largo del articulado del Código penal se encuentran diseminados múltiples tipos penales cuya comisión puede ser incluida en el término coloquial de *ciberdelincuencia* o *cibercriminalidad*, por lo cual, en la descripción de la conducta típica se hace expresa referencia a esta modalidad delictiva, cuando con la redacción tradicional no estaría contemplada (como ocurre, por ejemplo, con la dificultad de incluir las *Deepfakes* o imágenes creadas con IA entre los tradicionales delitos contra la intimidad o en los llamados daños informáticos, o en determinados delitos contra la indemnidad sexual de los menores de edad, perpetrados con IA).

En el ámbito operativo, con el objetivo de mejorar la lucha contra este tipo de criminalidad y lograr una mejor coordinación, la Fiscalía General del Estado en España, en la primera década del siglo xxi, creó un servicio específico de Criminalidad Informática —Instrucción 2, de 11 de octubre de 2011—, que distinguió tres grupos de delitos en la materia: a) Aquellos en los que el objeto de la actividad delictiva son los sistemas informáticos o las TIC; b) La actividad criminal que se sirve, para su ejecución, de las ventajas que ofrecen las TIC; y, c) Los que entrañan especial complejidad en la investigación, que la hace demandar conocimientos específicos en la materia.

Ahora bien, sobre todo para articular la investigación de estas conductas delictivas y perseguirlas con mínimas garantías de éxito, ante la globalización que implica el uso de internet y las tecnologías de la era informática, con la irrupción del *big data* y la IA, también, en el mundo de la delincuencia es necesario un consenso internacional que, de un lado, permita armonizar el Derecho penal sustantivo en la materia y, del otro, aporte instrumentos útiles y, a la vez, garantistas para agilizar la cooperación policial y judicial entre los Estados. En esta línea, el mayor consenso existente sobre este tipo de delincuencia lo conforman el «Convenio sobre ciberdelincuencia» del Consejo de Europa, de 23 de noviembre de 2001, y un protocolo adicional a este, de 2003 —«Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos» (Consejo de Europa, 2003, s.p.).

En España, la «Estrategia de seguridad nacional» (2021) afirma:

Tecnologías como la Inteligencia Artificial y el *big data* subyacen cada vez más en ámbitos como el sanitario, el de transportes, el energético, el empresarial, el financiero, el educativo y el militar. La capacidad de procesamiento de grandes cantidades de datos se presenta como una característica avanzada para la consecución de los objetivos deseados. Su potencial de transformación y aplicación en procesos de análisis de riesgos y de alerta temprana es cada vez mayor. Pero el desarrollo de estas tecnologías también genera interrogantes relacionados con la seguridad. La aplicación de algoritmos para la toma automática de decisiones requiere un marco de protección de la privacidad y la no-discriminación. El empleo de sistemas autónomos también tiene implicaciones éticas que requieren mecanismos de control y parámetros que garanticen el respeto a los derechos humanos. En el medio-largo plazo, el salto tecnológico que supone la computación cuántica permitirá usos difíciles de prever hoy en día en materia de comunicaciones seguras, cifrado y descifrado y sistemas de vigilancia avanzados, entre otros. (pp. 167795-167830)

La importancia que se otorga a la ciberseguridad en la «Estrategia de seguridad nacional» (2021) es patente, al afirmarse:

En términos de ciberseguridad, se requiere garantizar el uso seguro y fiable del ciberespacio, para proteger los derechos y las libertades de los ciudadanos y promover el progreso socioeconómico. Para ello es importante incrementar las capacidades (tecnológicas, humanas y económicas) de la ciberseguridad nacional dirigidas a la prevención, detección, respuesta, recuperación, investigación y defensa activa. (p. 167821)

Para ello y en la Línea de Acción 17, considerando el ciberespacio como uno de los espacios comunes globales, junto al marítimo, aéreo y ultraterrestre, se promueve el avance en la integración del modelo de gobernanza de la ciberseguridad en el marco del Sistema de Seguridad Nacional (p. 167822). La Ley de IA de la Unión Europea (2024), que propone el establecimiento de una IA centrada en el ser humano y fiable (Artículo 1) ni recoge nuevos delitos en la materia, ni reconoce a la IA una capacidad jurídica autónoma. El texto legis-

lativo europeo establece la autorización de la IA en los Estados de la Unión en atención al nivel de riesgo, entendido, expresamente, como «la combinación de la probabilidad de que se produzca un perjuicio y la gravedad de dicho perjuicio» (Artículo 3.2). La disposición exige un sistema de control sobre los sistemas de IA de alto riesgo³ y establece las obligaciones de los proveedores, importadores y distribuidores de estos sistemas, y sus responsables, a lo largo de la cadena de valor de la IA, a la vez que obliga a los Estados a imponer un sistema de sanciones (Artículo 99 y siguientes).

En todo caso, el Informe sobre la cibercriminalidad en España, de 2023 (Gobierno de España), tomando datos del Sistema Estadístico de Criminalidad, sitúa la cibercriminalidad⁴ en un 19,2 %, respecto del conjunto de la criminalidad, lo que supone una línea en constante crecimiento desde el año 2016, cuando se ubicaba en el 4,6 %. De esta cifra, el 90,5 % corresponde a fraudes informáticos (estafas) y el 3,7 % a amenazas y coacciones.

La tabla siguiente muestra el comportamiento de las variables anteriores, según los datos de los Estudios sobre cibercriminalidad en España, de 2016 a 2023, publicados por el Ministerio del Interior:

- 3 Artículo 9.2. El sistema de gestión de riesgos se entenderá como un proceso iterativo continuo planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo, que requerirá revisiones y actualizaciones sistemáticas periódicas. Constará de las siguientes etapas:
 - a) la determinación y el análisis de los riesgos conocidos y previsibles que el sistema de IA de alto riesgo pueda plantear para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales cuando el sistema de IA de alto riesgo se utilice de conformidad con su finalidad prevista;
 - b) la estimación y la evaluación de los riesgos que podrían surgir cuando el sistema de IA de alto riesgo se utilice de conformidad con su finalidad prevista y cuando se le dé un uso indebido razonablemente previsible;
 - c) la evaluación de otros riesgos que podrían surgir, a partir del análisis de los datos recogidos con el sistema de vigilancia poscomercialización a que se refiere el artículo 72;
 - d) la adopción de medidas adecuadas y específicas de gestión de riesgos diseñadas para hacer frente a los riesgos detectados con arreglo a la letra a).
- 4 Tomando como referencia los hechos conocidos por las fuerzas y los cuerpos de seguridad, incluidos todos los delitos que hayan empleado las TIC en su comisión.

Año	Cibercriminalidad sobre criminalidad total	Fraudes informáticos	Acceso e interceptación ilícita	Contra el honor	Propiedad industrial e intelectual	Delitos sexuales	Falsificación informática	Interferencia de datos y sistema	Amenazas y coacciones
2013	(42.403)	62,9 %	4,3 %	4,6 %	0,4 %	1,8 %	3,8 %	0,8 %	21,4 %
2014	(49.935)	65,8 %	3,7 %	4,4 %	0,4 %	1,9 %	3,7 %	0,9 %	19 %
2015	(60.154)	67,9 %	4 %	3,5 %	0,3 %	2 %	3,9 %	1,5 %	16,8 %
2016	4,6 % (66.586)	68,9 %	3,9 %	2,3 %	0,2 %	1,8 %	4,1 %	1,7 %	17,2 %
2017	5,7 % (81.307)	74,4 %	3,1 %	1,9 %	0,1 %	1,6 %	3,6 %	1,4 %	13,9 %
2018	7,5 % (110.613)	80,2 %	2,5 %	1,3 %	0,2 %	1,3 %	2,8 %	0,9 %	10,8 %
2019	9,9 % (218.302)	88,1 %	1,8 %	0,7 %	0,1 %	0,8 %	2 %	0,7 %	2 %
2020	16,3 % (287.963)	89,6 %	1,6 %	0,5 %	0,0 %	0,6 %	2,2 %	0,6 %	4,9 %
2021	15,6 % (305.477)	87,4 %	1,7 %	0,5 %	0,0 %	0,5 %	3,4 %	0,7 %	5,7 %
2022	16,1 % (374.737)	89,7 %	1,5 %	0,3 %	0,0 %	0,4 %	3,3 %	0,4 %	4,3 %
2023	19,2 % (472.125)	90,5 %	1,6 %	0,2 %	0,0 %	0,4 %	3,2 %	0,4 %	3,7 %

FUENTE: Elaboración del autor, sobre los datos del Ministerio del Interior.

El Informe anual sobre seguridad de 2023 hacía especial hincapié en el peligro de la utilización de la IA para elaborar campañas de desinformación, con las consecuencias que ello tiene, sobre todo en procesos electorales en los Estados democráticos, así como la especial vulnerabilidad del ciberespacio, advertencia que se hace más relevante en el Informe de situación de cibercriminalidad en España de 2024, cuando se afirma, expresamente:

La adopción de la IA se ha acelerado en el ámbito de la ciberseguridad, proporcionando herramientas de análisis predictivo y detección automatizada de amenazas. Sin embargo, al mismo tiempo, los ciberdelincuentes están aprovechando la IA para desarrollar ataques más precisos y difíciles de detectar. En 2024, solo el 2% de las organizaciones españolas ha implementado estrategias adecuadas para defenderse contra ciberataques habilitados por IA, lo que demuestra la necesidad urgente de adaptar las defensas frente a estas amenazas emergente [sic]. (p. 5)

En España, en fecha relativamente reciente, se constituyó la prevista Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (2023, pp. 122289-122316) como organismo público responsable de la supervisión, el asesoramiento, la concientización y la formación dirigidas a entidades públicas y privadas para la adecuada implementación de toda la normativa nacional y europea en torno al adecuado uso de los sistemas de IA y su desarrollo, con funciones inspectoras, y de comprobación y sanción.

III. LA RESPONSABILIDAD POR LA LESIÓN DE BIENES JURÍDICOS A CONSECUENCIA DE ACTUACIONES DE LA IA

Un robot o una máquina dotado(a) de IA (o incluso, un *software* programado con IA) puede causar, perfectamente, un daño que afecte bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. Aceptando esta realidad como cierta, debe plantearse si se cuenta en la actualidad con mecanismos jurídicos (civiles y penales) suficientes o si debe procederse a una revisión de los existentes, para adaptarlos o crear los demás que se requieran, en aras de poder aportar una respuesta satisfactoria en este tipo de situaciones, cuya incidencia se incre-

mentará poco a poco, a la vista de los grandes avances que se están produciendo en materia tecnológica.

Este reto alcanza mayores cotas de desafío cuanto más autónoma se configura la máquina y debe arbitrarse una respuesta garantista, también, en el supuesto en que el daño sea producido por un robot capaz de *decidir* por sí mismo. En este sentido, se expresa la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión en cuanto a normas de Derecho civil sobre robótica, en la cual se reflexiona acerca de que, a mayor autonomía de los robots, mayor dificultad para que estos sean considerados instrumentos en manos de otros agentes. Ello obliga a replantearse si la normativa general sobre responsabilidad es suficiente o si, por el contrario, deben crearse nuevos principios sobre la responsabilidad jurídica de aquellos cuando se produzca un daño no atribuible a un agente humano, dada la insuficiencia de la normativa actual ante supuestos en que los robots puedan adoptar decisiones autónomas.

Como reza la referida Resolución, «la humanidad se encuentra a las puertas de una era en la que robots, bots, androides y otras formas de IA, cada vez más sofisticadas, parecen dispuestas a desencadenar una nueva revolución industrial» (Parlamento de Europa, 2017, pp. 1-2), por lo que resulta esencial una ponderación de las consecuencias jurídicas y éticas de dicha materia. Dicho instrumento alude, también, a la posibilidad de que la IA llegue a superar la inteligencia humana y admite que el desarrollo de máquinas inteligentes y autónomas no solo generan ventajas, sino, además, preocupaciones; asimismo, la tendencia hacia la automatización requiere que los implicados en el desarrollo y la comercialización de aplicaciones de IA incorporen, desde el principio, características de seguridad y ética, y estén preparados para aceptar la responsabilidad jurídica con respecto a la calidad de la tecnología que producen.

Con matices en cuanto a la ubicación de los elementos en las distintas concepciones dogmáticas del delito, este —en tanto categoría jurídica— gira, siempre, en torno al ser humano como sujeto responsable de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Varía la ubicación de los elementos, pero en todo concepto de delito este aparece unido, necesariamente, a la persona, con su vertiente objetiva y, lo más complejo y apasionante en el Derecho penal, su

faz subjetiva, inseparable del ser humano. Sin embargo, ahora se enfrenta el dilema de saber «cuándo o con qué grado de inteligencia se supera el *umbral de responsabilidad*, entendiendo por tal aquel en el que el agente artificial puede ser hecho responsable por sus decisiones» (Cuesta, 2019, p. 52); o, en otras palabras, cuándo el ente dotado de IA deja de ser considerado *objeto* del ordenamiento jurídico y adopta las características de la categoría del *sujeto* en las relaciones jurídicas.

Con muchas reservas, el Derecho penal liberal se fue adaptando a las complejas estructuras sociales e incluyó la previsibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El Derecho y, en concreto, el penal, no puede ser ajeno a la sociedad en la que desempeña sus efectos. No cabe duda de que, transcurridas las dos primeras décadas del siglo xxi, la realidad social no puede disociarse de los efectos que el *big data* y la IA producen en todas las facetas y, también, como no podría ser de otra manera, en el mundo de la delincuencia. Al respecto, no ha de ignorarse que el Derecho, y también el penal, es una creación humana, un instrumento normativo del que se valen los hombres para asegurar la convivencia social (Romeo, 2022b, p. 8). La cuestión es la toma de decisiones acerca de si el sistema dotado de IA puede ser sujeto de responsabilidad y —de no serlo— cuáles serían los presupuestos y las condiciones para atribuir la responsabilidad a determinadas personas responsables de la supervisión y el control de aquel (Valls, 2022).

Las similitudes con la articulación de una respuesta jurídica, también penal, con respecto a las lesiones a bienes jurídicos realizadas en el ámbito de la persona jurídica, que ha dado lugar a admitir una responsabilidad penal de estos entes colectivos, sin duda, existe; ahora bien, cuanto más va avanzando el aprendizaje autónomo de la IA, más se aleja la posibilidad de plantear modelos de responsabilidad similares a los de entes colectivos dotados de personalidad jurídica propia.

Los distintos modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica, al margen de que se establezca una responsabilidad directa o no, siempre parten de la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable ejecutado por una persona física, bien por aquella que tiene el poder de dirección de esta, bien por una falta de vigilancia y control de quien actúa en beneficio o por cuenta de ella. Ahora bien,

en el ámbito de la responsabilidad derivada del acto de la máquina dotada de IA, el problema se plantea cuando no es posible vincular el hecho lesivo al bien jurídico protegido con un actuar humano doloso o imprudente (Quintero, 2017, p. 22). En casos de IA generativa —debido al autoaprendizaje autónomo de la IA— se puede alcanzar un resultado que no era previsible en absoluto, sin que ni tan siquiera pueda afirmarse con seguridad una relación de causalidad con un acontecer humano, a cuyo efecto, incluso el caso fortuito es insuficiente (Rosal, 2023, p. 14; Lledó, 2022, p. 89).

En esta línea, la llamada *Ley de IA de la Unión Europea* incide especialmente en el análisis previo de los riesgos derivados de la IA, para que la creación de IA generativa, su comercialización y utilización siempre sea controlable por el ser humano. Desde esta perspectiva, señala Romeo (2022a), con pleno acierto, dos premisas que ayudarán a situar de forma correcta la cuestión: «el principio irrenunciable del control o dominio humano de los sistemas de IA», y «la oportunidad de establecer procedimientos de *compliance* o de atribución de obligaciones o deberes preventivos a los seres humanos que guardan determinada relación con tales sistemas, de forma similar a como se ha establecido para las personas jurídicas» (p. 103).

En cualquier caso, dependiendo del grado de autonomía de la decisión adoptada por la IA, se podrán plantear distintas propuestas de respuesta jurídico-penal (Rosal, 2023, pp. 21-44).

3.1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL DÉBIL: PREVISIBLE Y CONTROLABLE

En estos casos se trata de entes sin capacidad de decisión propia, en los que existen personas físicas o jurídicas que están detrás del control real o potencial de la máquina autónoma.

No es posible plantear una *culpabilidad* de estos entes ni tampoco, en el ámbito penal, la *responsabilidad objetiva* por el resultado producido. Existen personas (físicas o jurídicas) responsables del control de los riesgos (previsibilidad y control) y ellas serán, también, las responsables de la actuación del ente dotado de IA ante un hipotético resultado lesivo.

- Se trata de sistemas de IA con una respuesta programada ante determinados estímulos, sin autonomía propia y, por tanto, sin capaci-

dad de actuación autónoma; tampoco tienen personalidad jurídica. Para estos casos, se ha planteado la posibilidad de aplicar distintas construcciones dogmáticas existentes: La teoría de la autoría mediata, para la cual el autor mediato sería —dependiendo del caso— el propietario o el usuario de la máquina (si no actuara de acuerdo con las instrucciones de funcionamiento), el programador, el fabricante o el sujeto que la comercializa. Para ello, se hace un paralelismo con la estructura teórica del *hombre de atrás* que realiza el tipo penal utilizando, en la ejecución del hecho, a un inimputable. La diferencia es evidente: el inimputable tiene personalidad jurídica (aunque no tenga reconocida la capacidad para ponerla en funcionamiento), mientras que el robot en la actualidad tiene el estatus jurídico de *cosa*. Comoquiera, teniendo en cuenta que el inimputable, en el caso del autor mediato, es considerado un *instrumento* de este, no existe problema en plantear que el robot es un *instrumento* del auténtico autor del delito, en el supuesto de la IA débil, controlable. En el tráfico jurídico y, también, en el Derecho penal, el robot no deja de tener el estatus de objeto, y no de sujeto del delito.

- Además, se plantea la posibilidad de atribuir la responsabilidad penal por el resultado lesivo producido al programador y al fabricante o, en su caso, al dueño o al usuario, por la violación del deber de garante que tiene sobre el robot, en dependencia de quién tenga el control sobre el riesgo en el caso concreto, lo cual permite plantear tanto la responsabilidad dolosa como la imprudente.
- Otra posibilidad, en caso de que la IA débil actúe al margen de lo previsible, es la de hacer responsable al programador o al fabricante atendiendo a la teoría de la responsabilidad por el producto defectuoso.
- Incluso, tomando como referencia estructuras evolucionadas, puede plantearse un modelo de prevención mediante programas de vigilancia y control similares a los modelos de cumplimiento normativo que se han implementado en los ordenamientos jurídicos para las personas jurídicas, con efectos de exención o atenuación de la responsabilidad penal.

En la línea de garantizar la supervisión y vigilancia humanas se han pronunciado las distintas resoluciones internacionales. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo, el 8 de abril de 2019, la Comisión Europea publicó la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones:

«Generar confianza en la IA centrada en el ser humano», que recuerda el hecho de que la IA sirve para mejorar el bienestar de los humanos y considera que uno de los requisitos para obtener una IA fiable pasa por garantizar la intervención y supervisión humanas.

En este sentido, la Ley de IA de la Unión Europea de 2024 garantiza la previsión de que los sistemas que incorporen IA se encuentren siempre supervisados por una persona física, de forma que se prevengan o minimicen riesgos. En dichos casos, adquiere especial relevancia el límite máximo de riesgo permitido, tal como recoge la Ley de la IA de la Unión Europea de 2024.

3.2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL FUERTE: APRENDIZAJE AUTÓNOMO

En el marco de la IA fuerte no son aplicables fórmulas propias de la comisión por omisión, la autoría mediata o la responsabilidad por el producto defectuoso, que son posibles con respecto a la IA débil. Tampoco son aplicables los argumentos dogmáticos que permiten atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. En estos casos comienza a hablarse de la necesidad de construir un tercer tipo de personalidad con capacidad para operar en el ámbito jurídico: *la personalidad electrónica* (Lledó, 2022, p. 143; Herrera, 2022, p. 36). La Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, solicita a la Comisión, entre otras cosas, crear —a largo plazo— una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que, como mínimo, los que sean autónomos y más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que causen y, posiblemente, se aplique la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.

Esta IA tiene autonomía propia, capacidad de actuar independientemente conforme con su autoaprendizaje, aunque en la actualidad no tienen personalidad jurídica ni, por tanto, capacidad jurídica individual. Cuando el robot está programado para desarrollar un proceso de aprendizaje, según su propia experiencia y eso dificulta el grado de predictibilidad de la respuesta, esto es, cuando la máquina está configurada para tomar sus propias decisiones, la respuesta jurídica tradicional presenta grandes fisuras, por cuanto es muy posible que,

en semejantes situaciones, se produzca la ruptura del nexo causal existente entre la actividad del productor, el distribuidor o el usuario y el daño causado por la máquina. La realidad muestra que la toma de decisión que hace actuar a la máquina inteligente se encuentra cada vez más alejada de la capacidad de decisión del ser humano que la programó, la produjo, la comercializó o la adquirió.

La responsabilidad en estos casos se ha afrontado en el seno de la Unión Europea con la limitación de la IA controlada por el ser humano, un sistema de control durante todo el proceso generativo, el control de riesgos, que incluye una vigilancia especial con respecto a los sistemas de alto riesgo (Artículo 6) y el establecimiento de una serie de prácticas de IA prohibidas (Artículo 5), si bien prevé un sistema de sanciones que deberá desarrollar cada Estado (Artículo 99) (Parlamento Europeo y Consejo de Europa, 2024, s.p.).

En esta línea, de *lege ferenda*, podría plantearse incluso una responsabilidad jurídica *ad hoc* para el robot inteligente, si bien, para ello, deberá crearse una nueva dogmática penal del delito cometido por la IA; una dogmática propia de la personalidad electrónica. El modelo europeo no prevé esa posibilidad, sino que limita el control siempre al ser humano y, por tanto, también la responsabilidad por la falta de control en alguna de las etapas de creación, producción, comercialización o utilización de la IA.

Todo lo expuesto obliga a plantear pautas para resolver los dilemas que se plantean. Los avances tecnológicos obligan a reevaluar conceptos tradicionales como:

- *La culpabilidad*, pues debe determinarse si siempre y en todo caso será el ser humano responsable por los actos de la máquina, lo que puede conllevar a supuestos de *responsabilidad objetiva*, denostada en el ámbito jurídico-penal. Tal situación puede plantearse en los casos de hechos lesivos causados por una IA fuerte, en cuyo control el ser humano ha fracasado. Difícilmente pueda afirmarse una relación de causalidad entre el fallo de vigilancia y control del ser humano, y el resultado causado por una decisión autónoma de la máquina, sin caer en la responsabilidad objetiva.
- Si resulta de aplicación en todo supuesto la ficción jurídica de la comisión por omisión al existir *posición de garante* y hasta dónde llegan sus límites.

- Hasta dónde se puede llegar con los criterios de imputación objetiva, para atribuir el resultado a una conducta humana precedente.
- Plantear la autoría mediata, para atribuir la responsabilidad a los programadores, fabricantes o usuarios, lo cual es difícil desde el momento en el que el autoaprendizaje es autónomo y se aleja cada vez más tanto del programador como del usuario.
- El papel que desempeña la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que fuerza cierto paralelismo entre la ficción del ente colectivo y la máquina autónoma. Ello es difícil de asumir, pues, en última instancia, cuando se plantea la responsabilidad penal de la persona jurídica (directa o vicarial) se parte de que el delito lo ha realizado siempre una persona física, aun cuando esta no tenga responsabilidad criminal o, incluso, no haya llegado a identificarse.
- Aplicar a los programadores, fabricantes, comercializadores o usuarios (en dependencia del caso) de estos robots autónomos, las normas tradicionales de las *actuaciones en nombre de otro*, y trasladar la responsabilidad a la persona física o jurídica, lo cual parece descartado.

Comoquiera que este impacto puede representar una amenaza real, se precisa del estudio de los parámetros legales de dicho fenómeno, pues, más pronto que tarde, tanto las administraciones como los tribunales de justicia tendrán que enfrentarse en este ámbito a numerosos avatares de aún difícil respuesta (véase en relación con el vehículo autónomo o los drones de uso militar, por ejemplo).

Llegado este punto, es necesario plantearse si sería necesario que la máquina sienta, padezca, tenga conciencia de sí, de sus decisiones y del resultado de estas, o si bastaría con un modelo de toma de decisiones sin *sentimientos*. Obviamente, si se parte de los principios propios del Derecho penal liberal, sustentados en la culpabilidad, el hecho de que el robot dotado de IA fuerte pueda tomar decisiones basadas en un autoaprendizaje autónomo no implicaría, necesariamente, que esas decisiones sean racionales, sentimentales, emotivas, en definitiva... equiparables a las del ser humano, por lo que no cabe aplicar los postulados de la culpabilidad a esos entes autónomos. Otra opción, en su caso, sería conceptuarlos como *psicópatas* en el sentido más extremo, seres que actúan sin empatía, remordimientos ni sentimientos.

Entre las opciones que se plantean, se hallan:

- Responsabilidad propia de la máquina, a partir de la creación de una personalidad electrónica, esto es, la consideración de «personas artificiales», dotadas de personalidad jurídica propia, con capacidad jurídica y de obrar (Navarro, 2025, p. 201). En este caso habría que construir un nuevo concepto de delito que permita la atribución del hecho lesivo al ente dotado de IA con una construcción diferenciada de la *culpabilidad*. Al mismo tiempo, debería rediseñarse la respuesta penal, pues la pena y la medida de seguridad actuales están concebidas para el ser humano.
- Crear nuevos tipos penales con el Derecho penal tradicional, basados en el principio de precaución, y castigar la programación de robots dotados de una capacidad de autoaprendizaje que haga imprevisibles las respuestas futuras, su creación, posesión y utilización, en contra de los postulados de la Ley de IA de la Unión Europea. Ello sería factible con la introducción de modelos de control y vigilancia similares a los modelos de cumplimiento normativo de la persona jurídica, con respecto a los programadores, fabricantes, comercializadores, propietarios y usuarios. En estos casos, no se imputaría el resultado hipotéticamente producido, sino que serían delitos de mera actividad y peligro abstracto. El resultado, de darse, podría aparecer como un tipo agravado o una condición objetiva de punibilidad, según el caso.

Para concluir, han de dejarse abiertas las grandes cuestiones a las que tendrá que enfrentarse la dogmática penal en los próximos años: ¿es necesario un cambio en la estructura de la teoría jurídica del delito o construir otro concepto de *delito* para la sociedad del futuro, ajustado a un nuevo sujeto, distinto a la persona física y la jurídica: la *persona electrónica*? Todo dependerá del momento en el que la evolución de la IA permita afirmar una *acción* que produzca un cambio en el mundo exterior que, de ninguna forma remota, podría ser imputado a un ser humano, por su imprevisibilidad e imposibilidad de control. En ese momento, la máquina dejará de ser concebida como un objeto en el ordenamiento jurídico y habrá que pensar en respuestas no solo jurídico-civiles, sino también penales. Ante este panorama, parece sensato, de inmediato, aplicar el principio de precaución y evitar el desarrollo de la IA no controlable por el ser humano, en línea con la Ley de IA de la Unión Europea.

IV. CONCLUSIONES

La creación de artificios que llegan a actuar con cierta independencia del ser humano también va a influir con fuerza en el ámbito propio de la criminalidad. La era de la informática y las TIC, además de facilitar el desarrollo de la vida social e individual del ser humano, permitió la aparición de nuevas formas de realización de la actividad delictiva. Esta realidad se hace más palpable con la evolución de la tecnología y la implementación del *big data* y el mundo de los algoritmos en aparatos a los que se dota de la llamada IA, con una capacidad de aprendizaje cada vez más autónomo con respecto a la actuación de sus programadores, creadores y/o usuarios.

La llamada *Ley de IA de la Unión Europea* (reglamento de 2024) propone el establecimiento de una IA centrada en el ser humano y fiable, pero no recoge nuevos delitos en materia de IA ni reconoce a esta una capacidad jurídica autónoma.

En cualquier caso, dependiendo del grado de autonomía de la decisión adoptada por la IA, se podrán plantear distintas propuestas de respuesta jurídico-penal:

Para los casos de IA débil pudieran aplicarse distintas construcciones dogmáticas existentes:

- La teoría de la autoría mediata.
- La atribución de la responsabilidad penal por el resultado lesivo producido al programador y al fabricante o, en su caso, al dueño o usuario, con base en la violación del deber de garante que tiene sobre el robot.
- En caso de que la IA débil actúe al margen de lo previsible, podría hacerse responsable al programador o al fabricante atendiendo a la teoría de la responsabilidad por el producto defectuoso.
- Incluso, atendiendo a estructuras evolucionadas, es posible plantear un modelo de prevención mediante programas de vigilancia y control similares a los modelos de cumplimiento normativo que se han implementado en los ordenamientos jurídicos para las personas jurídicas, con efectos de exención o atenuación de la responsabilidad penal.

En el marco de la IA fuerte comienza a hablarse de la necesidad de ir construyendo un tercer tipo de personalidad con capacidad de operar

en el ámbito jurídico: la personalidad electrónica. Para tal supuesto, constituyen opciones:

- Responsabilidad propia de la máquina, mediante la creación de una personalidad electrónica, esto es, la consideración de «personas artificiales», dotadas de personalidad jurídica propia, con capacidad jurídica y de obrar.
- Reconocimiento de nuevos tipos penales con el Derecho penal tradicional, basados en el principio de precaución.

Sobre esta línea se debe continuar reflexionando.

V. REFERENCIAS

- Agustina, J. R. (2021). Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad. ¿Es necesaria una dogmática del ciberdelito ante un nuevo paradigma? *Estudios Penales y Criminológicos*, 41, 705-777.
- Benítez Ortúzar, I. F. (2008). Informática y delito. Aspectos penales relacionados con las nuevas tecnologías. En Benítez Ortúzar, I. F. (Coord.). *Reforma del Código penal. Respuestas para una sociedad del siglo xxi*, 111-136. Dykinson.
- Benítez Ortúzar, I. F. (2021). Ciberdelitos. la implementación en el ordenamiento interno de los acuerdos internacionales en materia de cibercriminalidad. En Lledó Yagüe, F., Benítez Ortúzar, I. y Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *La robótica y la inteligencia artificial en la nueva era de la revolución industrial 4.0. Los desafíos jurídicos, éticos y tecnológicos de los robots inteligentes*, 79-128. Dykinson.
- Castillo Jiménez, C. (2001). Protección del derecho a la intimidad y uso de nuevas tecnologías de la información. *Derecho y Conocimiento*, 1, 35-48.
- Comisión Europea. (2018). Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones. Inteligencia artificial para Europa. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237>
- Comisión Europea (2019). Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité

- de las Regiones. Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0168&from=LT>
- Consejo de Europa. (Septiembre 17, 2010). Convenio sobre ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001. *Boletín Oficial del Estado*, (226), 78847-78896. [https://www.boe.es/eli/es/ai/2001/11/23/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2001/11/23/(1))
- Consejo de Europa (2003). Protocolo adicional al Convenio sobre la ciberdelincuencia, relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos. <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/first-additional-protocol>
- Cuesta Aguado, P. M. (2019). Inteligencia artificial y responsabilidad penal. *Revista Penal México*, 9(16-17), 51-62. <https://revistacienciasinacipe.fgr.org.mx/index.php/01/article/view/336>
- Demetrio Crespo, E., Caro Coria, D. C. y Escobar Bravo, M. E. (Eds.). (2023). *Estudios de Derecho penal, neurociencias e inteligencia artificial*. Ediciones UCLM.
- Fiscalía General del Estado. (Octubre 11, 2011). Instrucción 2, sobre el Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las secciones de criminalidad informática de las Fiscalías. https://www.fiscal.es/memorias/estudios2016/INS/INS_02_2011.html
- Gobierno de España, Ministerio del Interior. (2023). Informe sobre la cibercriminalidad. https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Informe-Cibercriminalidad_2023.pdf
- Herrera de las Heras, R. (2022). *Aspectos legales de la inteligencia artificial. Personalidad jurídica de los robots y responsabilidad civil*. Dykinson.
- Informe de situación de cibercriminalidad en España. (2024). https://ptedisruptive.es/wp-content/uploads/2024/12/INFORME-DE-SITUACION_CIBERSEGURIDAD_2024.pdf
- Lledó Benito, I. (2022). *El Derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad: desafíos éticos y jurídicos. ¿Hacia una distopía?* Dykinson.

- Lledó Yagüe, F. (2022). *Los nuevos esclavos digitales del siglo XXI y la superación del hombre óptimo. ¿Hacia un nuevo derecho robótico?* Dykinson.
- McCarthy, J., Minsky, M. L., Rochester, N. y Shannon, C. E. (S.f.). A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence. <https://home.dartmouth.edu/about/artificial-intelligence-ai-coined-dartmouth>
- Miró Llinares, F. (2018). Inteligencia artificial y justicia penal: Más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 87-130.
- Morán Espinosa, A. (2021). Responsabilidad penal de la inteligencia artificial (IA). ¿La próxima frontera? *IUS*, 15(48), 289-323.
- Muñoz Vela, J. M. (Enero-marzo, 2022). Inteligencia artificial y responsabilidad penal. *Derecho Digital e Innovación*, (11), s.p. Wolters Kluwer.
- Navarro Cardoso, F. (2025). Anotaciones sobre la responsabilidad penal de las «personas artificiales». *Revista Penal*, (56), 198-207. <https://doi.org/10.36151/RP.56.10>
- Orden PCI/487/2019, de 26 de abril, «Estrategia nacional de ciberseguridad» (Abril 30, 2019). *Boletín Oficial del Estado*, (103), 43437-43455. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-6347>
- Parlamento Europeo. (Febrero 16, 2017). Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión, sobre normas de Derecho civil sobre robótica. https://www.europarl.europa.eu/doceo/documento/TA-8-2017-0051_ES.docx
- Parlamento Europeo y Consejo de Europa. (Julio 12, 2024). Reglamento (UE) 2024/1689. *Boletín Oficial del Estado*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81079>
- Quintero Olivares, G. (2017). La robótica ante el Derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, (1), 1-22. <https://www.ejc.reeps.com/numeros-antiores/numero-1-segundo-semester-2017>

- Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, «Estrategia de seguridad nacional». (Diciembre 31, 2021). *Boletín Oficial del Estado*, (314), 167795-167830. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-21884
- Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, «Estatuto de la Agencia Española de Inteligencia Artificial». (Septiembre 2, 2023). *Boletín Oficial del Estado*, (210), 122289-122316. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2023//08/22/729>
- Romeo Casabona, C. (2022a). Avances científicos y Derecho penal. En Demetrio Crespo, E., Cuerda Martín, M. y García de la Torre García, F. (Coords.). *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, 77-107. Tirant Lo Blanch.
- Romeo Casabona, C. (2022b). La atribución de responsabilidad penal por los hechos cometidos por sistemas autónomos inteligentes, robótica y tecnologías conexas. *ULP Law Review i Revista de Direito da ULP*, 16, 7-16.
- Rosal Blasco, B. (Junio, 2023). ¿El modelo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los daños punibles derivados del uso de la inteligencia artificial? *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 2, 1-49. <https://www.redepec.com/wp-content/uploads/pdf/-el-modelo-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-jur-dicas-para-los-da-os-punibles-derivados-del-uso-de-la-inteligencia-artificial--3098.pdf>
- Valls Prieto, J. (2021). Inteligencia artificial, derechos humanos y bienes jurídicos. Aranzadi.
- Valls Prieto, J. (2022). Sobre la responsabilidad penal por la utilización de sistemas inteligentes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (24), 24-27. <https://revistacriminologia.com/24recpc24-27.pdf>

LA TUTELA JUDICIAL A GRUPOS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

JUDICIAL PROTECTION FOR VULNERABLE GROUPS

■ DRA. KARINA CHÁVEZ

Prosecretaria letrada, Defensoría Pública de Menores No. 1 Fuero Penal;
Defensora pública coadyuvante de la dependencia de mención, Argentina¹
<https://orcid.org/0009-0001-4033-1133>
chavezkarina2006@gmail.com



Resumen

Dadas las transformaciones que, desde fines del siglo xx, se han experimentado en el sistema de tutela jurídica de los derechos humanos, el presente artículo se propone describir la postura que el Estado argentino ha desarrollado para garantizarlo, con énfasis en la protección de los grupos de personas en situación de vulnerabilidad. Para ello, se procedió al desarrollo de una labor descriptiva, de índole cualitativa que, valiéndose de la recopilación documental y normativa como principales instrumentos de recolección de datos, permitió no solo conocer la evolución de la lucha reivindicativa de los derechos humanos, en el plano internacional, sino también el modo en que los representantes del Estado argentino recibieron dicha influencia y la plasmaron en la conformación de un sistema normativo de protección de los denominados *grupos vulnerables*. Tras la labor efectuada, se verifica que, en diálogo con las transfor-

- 1 La autora es abogada por la Universidad de Buenos Aires; especialista en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca; especialista en Investigación Científica del Delito, por la Facultad de Ciencias de la Criminalística, Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina; diplomada en Derecho Penal y Procesal Penal, Desafíos del Nuevo Código Procesal Penal, Universidad de Flores; diplomada en Investigación Criminal, Universidad Bolivariana de Ecuador; diplomada Iberoamericana de Prácticas y Modelos Restaurativos en diferentes contextos: comunitaria, familiar, penal y barrial, Universidad Nacional de Lomas de Zamora; y, diplomada en Gestión Integral de la Justicia Penal Juvenil, Universidad de San Isidro.

maciones acaecidas a escala mundial, Argentina ha implementado un proceso de incorporación progresiva de leyes, orientadas a mejorar el acceso a la justicia y a reducir desigualdades estructurales. Pese a ello, los resultados evidencian que, aun cuando se han generado herramientas normativas importantes, persisten desafíos en la implementación judicial efectiva de los derechos reconocidos, lo que exige repensar las estrategias estatales para garantizar una tutela jurídica inclusiva y efectiva.

Palabras clave: Derechos humanos; grupos vulnerables; políticas públicas; legislación; tutela jurídica.

Abstract

Given the transformations that have taken place since the end of the 20th century in the legal system for the protection of human rights, this article aims to describe the position that the Argentine State has developed to guarantee these rights, with an emphasis on the protection of vulnerable groups. To this end, a descriptive, qualitative study was conducted, using documentary and legal research as the main data collection tools. This allowed for an understanding not only of the evolution of the struggle for human rights at the international level, but also of how representatives of the Argentine State have received this influence and incorporated it into the legal framework for the protection of so-called vulnerable groups. Following the work carried out, it is evident that, in dialogue with global transformations, Argentina has implemented a process of progressively incorporating laws aimed at improving access to justice and reducing structural inequalities. Despite this, the results show that, even though important legal tools have been developed, challenges persist in the effective judicial implementation of recognized rights, which requires rethinking state strategies to guarantee inclusive and effective legal protection.

Keywords: Human rights; vulnerable groups; public policies; legislation; legal protection.

Sumario

Introducción; II. Derechos humanos e inclusión; 2.1. La lucha reivindicativa por los derechos humanos, en el plano internacional;

2.2. La situación atravesada por los grupos minoritarios o vulnerables; 2.3. La situación en Argentina; 2.4. El proceso judicial desde una perspectiva de vulnerabilidad; III. Conclusiones; IV. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Desde mediados del siglo xx, las luchas por el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos han cobrado creciente visibilidad en el plano internacional, impulsadas por hechos históricos como la Segunda Guerra Mundial y la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Si bien dicho instrumento constituyó un hito jurídico y simbólico en la afirmación de la dignidad humana, la experiencia histórica muestra que la consagración formal de derechos no ha sido suficiente para revertir las desigualdades estructurales que afectan a determinados sectores de la población.

En contextos sociales marcados por relaciones asimétricas de poder, la igualdad formal ante la ley suele ocultar obstáculos materiales y simbólicos que impiden a ciertos grupos —por razones de género, etnia, edad, discapacidad, orientación sexual o condición migratoria— ejercer plenamente sus derechos. Esta situación plantea la necesidad de pensar la vulnerabilidad no como una categoría estática o esencialista, sino como un fenómeno relacional, situado históricamente, que exige respuestas jurídicas diferenciadas.

En este marco, los sistemas de justicia enfrentan el desafío de garantizar una tutela judicial efectiva que no se limite a la existencia de procedimientos formales, sino que asegure el acceso real a derechos en condiciones de equidad. ¿Hasta qué punto el ordenamiento jurídico argentino ha avanzado en este sentido? ¿Qué medidas normativas y jurisprudenciales se han adoptado para atender las necesidades particulares de quienes enfrentan mayores barreras en el acceso a la justicia?

Los interrogantes expuestos derivan de la generación de la hipótesis central: las políticas, las leyes y los mecanismos institucionales que el Estado argentino ha desarrollado para garantizar la protección judicial de los grupos en situación de vulnerabilidad se caracterizan por conformar un marco normativo amplio, progresivo y orientado a la igualdad real, pero con niveles heterogéneos de implementación,

brechas en su operatividad práctica y una articulación aún incompleta en los estándares de accesibilidad y adecuación establecidos para garantizar una tutela judicial efectiva.

Este trabajo se propone analizar el desarrollo de políticas, leyes y mecanismos institucionales destinados a asegurar la protección judicial de los grupos en situación de vulnerabilidad por parte del Estado argentino. Además, pretende examinar la correspondencia entre dichas políticas y los estándares de accesibilidad y protección establecidos en las Reglas de Brasilia, a fin de valorar en qué medida el marco nacional se apega a esos lineamientos globales. El recorrido parte del marco internacional de derechos humanos, sigue con la incorporación progresiva de tratados y reformas constitucionales, y culmina con el análisis de los desafíos que enfrenta el sistema judicial argentino para operar con una perspectiva inclusiva y contextualizada de la vulnerabilidad. La evolución del concepto de derechos humanos demuestra que su universalidad no puede desligarse del reconocimiento de las particularidades sociales. La exigencia contemporánea consiste, entonces, en incorporar una mirada contextual, capaz de identificar cómo determinadas condiciones estructurales colocan a ciertos sectores en situaciones de exclusión o subordinación; de allí la necesidad de consolidar mecanismos de tutela judicial sensibles a esas desigualdades persistentes.

II. DERECHOS HUMANOS E INCLUSIÓN

2.1. LA LUCHA REIVINDICATIVA POR LOS DERECHOS HUMANOS, EN EL PLANO INTERNACIONAL

La devastación provocada por la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto motivó, hacia mediados del siglo xx, un consenso internacional sobre la necesidad de proteger los derechos humanos. La Declaración universal de 1948 consagró principios básicos de dignidad e igualdad que, con el tiempo, impulsaron nuevas categorías de derechos dirigidos a sectores históricamente excluidos. En este escenario, las luchas por la justicia y la igualdad adquirieron renovada visibilidad y convergieron en la proclamación de la Declaración universal de los derechos humanos (DUDH) en 1948. Este instrumento jurídico y simbólico representó no solo la continuidad de un proceso histórico iniciado

siglos atrás, sino también un punto de inflexión en la afirmación del principio de igualdad de todas las personas ante la ley.

Los primeros antecedentes de la formulación de los derechos humanos pueden hallarse en ciertos acuerdos europeos que limitaron el poder absoluto de la monarquía en beneficio de sectores privilegiados, como la Carta Magna de 1215 y la Carta de Derechos británica de 1688 (Fundación Juan Vives Suriá, 2010, p. 16). Más adelante, a partir del siglo xvii, surgieron corrientes del pensamiento liberal que promovieron la idea de derechos naturales inherentes al ser humano (Fundación Juan Vives Suriá, 2010, p. 16).

Estas ideas se consolidaron con las revoluciones burguesas en América del Norte (1775) y en Francia (1789), que impulsaron las primeras declaraciones formales de los derechos del hombre y del ciudadano (Fundación Juan Vives Suriá, 2010, p. 17). Estos documentos históricos constituyeron antecedentes directos de la DUDH, que consagra el principio de igualdad, al afirmar que todos los seres humanos, sin distinción de sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, nacen libres e iguales en dignidad y derechos (artículos 1 y 2).

La DUDH consagra un catálogo amplio de derechos que abarca libertades civiles, derechos políticos y derechos sociales. Entre ellos se incluyen los derechos a la vida, la libertad, un juicio justo, la participación política, la educación, la salud y la seguridad social. Si bien carece de fuerza jurídica vinculante, su legitimidad simbólica ha sido clave para orientar la conducta de los Estados y ha servido de fundamento para la adopción de tratados internacionales con mayor fuerza normativa. En tal sentido, se coincide con lo señalado por diversos autores acerca de que la DUDH se ha convertido en un documento de suma relevancia, dada la conquista jurídica que representa su consagración formal. En una línea argumental convergente, Santana (2023, p. 129) sostiene que el sistema de derechos no puede permanecer ciego ante las condiciones estructurales que impiden o dificultan el ejercicio efectivo de la libertad; de ahí la necesidad de una justicia atenta a las trayectorias biográficas, las condiciones materiales y prácticas sociales que configuran situaciones de desventaja. Esta perspectiva refuerza la idea de que el proceso judicial debe adaptarse a las realidades específicas de los sujetos en situación de vulnerabilidad, y alejarse de enfoques puramente for-

males y neutros que terminan por reproducir las desigualdades. Sin embargo, la perspectiva de Santana parece asumir una progresión lineal en la construcción de estos estándares, lo cual no siempre se evidencia en la práctica, especialmente en contextos en los que la institucionalización de la protección es intermitente o depende de la voluntad política coyuntural. Sin embargo, su existencia no se ha visto exenta de discusión, dadas las transformaciones ocurridas a nivel sociocultural, así como la conformación de nuevos paradigmas.

La aplicación de los derechos humanos ha demostrado que la igualdad formal no basta para garantizar condiciones equitativas. La diversidad cultural, social y económica exige un enfoque que contemple las diferencias estructurales y promueva la igualdad sustantiva, especialmente en el acceso a derechos fundamentales como la justicia.

En consecuencia, se impone una comprensión dinámica y expansiva del concepto de derechos humanos, concebido como un constructo abierto y en permanente evolución. La incorporación progresiva de los llamados derechos de segunda generación (económicos, sociales y culturales), tercera generación (colectivos y de los pueblos) y cuarta generación (vinculados con las tecnologías y el entorno digital) refleja esta ampliación conceptual. Esto no supone negar la importancia de la proclamación de los derechos civiles y políticos, sino resaltar el hecho de que estos no resultan suficientes para abordar la complejidad del devenir de la humanidad.

Los derechos humanos deben comprenderse como construcciones sociohistóricas, surgidas de las luchas colectivas por condiciones de vida digna. Tal como sostiene la Fundación Juan Vives Suriá (2010, p. 68), ellos surgen de la conciencia social de los valores fundamentales negados por las condiciones históricas y la necesidad de la acción organizada para su efectiva realización.

2.2. LA SITUACIÓN ATRAVESADA POR LOS GRUPOS MINORITARIOS O VULNERABLES

Partiendo de la comprensión del campo social como un espacio o escenario caracterizado por la existencia de tensiones y/o luchas constantes entre los distintos actores y/o grupos sociales, en torno a un mejor posicionamiento (entendido no solo en términos económicos, sino también sociales, culturales y simbólicos), la distribución del po-

der no es estática, sino que se configura a través de estas luchas, mediante las cuales los agentes buscan mantener las relaciones de fuerza existentes o transformarlas; luchas que suponen, asimismo, la conformación de grupos mayoritarios o hegemónicos y grupos minoritarios o vulnerables.

Estos últimos son aquellos que, debido a sus características sociales, culturales, étnicas, religiosas, lingüísticas, de género o edad, enfrentan situaciones de desventaja o discriminación con respecto al grupo mayoritario dominante en un contexto dado (Barocelli, 2018, s.p.; Caputi, 2024, s.p.). Esta concepción se alinea con la Regla 3 de las Reglas de Brasilia, que define como *personas en condición de vulnerabilidad* a quienes, por razones personales, sociales o económicas, enfrentan especiales dificultades para ejercer sus derechos en el ámbito judicial.

Aunque estas definiciones permiten identificar factores estructurales que inciden en la vulnerabilidad, resultan insuficientes para abarcar la complejidad de situaciones que se configuran en la práctica. En efecto, la vulnerabilidad no es una condición fija ni absoluta, sino una posición que puede intensificarse o atenuarse según el entorno institucional, las relaciones sociales y las condiciones concretas de acceso a derechos (Fineman, 2021). Esta variabilidad evidencia que no existe un concepto unívoco, lo que obliga a contemplar medidas diferenciadas y adaptadas a cada contexto, en sintonía con el enfoque adoptado por las Reglas de Brasilia.

Desde esta perspectiva, la vulnerabilidad depende del trato, de la consideración o el prejuicio que, en un determinado tiempo y espacio, una persona o grupo recibe, en función del rol o de la ubicación que se le asigna en el contexto social en que se halla inserta. La situación de vulnerabilidad es, por tanto, un aspecto dinámico, relacional y contextual, que no procede necesariamente de las particularidades intrínsecas del sujeto, sino de la dinámica que presenta con su entorno.

Por ello, sería un error entender la vulnerabilidad como una condición permanente y categórica, dada de una vez y para siempre; así como lo sería, también, el analizar esta situación desde una mirada meramente compasiva. De lo que se trata es de poder avanzar en la construcción e implementación de herramientas que permitan la

protección de los derechos e interés de sectores desplazados, por una causa u otra, de las dinámicas de poder prevalecientes.

Desde la perspectiva jurídica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) sostiene que no basta con que los Estados se abstengan de vulnerar derechos: deben adoptar medidas activas que garanticen su ejercicio. Esto implica diseñar políticas públicas adaptadas a las necesidades específicas de los grupos en situación de vulnerabilidad, con el objetivo de construir una sociedad más justa y cohesionada. Este deber de protección positiva no puede reducirse a un ideal normativo o una exigencia formal. Exige del Estado una actitud activa, tanto en el diseño institucional como en la práctica judicial, que reconozca cómo las estructuras sociales, culturales y económicas pueden operar como barreras reales al ejercicio efectivo de los derechos. No basta con abrir el acceso a la justicia, si no se garantizan condiciones materiales y simbólicas para su aprovechamiento efectivo.

En este sentido, resultan fundamentales las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad; documento inicialmente aprobado en el año 2008 y cuyo texto fuera actualizado, de forma sustancial, en 2018, cuando la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI), celebrada en Quito, Ecuador, aprobó la modificación de 73 de las 100 reglas inicialmente dispuestas, con el afán de mejorar ciertos aspectos de naturaleza técnica que favorecieran la aplicación de tales disposiciones, en la práctica.

La importancia de dicho instrumento se refiere, principalmente, al reconocimiento de que, si bien el acceso a la justicia es un desafío general, las personas vulnerables enfrentan obstáculos aún mayores. Entre las causas más frecuentes de vulnerabilidad se incluyen la niñez, la vejez, la discapacidad, la pertenencia a minorías o comunidades indígenas, la migración, la victimización, la privación de libertad y la pobreza estructural (artículos 3-23). En este marco, emerge la necesidad e importancia de que los sistemas judiciales adopten acciones intensas para superar esas barreras y favorecer la igualdad de condiciones.

Tras destacar la relevancia de que los Estados, en general, y los sistemas judiciales, en particular, avancen en la implementación de las medidas y los ajustes necesarios para asegurar a la ciudadanía un goce pleno y efectivo de los derechos de los que son portadores

(al configurar, por ejemplo, las estructuras requeridas para que los titulares de tales derechos puedan acceder, de forma efectiva, al sistema de justicia y, de este modo, obtener la tutela de aquellos, aun en un contexto asimétrico o desigual), los miembros de la CJI coincidieron en señalar:

Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social. (2008, p. 4)

Conforme se desprende de dicho texto, el desarrollo de una justicia más cercana e inclusiva, en particular de las personas en condición de vulnerabilidad, resulta fundamental no solo en el plano normativo, sino también en el político, como una herramienta efectiva de protección y defensa de los derechos de las personas, en el ámbito judicial. Esto se debe a que poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho, si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener su tutela.

De allí, también, la importancia del trabajo cotidiano de los distintos operadores del sistema judicial. No se trata tan solo de aplicar las normas vigentes en un determinado contexto espacio-temporal, sino también de comprender que estas son fruto de un escenario histórico, político, económico, sociocultural e, incluso, tecnológico cambiante y que, por tanto, deben estar abiertas a revisión y adecuación.

Esta perspectiva jurídica encuentra respaldo en las declaraciones y convenciones internacionales que, desde la proclamación de la DUDH, han buscado ampliar la protección de los sectores históricamente excluidos. Dichos instrumentos fortalecen el enfoque positivo de derechos y respaldan el desarrollo de políticas inclusivas. Comprender la vulnerabilidad como un fenómeno relacional y no esencialista obliga a repensar el diseño de las instituciones jurídicas. Las estructuras que rigen el acceso a derechos deben ser permeables a las diferencias y al contexto. De otro modo, el derecho termina operando como mecanismo de exclusión. Asumir esta perspectiva

demanda una revisión crítica de la neutralidad jurídica y una apuesta por prácticas judiciales con sensibilidad estructural, capaces de contrarrestar desigualdades en lugar de reproducirlas.

2.3. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA

La reforma constitucional de 1994 marcó un punto de inflexión. A través del Artículo 75, inciso 22, se otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos y se les integró al bloque de constitucionalidad federal. Entre ellos se destacan: la DUDH, la Convención americana sobre derechos humanos, los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos (y su Protocolo facultativo), y de derechos económicos, sociales y culturales, la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y la Convención sobre los derechos del niño, entre otros. Además, el Artículo 75 introdujo la obligación del Estado de adoptar medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades, especialmente respecto de niños, mujeres, ancianos, personas con discapacidad y pueblos indígenas (incisos 17 y 23).

Asimismo, en dicha oportunidad, el texto constitucional dejó abierta la posibilidad de incorporación, *a posteriori*, de nuevos tratados de derechos humanos, al señalar que, para gozar de jerarquía constitucional, estos deben ser aprobados por el Congreso de la Nación, a partir del voto positivo de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, diputados y senadores (Artículo 75, inciso 22).

Es así como, ya iniciado el siglo XXI, Argentina otorgó, también, jerarquía constitucional a: la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem do Pará) (1994); la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (2003); la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014); y la Convención interamericana sobre protección de derechos humanos de las personas mayores (2017).

A la par de la adhesión y ratificación de tratados internacionales mediante leyes específicas, el gobierno argentino procuró avanzar en la construcción de un plexo normativo que brindara la institucionalidad necesaria para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos en condiciones de igualdad. En consonancia con este objetivo, y en el marco de un compromiso firme con la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, su empoderamiento político y autonomía económica, el Congreso Nacional sancionó la Ley N.º 26.485, de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (2009). Esta disposición tiene un impacto decisivo en la reducción de barreras de acceso a justicia, ya que obliga a los organismos públicos a adoptar medidas de protección urgente y a intervenir con perspectiva de género, lo que coincide con la Regla 18 de las Reglas de Brasilia sobre eliminación de obstáculos diferenciados para las mujeres.

Asimismo, se aprobó la Ley N.º 27.234, titulada Educar en igualdad: Prevención y erradicación de la violencia de género (2016), que establece la obligatoriedad de realizar una jornada anual en todos los establecimientos educativos del país (públicos y privados), de nivel primario, secundario y terciario con el fin de que estudiantes y docentes desarrollen actitudes, saberes, valores y prácticas orientados a la prevención y erradicación de la violencia de género, y los consoliden.

En lo que respecta a la igualdad de género y la protección de las diversidades, el Estado argentino ha sancionado un conjunto de normas para promover la visibilidad, aceptación y garantía de los derechos de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+ (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales, *queer* y otras identidades y expresiones de género diversas). Entre las principales disposiciones normativas se destacan: la Ley N.º 26.618, conocida como «Ley de matrimonio igualitario» (2010); el Decreto de necesidad y urgencia N.º 1006 (2012); la Ley N.º 26.743, de Identidad de género (2012); la Ley N.º 26.862, de Reproducción asistida (2013); y, finalmente, la reforma y unificación del Código civil y comercial de la nación (2015).

Estas conquistas legales reflejan un proceso de democratización en el tratamiento jurídico de la diversidad sexual, lo cual ha implicado un cambio de paradigma: los derechos ya no se conciben exclusivamente desde una lógica de protección a colectivos específicos,

sino que se integran plenamente en el marco general de la ciudadanía, con base en el principio de igualdad (Asociación por los Derechos Civiles, 2017). Estas medidas contribuyen a reducir la discriminación estructural que restringe el acceso a justicia, atendiendo al enfoque de la Regla 4 de las Reglas de Brasilia, que exige identificar grupos que enfrentan exclusión histórica.

En lo que respecta a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, se vislumbra que, en una línea jurídica concordante con el principio de interés superior del niño plasmado en la Convención sobre los derechos del niño (1989), Argentina promulgó la Ley N.º 26.061, de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (2005), que al abordar lo concerniente al derecho a la dignidad y a la integridad personal de los menores de edad estipula:

Las niñas, niños y adolescentes [sic] tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. (Ley N.º 26.061, Artículo 9)

La norma implicó un cambio estructural en el modelo de intervención estatal y remplaceó un paradigma tutelar por uno de protección integral, lo que fortalece las garantías procesales previstas en la Regla 21 de las Reglas de Brasilia, relativa a la atención prioritaria de niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, en lo que atañe a los sectores ubicados en la cúspide de la pirámide etaria (población de adultos mayores a 65 años), la sanción de la Ley N.º 27.360, de aprobación de la Convención interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores, buscó sentar precedente para la protección de los derechos de las personas mayores en Argentina y en la región, en línea con los estándares internacionales en la materia. Pese a ello, este parece ser uno de los campos en los que menos se ha avanzado, al día de la fecha. Este marco va consolidando un enfoque de envejecimiento con derechos, lo cual es consistente con la Regla 25

de las Reglas de Brasilia, que ordena medidas reforzadas de asistencia para personas que enfrentan limitaciones derivadas de la edad.

Mención aparte merece la legislación concerniente a las personas con discapacidad. Luego de ratificar, en el año 2008, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Argentina buscó complementar la protección jurídica de este sector poblacional y los miembros de su entorno directo (grupo familiar), a partir de la sanción de tres leyes: la Ley N.º 24.901, a través de la cual se estableció un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad; la Ley N.º 27.044, que permitió que hijos e hijas con discapacidad puedan percibir pensiones derivadas del fallecimiento de ambos padres, en caso de corresponder, sin necesidad de optar entre beneficios, y la Ley N.º 27.269, de Certificado único de discapacidad. La incorporación de estos estándares obliga a los poderes públicos a adoptar ajustes razonables y accesibilidad universal, en correspondencia directa con la Regla 24 de las Reglas de Brasilia, que exige remover obstáculos comunicacionales, físicos y procedimentales.

Como se detallará, los enumerados son solo algunos de los sectores que, a inicios del siglo XXI, se constituyen como grupos vulnerables en el conjunto social argentino, sectores respecto de los cuales el Estado nacional ha buscado trabajar, en pos de la protección y garantía de sus derechos.

Llegado este punto, cabría preguntarse, entonces, en qué modo esta protección dada en el plano normativo, se ha reflejado al interior del sistema judicial argentino. Esta pregunta pone de manifiesto una tensión aún no resuelta, el desfase entre el plexo normativo progresista y las prácticas institucionales que, muchas veces, no logran traducir esos principios en respuestas eficaces. El desafío radica en cerrar esa brecha mediante una *praxis* judicial con enfoque de derechos humanos y sensibilidad estructural, en sintonía con los estándares internacionales y la realidad social de los justiciables. No obstante, la sola existencia de este andamiaje legal no garantiza una aplicación efectiva ni uniforme. Persisten brechas importantes entre la norma y su operatividad, especialmente cuando las estructuras institucionales no cuentan con formación específica o recursos adecuados. La eficacia de estas normas depende, en gran medida, del compromiso de los

operadores jurídicos, de las políticas públicas que las acompañan y del grado de participación social en su exigibilidad.

En suma, el recorrido normativo argentino en materia de derechos humanos revela una voluntad sostenida del Estado por consolidar un marco jurídico inclusivo, capaz de responder a las demandas de los sectores históricamente marginados. Sin embargo, la existencia de un plexo normativo amplio no garantiza por sí misma la efectividad de los derechos consagrados. Persisten brechas significativas entre lo dispuesto en el plano legal y su traducción concreta en las prácticas institucionales.

Ello plantea la necesidad de interrogarse no solo por la calidad de las normas, sino también por el modo en que el sistema judicial las aplica, especialmente cuando se trata de personas o grupos en situación de vulnerabilidad. En ese punto se hace imprescindible examinar, desde una perspectiva crítica, el funcionamiento del proceso judicial argentino y su capacidad real para ofrecer tutela efectiva a quienes más la necesitan.

2.4. EL PROCESO JUDICIAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD

Si bien el marco normativo argentino ha avanzado considerablemente en la consagración de derechos destinados a proteger a grupos en situación de vulnerabilidad, ello no resulta suficiente sin una implementación efectiva en el plano judicial. La garantía del acceso real a la justicia constituye uno de los mayores desafíos en la operativización de tales derechos. Asimismo, la Regla 24 de las Reglas de Brasilia establece directrices específicas para garantizar la accesibilidad de personas con discapacidad en todos los actos procesales, lo que supone ajustes edilicios y tecnológicos, la adecuación comunicacional y procedimental de cada intervención judicial.

En este sentido, la judicatura argentina ha incorporado parcialmente los lineamientos de las Reglas de Brasilia mediante protocolos de actuación, oficinas de atención a grupos vulnerables y mecanismos de derivación especializada. Sin embargo, la aplicación continúa siendo heterogénea, dado que no todas las jurisdicciones han desarrollado procedimientos específicos para garantizar la accesibilidad procesal prevista en dichas reglas, lo que evidencia la distancia entre el diseño normativo y la práctica judicial cotidiana.

En este contexto, resulta imprescindible examinar cómo se estructura y actúa el sistema judicial argentino ante las desigualdades estructurales que atraviesan determinados sectores de la población. La adopción de una perspectiva de vulnerabilidad implica repensar el rol de los operadores jurídicos, los principios procesales y las prácticas institucionales que, muchas veces, reproducen formas de exclusión bajo una apariencia de neutralidad.

Desde esta mirada, el proceso judicial no puede entenderse únicamente como una sucesión de actos formales, sino como un espacio en el que se deben desplegar mecanismos que garanticen una tutela efectiva, diferenciada y sensible a las condiciones reales de quienes litigan en desventaja.

Tal como señalan Alesso y Neder (2017),

el llamado «acceso a la justicia» no se consuma con el solo ingreso de la causa al poder judicial, sino con una respuesta rápida y eficiente por parte de dicho poder, que [...] solucione al ciudadano las falencias que el sistema le genera; y que obviamente garantice la «tutela efectiva de ese derecho que ha sido vulnerado». (p. 172)

Focalizado específicamente en los grupos en situación de vulnerabilidad, se advierte la necesidad urgente de que el sistema judicial adopte una configuración que les permita garantizar la defensa efectiva de sus derechos. Estas personas y colectivos, como se ha señalado previamente, enfrentan obstáculos estructurales más profundos que el resto de la población, incluso en lo que respecta al acceso mismo a la justicia.

En consecuencia, se vuelve indispensable que los operadores del sistema actúen desde una perspectiva que, sin desatender las garantías del debido proceso, contemple las condiciones particulares que atraviesan estos sujetos. En esta línea, resulta pertinente recuperar lo señalado por las autoras Alesso y Neder (2017), quienes afirman: «Uno de los grandes desafíos del servicio de justicia es el de garantizar por medio de sus operadores, la promoción de medidas necesarias a los fines de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad» (p. 170).

Las Reglas de Brasilia conforman un parámetro de relevancia para la comprensión de este fenómeno, en tanto recomendaciones y líneas de actuación originadas en el seno de foros conformados por los

propios jueces. Pese a carecer de un estatus legislativo, dichas reglas destacan la importancia de que, más allá de la aplicación de las normas y los procedimientos fijados en la normativa de cada país, los jueces desarrollen una interpretación de las causas en las que ponderen no solo los hechos descritos, sino también las circunstancias singulares atravesadas por los grupos vulnerables que las conforman.

Se trata de comprender que dicha vulnerabilidad, no es la característica natural de la vida misma, sino la consecuencia de determinada organización jurídica, política y social que hace vulnerables a ciertos grupos sociales por encontrarse en determinadas circunstancias o por poseer determinados caracteres identitarios, provocándoles un daño, lesión o discriminación, que no son vulnerables, sino que están vulnerables. En este sentido, las Reglas de Brasilia procuran que el servicio de justicia promueva las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento, respecto de quienes se encuentren en tales condiciones, sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición. (Alesso y Neder, 2017, p. 184)

En esta línea, Santana (2023, p. 130) ha sostenido que el sistema de derechos no puede permanecer ciego ante las condiciones estructurales que impiden o dificultan el ejercicio efectivo de la libertad; de ahí la necesidad de una justicia atenta a las trayectorias biográficas, las condiciones materiales y las prácticas sociales que configuran situaciones de desventaja. Las Reglas fueron incorporadas por Argentina tras la Acordada N.º 5 (2009) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y debieran de ponderarse al momento de la operatoria judicial.

III. CONCLUSIONES

Entendido el Derecho como un conjunto de normas que imponen deberes, así como confieren facultades en pos del establecimiento de las bases de la convivencia social, en un marco de seguridad y justicia, tras el análisis efectuado, se vislumbra que, a la par de lo

acontecido en el plano internacional, desde fines del siglo xx, los representantes gubernamentales de la República Argentina buscaron fortalecer el sistema de tutela jurídica de los derechos de la ciudadanía. Para ello, se adhirieron o ratificaron diversas Declaraciones y Convenciones sobre derechos humanos, y se diseñaron, sancionaron e implementaron leyes específicas que permitieran una mejor aplicación de los principios refrendados en aquellas.

La tutela judicial efectiva no solo significa que exista un proceso judicial disponible, sino que ese proceso sea realmente accesible y útil, especialmente para quienes, por su situación de vulnerabilidad, encuentran más difícil ejercer sus derechos. Reconocer la vulnerabilidad no como una característica intrínseca de ciertos grupos, sino como el resultado de estructuras desiguales, exige transformar la mirada judicial. La garantía de derechos requiere algo más que voluntad normativa: implica una reconfiguración del rol del Derecho como herramienta emancipadora, con operadores capaces de escuchar trayectorias, interpretar con empatía y decidir con equidad contextualizada. En definitiva, la existencia de un marco legal robusto no basta si no va acompañada de voluntad institucional, sensibilidad judicial y participación ciudadana. Una justicia verdaderamente inclusiva exige revisar el modo en que se entienden y aplican los derechos, y reconocer la historicidad, la interseccionalidad y las relaciones de poder que estructuran las desigualdades.

Ello implica admitir que la igualdad formal ante la ley es insuficiente por sí sola y requiere medidas específicas como ajustes razonables, interpretación con perspectiva de derechos humanos y políticas públicas activas para que la justicia no perpetúe desigualdades, sino que las combata. En este sentido, resultaría indispensable que los sistemas judiciales incorporasen instancias de formación obligatoria con enfoque en derechos humanos y perspectiva interseccional, así como la creación de protocolos diferenciados de actuación que aseguren condiciones de equidad procesal para personas y grupos en situación de vulnerabilidad. En este marco, los hallazgos permiten advertir que la hipótesis planteada se confirma al evidenciarse tanto la amplitud del marco normativo como las persistentes brechas en su implementación efectiva.

IV. REFERENCIAS

- Alesso, L. y Neder, M. G. (2017). Proceso judicial con perspectiva de vulnerabilidad. *Derecho y Salud*, 1(1), 170-192. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2017\)14](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2017)14)
- Asociación por los Derechos Civiles. (2017). *Derechos LGBT. Informe normativo*. <https://identidadydiversidad.adc.org.ar/wp-content/uploads/2017/05/Derechos-LGBT-Informe-Normativo.pdf>
- Barocelli, S. (Noviembre, 2018). La tutela de la vulnerabilidad como principio general del Derecho privado. *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, (8), s.p. https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=cb4f677df738dad47484501f3a7c6c46&hash_t=9b5908a2271a0f68d6d5a194ed64cc57
- Caputi, M. C. (2024). La vulnerabilidad como factor en la jurisprudencia de la justicia en lo contencioso administrativo federal. *Revista Escuela Judicial*, (5), s.p. <https://doi.org/10.59353/rej.v5i5.124>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Furlán y Familiares Vs. Argentina*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). *100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Fineman, M. A. (2021). Vulnerability theory and the role of institutions. *Yale Journal of Law & Feminism*, 33(1), 1-23. <https://openyls.law.yale.edu/bitstreams/d9a51437-d29a-41ab-8e5d-3b76b6e994f6/download>
- Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas. (2019). *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador)*. <https://brasilia100r.com/wp-content/uploads/2020/07/Reglas-de-Brasilia-actualizaci%C3%B3n-2018.pdf>

- Fundación Juan Vives Suriá. (2010). *Derechos Humanos. Historia y Conceptos básicos*. Defensoría del Pueblo. https://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/fundavives/20170102055815/pdf_132.pdf
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Enero 10, 1995). Ley N.º 24.430, de aprobación de la reforma de la Constitución Nacional. *Boletín Oficial*, (8057). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=804>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Diciembre 5, 1997). Ley N.º 24.901, de Discapacidad. *Boletín Oficial*, (28789). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=47677>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Octubre 26, 2005). Ley N.º 26.061, de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. *Boletín Oficial*, (30767). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=110778>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Abril 14, 2009). Ley N.º 26.485, de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. *Boletín Oficial*, (31632). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=152155>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Julio 22, 2010). Ley N.º 26.618, de modificación del Código civil. *Boletín Oficial*, (31949). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=169608>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Mayo 24, 2012). Ley N.º 26.743, de Identidad de Género. *Boletín Oficial*, (32404). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=197860>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Junio 26, 2013). Ley N.º 26.862, de Reproducción Asistida. *Boletín Oficial*, (32667). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=216700>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Diciembre 22, 2014). Ley N.º 27.044, de aprobación de la Convención sobre los

- derechos de las personas con discapacidad. *Boletín Oficial*, (33035). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=239860>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Octubre 8, 2014). Ley N.º 26.994, de Código civil y comercial de la nación. *Boletín Oficial*, (32985). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Agosto 31, 2016). Ley N.º 27.269, de aprobación del certificado de discapacidad. *Boletín Oficial*, (33451). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=264950>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Enero 4, 2016). Ley N.º 27.234, Educar en igualdad: Prevención y erradicación de la violencia de género. *Boletín Oficial*, (33288). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=257439>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (Mayo 31, 2017). Ley N.º 27.360, de aprobación de la Convención interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores. *Boletín Oficial*, (33635). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=275347>
- Organización de Estados Americanos. (1994). Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. <https://oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>
- Organización de Estados Americanos. (1994). Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Organización de Estados Americanos. (2017). Convención interamericana sobre protección de derechos humanos de las personas mayores. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf
- Organización de Naciones Unidas. (1948). Declaración universal de derechos humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

- Organización de Naciones Unidas. (1959). Declaración de los derechos del niño. <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>
- Organización de Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los derechos del niño. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Organización de Naciones Unidas (2003). Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-non-applicability-statutory-limitations-war-crimes>
- Organización de Naciones Unidas. (2014). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Santana Ramos, E. M. (2023). *Los desafíos del libre desarrollo de la personalidad en el contexto migratorio*. Dykinson.

LA TUTELA JUDICIAL ANTE LA VIOLENCIA VICARIA: MALTRATO INSTITUCIONAL HACIA MADRES E HIJOS/AS

JUDICIAL PROTECTION AGAINST VICARIOUS VIOLENCE: INSTITUTIONAL MISTREATMENT OF MOTHERS AND CHILDRENS

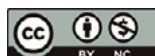
■ **DRA. CARMEN DELIA DÍAZ BOLAÑOS**

Profesora contratada doctora,

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España

<https://orcid.org/0000-0002-2193-0173>

carmendelia.diaz@ulpgc.es



Resumen

Este trabajo analiza la violencia vicaria como una de las formas más graves de violencia de género, caracterizada por el uso de los hijos e hijas como instrumentos de daño hacia la madre. Se estudia el marco legislativo español e internacional, con especial atención a la tutela judicial efectiva y las prácticas que reproducen maltrato institucional y revictimización. Asimismo, se examinan las consecuencias psicosociales en mujeres e hijos/as y la distancia entre la normativa y su aplicación real. Finalmente, se presentan propuestas orientadas a reforzar la protección judicial y garantizar una justicia sensible, integral y eficaz para las víctimas.

Palabras clave: Violencia vicaria; maltrato institucional; tutela efectiva; revictimización; violencia de género.

Abstract

This article analyzes vicarious violence as one of the most extreme forms of gender-based violence, defined by the use of children as instruments to inflict harm on their mothers. It reviews the spanish and international legal frameworks, focusing on effective judicial protection and institutional practices that perpetuate secondary victimization. It also explores the psychosocial consequences

for women and children, highlighting the gap between law and judicial practice. Finally, it proposes measures to strengthen judicial protection and ensure a comprehensive, sensitive, and effective justice system for victims.

Keywords: *Vicarious violence; institutional abuse; effective judicial protection; secondary victimization; gender-based violence*

Sumario

I. Introducción; II. Violencia vicaria, maltrato institucional y victimización secundaria; III. Marco legislativo español e internacional; 3.1. Marco normativo español; 3.2. Marco Internacional; IV. Violencia de género en la justicia de familias; V. Tutela judicial efectiva y jurisprudencia; VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia vicaria es considerada una de las formas de violencia de género más severas, la define el uso que se hace de los hijos e hijas como instrumento para causar sufrimiento psicológico a la madre, por ello se le otorga la categoría de violencia instrumental que pretende intimidar, dominar y controlar en una relación profundamente desigual (Vaccaro, 2021, p. 11). En esta línea, el concepto ha sido poco a poco incluido en los discursos políticos y en el ámbito jurídico y social, gracias al reconocimiento explícito en el marco de las diferentes políticas públicas y europeas.

A la par, el maltrato institucional, entendido como la victimización secundaria generada por la respuesta inadecuada de las instituciones, se configura como un obstáculo para el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Artículo 24 de la Constitución Española). Esta situación se genera «cuando la víctima sufre un daño adicional como resultado de la forma en que las instituciones tratan su caso» (Instituto Europeo de Igualdad de Género, s.f.).

La manifestación de este tipo de maltrato se produce en forma de revictimización de mujeres e hijas/os, dentro de los procedimientos judiciales de familia y violencia de género y toman forma como decisiones judiciales que desestiman la denuncia de riesgo, retrasos procesales o la utilización de criterios sin validez científica, como

el denominado síndrome de alienación parental (SAP), que ha sido rechazado por la Ley Orgánica 8/20021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de género.

Esta problemática y su impacto ha sido reconocida por el comité CEDAW, a raíz de un caso producido en España en 2014 (*Ángela González Carreño vs. España* (2014), donde recoge en su informe la responsabilidad internacional de este país, por la falta de protección a una madre y a su hija frente a un progenitor violento durante el régimen de visitas y que finalizó con el asesinato de la menor. Así mismo, este tipo de violencia contradice el artículo 31 del Convenio de Estambul, que recoge la obligación de que las decisiones en materia de custodia y régimen de visitas tengan en cuenta la violencia y garanticen la seguridad de las víctimas.

Desde una dimensión psicosocial, diferentes estudios científicos han puesto de manifiesto que someter a los menores a la exposición de este tipo de violencia de género, tiene graves consecuencias en su desarrollo emocional y social. Autores como Kitzmann, Gaylord, Holt y Kenny (2003), han analizado estas situaciones y concluyen que estos menores presentan una mayor prevalencia de depresión, ansiedad y problemas de conducta, en relación con otros menores que no la han sufrido. Y se confirma que tiene efectos negativos en la salud mental, y la capacidad de ajuste psicosocial, tal como recogen Evans, Davies y Di Lillo (2008).

En este capítulo tenemos como objetivo realizar un análisis del marco normativo y la jurisprudencia española sobre tutela judicial frente a la violencia vicaria, revisar el papel que desempeñan las instituciones en la reproducción del maltrato institucional hacia las madres e hijas/os, así como examinar desde la visión psicológica y social las consecuencias de esta forma de violencia. Para finalizar, se presentarán propuestas orientadas al refuerzo de la tutela judicial efectiva, que contribuya a mejorar la práctica procesal y garantizar una protección efectiva y real de las víctimas.

II. VIOLENCIA VICARIA, MALTRATO INSTITUCIONAL Y VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

La violencia hacia la mujer es un fenómeno estructural que se encuentra profundamente arraigado en las relaciones de poder de-

sequilibrado entre hombres y mujeres. Se presenta en diversas formas, y en ocasiones, algunas de ellas llegan a ser bastante sofisticadas, buscando generar el mayor daño posible a la víctima a través de la intimidación y el terror, hasta incluso procurar su muerte. Se trata de un acto deliberado, que va más allá de la simple agresión que se convierte en un mecanismo de destrucción que anula cualquier sentido afectivo, vital y relacional.

En este contexto de crueldad extrema surge la violencia vicaria; esta no es un tipo de violencia colateral o de segundo nivel, es un tipo de violencia que persigue ejercer el control sobre la mujer y castigarla, usando a sus hijos/as o a cualquier persona significativa en su vida, como instrumentos de daño afectivo emocional, todo ello de manera consciente y planificada (Defensor del Pueblo, 2024).

Su utilización como medio para infligir el máximo sufrimiento a sus madres constituye una vulneración extrema de sus derechos fundamentales, incluyendo su derecho a vivir en un entorno libre de violencia (UNICEF, 2021).

Según el informe del Defensor del Pueblo, sobre la violencia vicaria de género (2024):

Todos los asesinatos de menores computados en las cifras oficiales tienen en común que se producen en entornos de violencia contra la madre y se cometen con el propósito último de dañarla. Con o sin denuncia previa, la madre y los hijos ya eran víctimas de violencia machista y ya venían sufriendo episodios de agresión por parte del padre o de la pareja o ex pareja de la madre. Por eso, la motivación delictiva obliga a distinguir la violencia vicaria de otras violencias intrafamiliares o domésticas que también se ejercen sobre la infancia, en las que no concurre el factor de discriminación por razón de género, ni el ejercicio del control y sumisión contra la madre. (Defensor del Pueblo, 2024, p. 16)

En este mismo informe se recoge que para ampliar el dolor de la madre, los perpetradores ocultan el cadáver a fin de impedir el duelo y que ella se despidiera, e incrementar su sufrimiento.

Este tipo de violencia genera una desestructuración de los entornos afectivos de la víctima, convirtiendo a los menores no solo en espectadores pasivos, sino en víctimas directas. Además, de poner en jaque

la visión de la maternidad y el cuidado como un vínculo con un sentido oscuro, desvirtuando la condición de protección, atención y refugio que debería tener el entorno familiar y afectivo, hasta convertirlo en un entorno poco seguro, que aterroriza y lesiona a los menores.

Esta no es solo una cuestión de protección individual, sino de garantizar el derecho colectivo a vivir en una sociedad donde la maternidad, la infancia y la vida misma no sean utilizadas como herramientas de poder ni como campos de batalla emocional. Reconocer a las hijas e hijos como víctimas directas y a las mujeres como objeto de una forma extrema de coacción es el primer paso hacia una justicia reparadora y transformadora (Vaccaro, 2012).

Sin embargo, la conceptualización jurídica de la violencia vicaria continúa estancada en referentes tradicionales que fragmentan las violencias y se niegan a entender el origen estructural. Esta limitación frena el reconocimiento de la violencia vicaria como una forma de control patriarcal ejercida a través de las instituciones judiciales, lo que evidencia una ausencia de enfoque de género en el derecho (MacKinnon, 2017). Desde una perspectiva crítica, este tipo de violencia conlleva un carácter institucional, simbólico e interpersonal, ya que se reproduce mediante la legitimación judicial de discursos pseudocientíficos —como el SAP— y decisiones que subordinan el interés superior del menor al mantenimiento del vínculo paterno-filial.

El marco teórico actual del derecho español responde todavía a un modelo formalista que concibe la justicia como neutral, mientras que las teorías feministas del derecho —como las de Fraser (2008) y Smart (1989)— plantean que dicha neutralidad es en realidad una forma de invisibilización de la desigualdad estructural. Desde esta perspectiva, la violencia vicaria no puede analizarse solo como un fallo del sistema judicial, sino como un síntoma de un orden jurídico que mantiene jerarquías de género y de autoridad.

El impacto real de este tipo de violencia solo se puede comprender reconociendo el concepto de violencia institucional, y como esta dimensiona la violencia vicaria. Según Martínez y Sánchez (1989), el maltrato institucional se define como:

[...] cualquier legislación, procedimiento, actuación u omisión procedente de los poderes públicos o de la actuación individual del profesional que comporte abuso, negligencia, detrimento de la salud, la seguridad, el estado emocional, el bienestar fi-

sico, la correcta maduración, o que viole los derechos básicos del niño o de la infancia (Martínez y Sánchez, 1989, p. 30).

En esta definición se habla de un trato negligente que se ejerce desde los diferentes sistemas de poder sobre los menores, dejando de lado su protección y una asistencia adecuada, pudiendo reiterarse y teniendo consecuencias en su desarrollo emocional social y relacional. Smith y Freyd (2014), lo definen como experiencias donde instituciones en las que se confía fallan en proteger o responder adecuadamente, lo que agrava el trauma del individuo. Freyd (1996), sostiene que cuando una persona depende de un cuidador o institución puede volverse ciega ante el abuso, como estrategia de supervivencia emocional. Esto sienta las bases conceptuales para comprender el maltrato institucional desde la óptica del trauma psicológico y afectivo.

La violencia institucional según la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia, en sus artículos 15 y 16, como la:

Acción u omisión por autoridades, funcionarios y funcionarias, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tengan como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta Ley, para asegurarles una vida libre de violencia.

En este caso la definición hace alusión a la mujer de manera exclusiva, sin recoger a los/as hijos/as. Esta violencia se manifiesta cuando el sistema judicial impide efectivamente la protección o reparación a víctimas de violencia por razones como discriminación, falta de formación judicial o burocracia desigual. Este tipo de prácticas institucionales reproducen relaciones de desequilibrio de poder y generan la victimización secundaria, al producir un nuevo daño hacia la víctima al relacionarse con el sistema encargado de protegerla o de hacer justicia.

El concepto de victimización secundaria fue empleado por Campbell y Raja (1999) para referirse a un nuevo daño hacia la víctima cuando buscan ayuda de los sistemas institucionales, lo que aumenta su trauma inicial. La ONU, por su parte, la define como «todas aquellas acciones, omisiones y conductas inadecuadas de funcionarios y empleados públicos que entran en contacto con la víctima, en cualquier etapa del proceso penal y que le provocan a este algún tipo de

daño físico, psicológico o patrimonial». Es decir, es la victimización que ocurre no como un resultado directo de la acción delictiva, sino como un resultado de la respuesta inadecuada, fría, incomprensiva e insensible de las instituciones y los individuos hacia las víctimas. El Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA, por sus siglas en inglés) en el año 2013 menciona que la victimización es producida no solo por el victimario, sino también por las consecuencias de la forma en la que intervienen las instituciones que atienden a las víctimas (UTE-UNFPA, 2013).

Esta revictimización conlleva una serie de efectos en la víctima que van a ir en contra de su dignidad y va a conllevar la vulneración de sus derechos. El informe conjunto promovido por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género (DGVG), y elaborado por la Universidad Complutense de Madrid (UCM) (2022), que se centra en el estudio de la violencia institucional y la revictimización en España en el año 2022, pone de manifiesto que «la violencia institucional incluye [...] prácticas u omisiones revictimizadoras» y que el denominado síndrome de alienación parental, «si es conocido o promovido por las administraciones o deviene un patrón de discriminación reiterado y estructural, constituye una manifestación de violencia institucional» (p. 123). El análisis pormenorizado de sentencias manifiesta que, en más de un tercio de los casos, se ha cuestionado la credibilidad del testimonio de niños y niñas.

Esto genera desconfianza por parte de las víctimas hacia las instituciones y según el informe, «esta desconfianza la heredan también sus hijas e hijos, víctimas con ellas de la violencia institucional [...] lo que dificulta las posibilidades de detección de la violencia sexual en el ámbito familiar y de protección. [...] De esta forma, la violencia institucional no solo daña a las criaturas y a sus madres, sino que también deteriora nuestro sistema democrático» (DGVG y UCM, 2022, pp. 242-243).

Estas prácticas descritas vulneran los derechos de los menores a recibir una protección integral y a ser escuchados en el proceso, además de reproducir formas de violencia estructural ejercidas por las propias instituciones.

Todo lo anterior conlleva una serie de efectos que van más allá del ámbito individual de la víctima, sino que tienen una repercusión en la sociedad y en el sistema democrático. Desde un punto de vista

sociológico, se genera una desconfianza en las instituciones, y esto conlleva una serie de dificultades para proceder a la detección y denuncia de la violencia en el ámbito intrafamiliar, lo que provoca que los menores se encuentren desprotegidos por el sistema, ya que son ignorados, al igual que el daño infringido por los progenitores.

Desde el espacio democrático se produce el deterioro de la legitimidad del Estado de Derecho, y visualiza un déficit en la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, contribuyendo de esta manera a la generación de desigualdades estructurales debido a la inexistencia de la perspectiva de género e infancia en la actuación judicial.

En el plano psicológico tanto la violencia institucional como la revictimización impactan de manera contundente en este espacio, poniendo en peligro la salud psicológica de madres e hijos/as víctimas de violencia de género. En relación con las mujeres existe una percepción de desprotección y una culpabilización por parte de las instituciones que refuerzan un sentimiento de indefensión, ansiedad, depresión y retraumatización, que pone en jaque la capacidad de resiliencia y los procesos de recuperación. En los menores, también aparece la desconfianza en las instituciones que tienen como consecuencia que se sientan inseguros y se generen problemas emocionales y de comportamiento, así como un deterioro del apego, que va a tener otras consecuencias a largo plazo.

En definitiva, la violencia institucional y la revictimización secundaria son fenómenos multidimensionales que dañan la salud emocional de las víctimas, generando desconfianza hacia los sistemas, que comprometen la legitimidad democrática, y hace necesario que se generen respuestas integradoras que vayan desde el ámbito jurídico y político, y que se orienten a garantizar la efectividad de la tutela judicial.

En esta línea, es esencial incorporar los principios recogidos en las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018), que conforman el normativo y ético dirigido a garantizar la accesibilidad, la igualdad sustantiva y la eliminación de barreras en el acceso a la justicia. Estas reglas establecen que los sistemas judiciales deben adoptar medidas específicas para las personas que enfrentan condiciones de vulnerabilidad —entre ellas, las mujeres víctimas de violencia de género y sus hijos/as—, promoviendo un trato digno, la eliminación de estereotipos y la prevención de la revictimización. De

tal manera que, sus enfoques basados en los derechos humanos, la igualdad, la interseccionalidad, la accesibilidad y la participación coinciden plenamente con las exigencias de una justicia sensible al género y a la infancia.

III. MARCO LEGISLATIVO ESPAÑOL E INTERNACIONAL

3.1. MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

El marco legislativo español está configurado por cuatro leyes básicas en relación con la violencia de género. La primera de ellas es la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que reconoció la violencia de género como un fenómeno estructural, y conllevó la creación de juzgados especializados en la materia, así como la implementación de medidas de protección y asistencia integral para las víctimas (España, 2004). A pesar de ser una norma importante no se recoge de manera explícita la violencia vicaria, y por ello, se hace necesario reforzar la protección de los hijos y las hijas de las mujeres víctimas.

La ley orgánica 8/2015 modificó el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y tenía como objetivo el reconocimiento de los menores a vivir libres de violencias, reforzando el principio de interés superior del menor al tratarlo como una obligación de los tribunales con consideración prioritaria, alineándose con los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño. También realizó el reconocimiento de víctimas directas a los menores que viven en entornos de violencia de género y que marcó la senda para el reconocimiento de la violencia vicaria. Así mismo, fortaleció el papel de la fiscalía de menores y de los servicios de protección, al facilitar la adopción de medidas cautelares urgentes; De igual manera, se recoge la prevención de la victimización secundaria, al ajustar las garantías de la exploración judicial, intentando que no se reiteren las declaraciones.

En este mismo sentido, la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPVI), ha sido un paso más hacia la protección de los menores. En ella se prohíbe utilizar el SAP) en los procedimientos judiciales, ya que este término carece de validez científica.

El SAP es una construcción pseudocientífica que sostenía, sin base empírica que un progenitor, normalmente la madre, manipula a los/as hijos/as para rechazar al otro progenitor, generalmente el padre.

En el artículo 11.3 de esta norma se recoge la obligación de «impedir que planteamientos o criterios que supongan la imposición de la llamada alienación parental puedan ser tomados en consideración» (España, 2021, p. 72). Este concepto y su aplicación ha sido duramente criticado por organismos internacionales y asociaciones profesionales. Con todo lo anterior, el SAP, no es un síndrome con reconocimiento científico, administrativo y jurídico en España.

Por otro lado, la reforma del Código Civil de 2021 buscó reforzar la protección de los menores en contextos de violencia de género. En este sentido, el artículo 94 establece que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del menor o del otro progenitor» (España, 1889/2021, p. 45). A la vez, el artículo 158 da potestad a los jueces para dictar medidas cautelares para preservar a los menores de cualquier situación de riesgo.

El estatuto de la Víctima del Delito (Ley 4/2015) incluye mecanismos de prevención de la victimización secundaria, reconociendo el derecho de las víctimas a una evaluación individualizada de sus necesidades y la obligación de las autoridades de garantizar que, durante el desarrollo del proceso judicial, se reduzca al mínimo cualquier posibilidad de revictimización secundaria (España, 2015).

En el último año, se ha producido un hito relevante en relación con el reconocimiento explícito de la violencia vicaria como forma de violencia de género, no tanto desde una reforma normativa, sino en el ámbito de las políticas públicas del Estado español. En la actualización del Pacto de Estado aprobada en 2025, este tipo de violencia aparece incluido como uno de los ejes prioritarios. El nuevo pacto reconoce expresamente a los menores como víctimas directas de la violencia vicaria, lo que representa un significativo avance conceptual en la protección de la infancia.

A pesar de los avances legislativos, el problema se enraíza en la puesta en práctica de las normas, donde los tribunales siguen interpretando las leyes sin una perspectiva de género, ni de infancia. Esta brecha

entre el texto legal y la realidad judicial constituye una «violencia hermenéutica» (Fricker, 2007), en la que los marcos interpretativos institucionales desautorizan las voces de las mujeres y los menores. Así, la ley se convierte en una herramienta contradictoria: proclama-dora de derechos, pero incapaz de garantizar su ejercicio real.

El pacto de Estado tiene como objetivo consolidar una política pública estable que garantice la protección integral de las víctimas y la prevención de las distintas formas de violencia como una prioridad de Estado. Su finalidad es promover un compromiso firme, sostenido y unánime por parte de todas las fuerzas políticas e instituciones, orientado a la erradicación de la violencia de género (Congreso de los Diputados, 2017).

Además de lo anterior, este pacto tenía como pretensión dar respuesta a la situación de ineficacia que se estaba produciendo en nuestro sistema jurídico, que sigue anclado en el modelo que considera necesario el mantenimiento de una relación paterno-filial para un desarrollo adecuado para los/as menores, a pesar de la existencia de riesgo de sufrir y reproducir violencia.

3.2. MARCO INTERNACIONAL

El marco internacional que aborda la problemática de la violencia de género y en concreto la violencia vicaria, aunque no de manera explícita, está conformado principalmente por el Convenio de Estambul como norma de referencia. Este instrumento jurídico establece la protección de las mujeres frente a todas las formas de violencia, así como la obligación de prevenirlas y eliminarlas (Artículo 1). En su articulado se contemplan distintas manifestaciones de violencia —física, psicológica, económica y sexual—, incluyendo aquella que se ejerce en presencia de menores (Artículo 3). Asimismo, recoge la protección y el apoyo a los niños que son testigos de estas violencias (Artículo 26) y establece la necesidad de valorar los episodios de violencia a fin de garantizar la seguridad de las víctimas, particularmente en los procedimientos de custodia y visitas (Artículo 31).

Asimismo, el Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres (GREVIO), órgano encargado de supervisar la aplicación del Convenio de Estambul, en su primer informe de evaluación sobre España, subrayó la necesidad de reforzar la coordinación institucional, garantizar una formación especializada en perspectiva

de género para los operadores jurídicos y fortalecer las medidas de protección en los procesos de custodia y visitas.

GREVIO instó a limitar la discrecionalidad judicial en aquellos casos en los que el progenitor presente antecedentes de violencia, causas penales abiertas o haya cumplido condena. Asimismo, promovió la aplicación efectiva de la Ley Orgánica 1/2004 en lo relativo a la detección de la violencia de género y su impacto en los menores por parte de la judicatura. Otro aspecto señalado fue la necesidad de mejorar la coordinación institucional y garantizar una formación especializada de los operadores jurídicos en violencia de género, con el objetivo de eliminar el sesgo que tiende a interpretar estos casos como simples «conflictos familiares». Finalmente, destacó la importancia de asegurar una dotación adecuada de recursos en los Puntos de Encuentro Familiar, reforzando así su papel en la protección de los menores.

Además, GREVIO puso especial atención en el uso del SAP por parte de algunos jueces, destacando cómo su aplicación suele operar en contra de las madres y puede derivar en la pérdida de custodias o del régimen de visitas, bajo la justificación de una supuesta obstaculización del vínculo paterno-filial. Asimismo, advirtió sobre el riesgo de recurrir a la mediación familiar en contextos de violencia de género, ya que esta práctica puede poner en peligro a las víctimas cuando no se identifican de manera adecuada las situaciones de abuso que sufren tanto las mujeres como los y las menores.

De igual manera, el CEDAW, en su resolución 47/2012, adoptada el 16 de julio de 2014, resolvió la reclamación presentada por Ángela González Carreño contra el Estado español. En este caso se determinó que España incumplió sus obligaciones internacionales al no garantizar medidas de protección efectivas frente a un régimen de visitas que permitió al padre asesinar a la hija menor de la demandante.

En su dictamen, este organismo instó a las autoridades españolas a dejar de priorizar la normalización de las relaciones paterno-filiales sin una previa valoración de los riesgos que estas pudieran entrañar para los (y las) menores. El Comité subrayó la importancia de que los tribunales escuchen tanto a las madres denunciantes como a sus hijos e hijas, y que se consideren los incumplimientos de obligaciones parentales en la toma de decisiones. En esta misma línea, recomendó a España valorar los antecedentes de violencia antes de resolver sobre la custodia y las visitas, supervisar los regímenes de contacto

en situaciones de riesgo y evitar la aplicación de la custodia compartida en contextos de violencia con el fin de garantizar el interés superior del menor y el derecho a ser escuchado.

Otra aportación importante son las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* (2008, actualizadas en 2018) apuntalan el contenido del Convenio de Estambul y las recomendaciones del CEDAW, ya que establece el acceso a la justicia debe garantizarse con una perspectiva de género, infancia y diversidad. Estas reglas reconocen expresamente la necesidad de que los operadores judiciales adopten medidas diferenciadas frente a quienes enfrentan condiciones de vulnerabilidad, como las mujeres víctimas de violencia de género y sus hijos/as, y que se eliminen las barreras culturales, psicológicas, económicas y lingüísticas que obstaculizan su derecho a una tutela judicial efectiva.

Incluyen un enfoque interseccional, que permite entender la violencia vicaria y el maltrato institucional, pues permite analizar cómo se entrecruzan las condiciones de género, edad, clase y poder en la revictimización. Además, su enfoque de accesibilidad y participación demanda que las víctimas sean escuchadas de manera activa, asegurando que las decisiones judiciales no reproduzcan desigualdades estructurales.

Por su parte, la recomendación General N.º 33, del CEDAW (2015) habla sobre el acceso de la mujer a la justicia y plantea que es necesario la perspectiva de género en la actividad judicial, y lo especifica en su Artículo 26:

Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, por los juzgados se adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos; la denominada cultura de la impunidad, pues su establecimiento afecta a la credibilidad de las declaraciones argumentos y los testimonios de las mujeres víctimas.

El uso de estereotipos por parte de nuestro sistema judicial cuestiona la imparcialidad, puesto que puede conllevar a que no se aplique la justicia y se deniegue su acceso a las mujeres, a la par que genera una revictimización de las mujeres denunciantes y cuestiona la ética del sistema judicial.

En este sentido las Naciones Unidas, a través de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer y la niña (2023), pone en evidencia el uso indebido de nociones como la alienación parental en los procedimientos de custodia, resaltando que esta forma de actuar menoscaba la credibilidad de las madres denunciantes y aumenta el riesgo de los menores de sufrir violencia.

En conclusión, el marco normativo ha progresado de manera notable en el reconocimiento de la violencia de género y la incorporación paulatina de la violencia vicaria y de la revictimización como realidades jurídicas que precisan de protección específica. Sin embargo, se observa una distancia relevante entre la norma y su aplicación efectiva. Por esa razón, es necesaria la articulación de la normativa nacional siguiendo los estándares internacionales, que colocan el acento en la necesidad de garantizar el bienestar superior del menor, evitar el SAP, asegurar la escucha activa de las víctimas y la garantía de la seguridad de las víctimas por encima de la preservación del vínculo paternofilial. Esto requiere de una perspectiva holística que se ajuste a las recomendaciones del CEDAW y del GREVIO, con el objetivo de garantizar una tutela judicial que responda de manera efectiva a los desafíos que plantea estos tipos de violencia.

A la luz de las *Reglas de Brasilia*, España incurre en una contradicción estructural: ya que posee un marco normativo garantista, pero sin un modelo judicial adaptado a las necesidades de las víctimas en situación de vulnerabilidad. Las Reglas subrayan que el acceso a la justicia no puede limitarse al plano formal, sino que requiere una efectividad real, que debe partir de la sensibilidad institucional, la participación de las víctimas y la eliminación de barreras estructurales. La ausencia de mecanismos que obliguen a los operadores judiciales a incorporar estos enfoques perpetúa el maltrato institucional y vulnera el principio de igualdad sustantiva.

IV. VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA JUSTICIA DE FAMILIAS

La violencia de género está presente en el sistema judicial español y aparece latente en los procedimientos civiles que se llevan a cabo para disolver las parejas, sobre todo en aquellas donde la decisión se realiza de forma amigable. Esto se debe a que una parte impor-

tante de las mujeres que acuden a este procedimiento lo hacen por haber sufrido violencia de género, pero deciden no denunciar al perpetrador. Lo anterior queda refrendado por los datos que recoge la *Macroencuesta de violencia contra la mujer 2019* (DGVG, 2020), en la que se aporta que el 77.4 % de las mujeres que había sufrido violencia de pareja rompió la relación por dicha razón, y el 21.7 % interpuso una denuncia penal (DGVG, 2020, pp. 106-134). A la vista de lo anterior, es evidente que un alto número de víctimas quedan invisibilizadas al usar los procedimientos civiles de divorcio, separación o guarda y custodia.

La invisibilización de la violencia ejercida contra las mujeres constituye un problema estructural en estos contextos, que además genera una grave afectación en los hijos e hijas que forman parte de esas familias en ruptura. Según la *Macroencuesta de violencia contra la mujer 2019* (DGVG, 2020), se estima que 1 678 959 niños y niñas conviven en hogares donde se producen situaciones de violencia de pareja, de los cuales más de 265 000 están expuestos a violencia física y sexual, y más de 1,6 millones a violencia psicológica (p. 104). En la misma línea, el estudio señala que el 72,9 % de las mujeres declararon que los menores de su familia habían presenciado episodios de violencia, y entre el 16,8 % y el 32,2 % reportaron que los hijos e hijas habían sufrido agresiones directas por parte del progenitor violento.

Estos datos evidencian que la violencia física no finaliza con la ruptura de la pareja, puesto que los (y las) menores continúan manteniendo relación con el progenitor maltratador a través de la aplicación de la custodia y el régimen de visitas. Ello se debe, en gran medida, al desconocimiento o a la falta de detección adecuada de la violencia que los menores sufren, ya sea de manera directa o indirecta.

Esta situación no se explica únicamente por la falta de detección, sino también por la realización de convenios reguladores sin perspectiva de género y sin una valoración de riesgos para las víctimas que pueden derivar en episodios de violencia vicaria o en consecuencias trágicas. Es necesario que exista una valoración del impacto de la violencia en los menores y no únicamente en la mujer denunciante, ya que se les sitúa en un escenario de desprotección que puede traducirse en una forma de violencia institucional.

En España, la violencia vicaria ha adquirido una gran relevancia en los últimos años. En este sentido, la Asociación de Mujeres de Psico-

logía Feminista publicó en 2022 el estudio *Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres (2020-2021)*, en el que se analizan 51 casos de violencia vicaria que culminaron con el asesinato de hijos e hijas, con el objetivo de provocar sufrimiento a la madre. Entre los datos más significativos, se destaca que el 82 % de los agresores eran los padres biológicos de los menores, el 52 % estaban separados o divorciados, y el 74 % había ejercido previamente violencia de género contra la madre. No obstante, solo en el 46 % de los casos existía una denuncia previa.

Lo más alarmante de estos datos es que el 48 % de los padres agresores se encontraba al cuidado exclusivo de los menores, ya fuera mediante un régimen de custodia compartida o en el ejercicio del derecho de visitas. Asimismo, en el 60 % de los casos se habían producido amenazas previas de daño o de muerte contra la mujer o sus hijos e hijas, aunque únicamente el 20 % de estas amenazas fueron denunciadas ante las autoridades competentes. El maltrato institucional se hace evidente al observar que, de los casos denunciados, en el 70 % no se dictó ninguna medida de protección; solo en un 20 % se establecieron medidas, dirigidas en todos los casos exclusivamente hacia la madre, sin contemplar protección específica para los menores en ninguno de los expedientes analizados (Vaccaro, 2021).

Por su parte, el Poder Judicial de España, en colaboración con el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (2024) publicó un informe sobre las víctimas mortales de la violencia de género y doméstica en el ámbito de la pareja o expareja. Este estudio hace una valoración histórica desde 2003 hasta 2023, registrando un total de 53 menores muertos, lo que evidencia la magnitud del fenómeno.

En esta línea, el informe anual del sistema VioGén¹ del Ministerio del Interior, publicado en 2025, aporta cifras igualmente alarmantes: 12 510 menores se encuentran en situación de vulnerabilidad ante la violencia de género, lo que supone un aumento del 15.5 % respecto al año anterior. Del mismo modo, se contabilizan 5606 mujeres víctimas

1 El Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén) es un sistema informático centralizado del Ministerio del Interior de España, puesto en funcionamiento el 26 de julio de 2007, en cumplimiento de la Ley Orgánica 1/2004. Su objetivo es coordinar diferentes instituciones públicas, integrar información relevante, predecir el riesgo, realizar seguimiento y protección de víctimas en todo el territorio nacional, así como emitir avisos preventivos a través de un subsistema automatizado de notificaciones.

con menores a cargo que están siendo protegidas por las fuerzas de seguridad, cifra que supone un aumento del 15.3 %² en comparación con el año previo (Ministerio del Interior, VioGén, 2025).

En consonancia con lo constatado por los distintos estudios desarrollados hasta la fecha, los perpetradores de la violencia vicaria son, de manera generalizada, hombres. Esto es un dato relevante que debe ser considerado en la aplicación de medidas de tutela efectiva por parte del sistema de protección.

En el año 2024 fueron asesinados nueve menores, y en lo que va de 2025 se han registrado dos muertes más, lo que eleva la cifra total de víctimas de violencia vicaria a 64 casos. Estos datos reflejan un preocupante incremento de este tipo de violencia, cuya persistencia se vincula, en gran medida, con la aplicación ineficaz de las leyes vigentes en España. Ante esta realidad, es necesario que se tomen medidas estructurales con carácter urgente, que garanticen una protección real y efectiva tanto para los menores como para sus madres. Entre las actuaciones prioritarias se encuentra la formación en igualdad de todos los operadores implicados en los procesos de violencia de género o doméstica, así como una mayor sensibilización social e institucional, junto con otras medidas que refuercen la tutela efectiva de las víctimas.

V. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y JURISPRUDENCIA

La Constitución española, en su Artículo 24, reconoce el derecho fundamental a la tutela efectiva, lo que obliga a los tribunales a actuar como garantes de una protección integral, eficaz y real frente a la violencia de género. Este derecho conlleva la exigencia de dictar resoluciones judiciales que garanticen la protección de los derechos sustantivos en juego y que las medidas adoptadas sean efectivas para prevenir daños futuros (Tribunal Constitucional, STC 103/2020).

La tutela judicial efectiva comprende el derecho de acceso a los tribunales, a recibir una resolución en la que se recojan los motivos y se pueda ejecutar, al mismo tiempo que se adoptan medidas de protección eficaces a favor de las víctimas. En este marco, se protege no

2 Consultado en <https://sistemaviogen.ses.mir.es/publico/viogen/publicaciones.html>

solo el acceso a la justicia, sino también derechos esenciales como la vida, la libertad, la integridad física y la seguridad personal.

En contextos de violencia de género, este derecho adquiere especial relevancia, ya que no solo debe desarrollarse dentro del ámbito penal, sino también en las medidas cautelares y civiles. En el caso de la violencia vicaria, esta tutela debe garantizar de manera prioritaria el interés superior del menor que recoge el Artículo 39 de la Constitución española y el Artículo 94 del Código civil español.

En aras de la prevención de la violencia vicaria, resulta fundamental evitar la exposición de los menores al agresor y prevenir daños irreparables. Para ello, los tribunales deben aplicar medidas judiciales como la suspensión de visitas en situaciones de riesgo. Por ese motivo, este tipo de tutela judicial debe orientarse a impedir la revictimización, mediante recursos como la práctica de una única declaración judicial, un trato más sensible a las víctimas y la eliminación de teorías carentes de base científica, como el SAP.

La relevancia de la correcta aplicación de la tutela judicial efectiva es indiscutible, ya que de ella depende la diferencia entre garantizar una protección real o, por el contrario, incurrir en situaciones de desprotección que pueden tener consecuencias irreparables para las víctimas, especialmente en los casos de violencia vicaria.

En 2021, el Artículo 94 del Código civil fue objeto de modificación a través de la Ley Orgánica 8/2021, introduciendo la suspensión automática del régimen de visitas cuando uno de los progenitores se encontrase investigado en un proceso penal por violencia de género o doméstica. Únicamente el juez, mediante resolución motivada y siempre atendiendo al interés superior del menor, podía autorizar de manera excepcional dichas visitas.

Esta reforma generó una intensa polémica en torno a su constitucionalidad, ya que podía entenderse que limitaba el derecho del progenitor a mantener contacto con sus hijos e hijas. El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia 106/2022, avaló su constitucionalidad, argumentando que la seguridad de los menores prevalece sobre el derecho del progenitor investigado a relacionarse con sus descendientes. En palabras de la sentencia: «la limitación de la libertad del progenitor encuentra justificación suficiente en la protección del interés superior del menor y en la necesidad de preservar la seguridad de la víctima».

La resolución establece, por tanto, un criterio de interpretación claro y relevante, al reconocer que la tutela judicial efectiva exige que los tribunales prioricen de forma clara la seguridad de los menores y de las madres víctimas de violencia de género frente a los derechos de visitas del progenitor investigado o condenado.

El caso de Ángela González Carreño, al que ya se ha hecho referencia, puso en evidencia las carencias de protección judicial y sentó un precedente que situó a España frente a la responsabilidad internacional. A raíz de este caso, se introdujeron cambios normativos y medidas orientadas a garantizar que, en todos los procedimientos de custodia y visitas, se evalúe el riesgo de violencia de género y se tenga en cuenta la opinión de los menores, a través de procedimientos de escucha.

La práctica judicial en España, más allá de los avances normativos y jurisprudenciales sigue visibilizando enormes retos. Entre ellos destaca la carencia de medidas cautelares inmediatas previstas en el Artículo 158 del Código civil, lo que provoca que los menores sigan estando en una situación de exposición ante el progenitor agresor durante el desarrollo del proceso judicial. Además, persisten prácticas de revictimización, como la exigencia de pruebas reiteradas a las mujeres denunciantes o la desestimación de sus denuncias bajo el argumento de una utilización y manipulación de los menores por parte de las madres en contra del progenitor (Sillero, 2022).

El citado SAP sigue estando presente en determinados dictámenes periciales y resoluciones judiciales, ejerciendo aún una influencia significativa, a pesar de que la LOPIVI lo ha rechazado explícitamente. Tal y como señaló la Relatora Especial de Naciones Unidas (2023), el recurso al SAP constituye una de las manifestaciones más claras del maltrato institucional hacia las madres y la ocultación del riesgo de sus hijas/os.

En el año 2025, la Asociación de Mujeres Juristas Themis, conjuntamente con el Ministerio de Igualdad, ha desarrollado un estudio para conocer las características y el alcance de la aplicación del falso síndrome de alienación parental y la violencia institucional en España contra las mujeres que, en su condición de madres, han tratado de proteger a sus hijas e hijos en el contexto de procesos judiciales por violencia machista. El informe, que abarca el análisis de todas las resoluciones judiciales dictadas entre enero de 2022 y diciembre

de 2023, persigue examinar el origen de la violencia institucional, profundizar en el uso del SAP, identificar los instrumentos normativos aplicados y formular propuestas de actuación (Ministerio de Igualdad, 2025, pp. 15-17).

Los resultados analizados son especialmente alarmantes: 879 hombres condenados por violencia de género seguían recibiendo visitas de sus hijos e hijas, y, de un total de 30 000 órdenes de protección, en el 3 % de los casos, el juez retiró el derecho de visita al padre maltratador (Ministerio de Igualdad, 2025, pp. 132-133). Estos datos evidencian una deficiencia grave en la adopción de medidas cautelares en contextos de violencia de género.

Por otro lado, el estudio constata prácticas arbitrarias que vulneran derechos fundamentales, tales como la falta de investigación de los casos, la ausencia de diligencias básicas, sobreseimientos provisionales sin contar con pruebas suficientes y valoraciones sesgadas de la prueba (Ministerio de Igualdad, 2025, pp. 155-157). También se señala la carencia de motivación judicial suficiente, así como la utilización de criterios discriminatorios de género en las resoluciones desarrolladas (Ministerio de Igualdad, 2025, pp. 223-225).

El informe subraya, además, que la utilización del SAP se aplica tomando como referencia informes periciales y psicosociales que condicionan el sobreseimiento de denuncias y procesos judiciales enteros, lo que deriva en cambios de custodia perjudiciales para el vínculo entre las madres y sus hijos/as. En numerosos casos, ello deriva en la criminalización de las madres mediante procesos penales en su contra, lo que genera una nueva forma de revictimización de la mujer y prolonga los tiempos judiciales que se configuran como violencia institucional (Ministerio de Igualdad, 2025, pp. 158-198).

Si se habla de revictimización de los menores, el informe Themis señala que, en varios casos, estos tuvieron que relatar los hechos objeto de denuncia entre una y doce veces ante los diferentes profesionales del ámbito psicosocial, forense, judicial y fiscal, estableciéndose una media de 2.5 declaraciones por caso. Esto evidencia la falta de credibilidad otorgada a los testimonios infantiles por parte de los operadores jurídicos, la dilación de los procesos, la reiteración de testimonios y la ausencia de medidas eficaces de protección en juicios, visitas forzadas y cambios de custodia.

En el caso de las madres, esta revictimización se observa en el sometimiento a peritajes rutinarios que cuestionan su credibilidad, vulneran su dignidad, y, en muchos supuestos, derivan en la pérdida de la guarda, custodia e incluso la patria potestad (Ministerio de Igualdad, 2025, pp. 198-205).

Igualmente, se hace referencia al papel destacado que desempeñan los Puntos de Encuentro Familiar (PEF) en la revictimización. En España la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia incluye una modificación del artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En ella se introduce la posibilidad de que el régimen de visitas —en casos de acogimiento familiar— pueda realizarse en un Punto de Encuentro Familiar habilitado, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias involucradas. Por ello no hay definición estatal específica sobre los PEF; cada comunidad Autónoma desarrolla su propia definición que contienen las siguientes características: servicio especializado, gratuito, temporal, con acceso mediante resolución judicial o administrativa, enfocado en facilitar el derecho de los menores a relacionarse con progenitores y garantizar su seguridad. Se aporta un ejemplo de la Comunidad de Madrid: según el Artículo 2 de la Ley 3/2019, de 6 de marzo, reguladora de los PEF en la Comunidad de Madrid:

Se denomina Punto de Encuentro Familiar al servicio social especializado en el que se presta atención profesional orientada a garantizar y facilitar, con carácter temporal, que los hijos e hijas menores puedan mantener relaciones con su padre, madre, familia de ambos, persona que tenga atribuida la tutela o la guarda en las situaciones que resulten de los procesos de familia y otros supuestos de interrupción de la convivencia familiar hasta que desaparezcan las circunstancias que motiven la necesidad de utilizar este recurso o hasta que lo determine la autoridad judicial [...].

Se documentan situaciones de amenazas y malos tratos por parte de los profesionales del PEF, quienes en algunos casos obligaban a los menores a entrar a las visitas con amenazas relacionadas con la emisión de informes negativos o de la retirada de la custodia en caso de falta de colaboración. Llama la atención que en el 33 % de

los casos analizados, las madres debían acudir a visitas tuteladas en el PEF con una duración de una a dos horas con carácter semanal o quincenal (Ministerio de Igualdad, 2025, pp. 207-215).

Como resultado de los datos mencionados, puede decirse que existe una doble victimización por parte de las madres y los menores: en primer lugar, por ser víctimas de violencia machista y, en segundo orden, por la respuesta institucional que cuestiona, castiga y retrasa la causa en lugar de asegurar la protección. Esta dinámica se materializa a través de la criminalización de las madres protectoras, la reiteración traumática de testimonios infantiles, la imposición de visitas forzadas y la permanencia prolongada en los PEF, lo que conlleva graves daños psicosociales para las víctimas.

En consecuencia, es evidente que en España no se está desarrollando plenamente la tutela judicial efectiva en contexto de violencia vicaria. Este principio debería implicar la actuación inmediata de las autoridades judiciales mediante la adopción de medidas cautelares necesarias que eviten la utilización de criterios no validados por la normativa vigente y que aseguren, a través de resoluciones motivadas, la seguridad y el bienestar de los menores y de sus madres como prioridad del sistema judicial. Asimismo, se hace indispensable garantizar procedimientos libres de revictimización, pues las prácticas descritas, junto con otros déficits detectados, constituyen una forma de maltrato institucional hacia las víctimas.

Siguiendo las *Reglas de Brasilia*, la tutela judicial efectiva debe interpretarse no solo como el derecho formal a acceder a los tribunales, sino como la obligación positiva del Estado de asegurar condiciones reales de acceso y trato digno a las personas en situación de vulnerabilidad. En los casos de violencia vicaria, esto implica que los tribunales deben actuar conforme a los principios de igualdad sustantiva, accesibilidad, sensibilidad institucional y empoderamiento de las víctimas (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018). La inobservancia de estos principios constituye una forma de maltrato institucional y una vulneración del derecho a una justicia inclusiva.

VI. CONCLUSIONES

La violencia vicaria, junto con la victimización secundaria derivada del maltrato institucional, se configuran en la actualidad como uno de

los principales retos en materia de protección de mujeres e infancia frente a la violencia de género en España.

A pesar de la evolución normativa, la práctica judicial y administrativa pone de relieve que existen grandes déficits en la tutela efectiva, y esto coloca a las víctimas en una situación de vulnerabilidad y exposición a la violencia con consecuencias que pueden llegar a ser irreparables.

La superación de estas deficiencias conlleva un cambio en la estructura del sistema de protección, en el que se debe priorizar el interés superior del menor y la seguridad de este y de las mujeres, así como la reparación integral de las víctimas, dejando de lado la necesidad de mantenimiento del vínculo paterno-filial.

Tal y como evidencian los diferentes informes y estudios a los que se ha hecho referencia, todos los asesinatos de menores comparten un patrón unívoco, donde la violencia vicaria se genera en entornos violentos contra la madre, con el propósito deliberado de generarle sufrimiento. De este modo, se configura como una forma de violencia específica, diferenciada de otras expresiones de violencia intrafamiliar.

No obstante, a pesar del avance normativo desarrollado con la Ley Orgánica 1/2004, Ley 8/2015, LOPIVI 8/2021 y la actualización del Pacto de Estado en el año 2025, se mantiene un distanciamiento preocupante entre la norma y su aplicación. La tutela judicial efectiva, que garantiza el Artículo 24 de la Constitución española, no se evidencia de manera correcta en los diferentes procedimientos de familia y violencia de género.

Persisten aún prácticas discriminatorias, como la aplicación del denominado síndrome de alienación parental, a pesar de estar expresamente prohibida por la LOPIVI. Su utilización en peritajes y resoluciones judiciales constituye una forma de maltrato institucional, cuyas consecuencias son graves: la modificación de las custodias entre progenitores, generalmente a favor del padre violento, la pérdida de la patria potestad por parte de las madres y, finalmente, la criminalización de las mujeres que intentan proteger a sus hijos e hijas.

Lo anterior supone una clara vulneración de los compromisos adquiridos por España ante la comunidad internacional, particularmente los establecidos en el Convenio de Estambul, en su Artículo 31 y en las recomendaciones dadas por el GREVIO en 2020. Los menores con-

tinúan siendo sometidos a procesos judiciales que dilatan su protección, obligándoles a reiterar sus declaraciones en diferentes instancias y manteniendo el contacto con sus agresores en instituciones como los PEF, en los que se ha constatado la existencia de presiones y amenazas hacia mujeres y niños, convirtiéndose, por tanto, en escenarios de revictimización institucional.

La dimensión psicosocial enfatiza el grave impacto de la violencia vicaria e institucional en las víctimas, que genera depresión, ansiedad y trastornos de apego y desconfianza hacia el sistema de protección y las instituciones que lo conforman (Kitzmann *et al.*, 2003; Evans *et al.*, 2008). La legitimidad del Estado está cuestionada por la pérdida de confianza en la justicia y en los servicios de protección, que pasan de ser un problema individual a un problema colectivo y del Estado de Derecho, ya que ponen de manifiesto la imposibilidad de garantizar la seguridad de las víctimas.

Finalmente, algunos organismos internacionales como el Comité CEDAW (2014) y la Relatora Especial de Naciones Unidas (2023) han señalado la responsabilidad de España en la protección deficiente de madres e hijos/as frente a padres violentos. Han solicitado con reiteración evitar la custodia compartida en casos de violencia de género, limitar la discrecionalidad judicial, y aplicar la necesidad y obligación de escuchar de manera activa a los/as menores, poniendo la seguridad de estos por encima del mantenimiento de la relación paternofilial.

Desde un punto de vista crítico, la tutela judicial efectiva en casos de violencia vicaria no debe sintetizarse en la ejecución de normas procesales, sino que debe conllevar una transformación epistemológica del sistema judicial. La persistencia de sesgos androcéntricos en las decisiones judiciales demuestra que la justicia continúa operando bajo un paradigma de neutralidad aparente que reproduce desigualdades estructurales. La aplicación de los enfoques de las *Reglas de Brasilia*, en especial la interseccionalidad y la accesibilidad, debe verse como un imperativo ético y político, y no solo técnico o formal.

Las propuestas de mejora de este problema van en la línea de reforzar la normativa y la justicia. En consonancia con los principios de las *Reglas de Brasilia*, el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia vicaria y de sus hijos/as debe entenderse como una garantía esencial de los derechos humanos. Esto requiere un compromi-

so activo del poder judicial para remover obstáculos estructurales, promover la accesibilidad procesal, garantizar el acompañamiento especializado y asegurar la participación efectiva de las víctimas en los procesos. Solo una justicia guiada por los enfoques de derechos humanos, igualdad sustantiva, interseccionalidad y participación podrá responder a las obligaciones asumidas por España en el marco internacional.

Se deben generar cambios a través de la suspensión automática del régimen de visitas en casos de violencia de género, la creación de protocolos judiciales homogeneizados y con perspectiva de género e infancia en todos los juzgados de violencia sobre la mujer y familia. Resulta igualmente imprescindible la eliminación definitiva del SAP en la práctica judicial y pericial, por constituir un criterio carente de validez científica y contrario a los principios de protección de la infancia. A ello se le suma la urgencia de implementar medidas cautelares efectivas y de protección integral, tales como órdenes de alejamiento y suspensiones de visitas, junto con el desarrollo de sistemas de alerta temprana que permitan prevenir situaciones de riesgo. Del mismo modo, se hace necesaria una reforma de los PEF y la participación de los (y las) menores en el proceso, así como la coordinación institucional y con recursos desde el ámbito penal y civil y el resto de las administraciones.

Igualmente, se considera indispensable reforzar los equipos y unidades forenses con recursos suficientes para evitar dilataciones en los tiempos procesales, y asegurar el acompañamiento psicológico y social de las víctimas. A ello debe sumarse la formación obligatoria en igualdad de género y violencia vicaria para todos los agentes implicados en los procesos que intentan dar respuesta a las necesidades de esta población.

El monitoreo y la rendición de cuentas se hacen perentorios. Para ello, se propone la creación de un observatorio específico sobre violencia vicaria, encargado de recopilar datos, analizar sentencias y supervisar el cumplimiento de los compromisos internacionales. Además, se deberían establecer mecanismos de responsabilidad de los operadores jurídicos y administrativos cuyas decisiones vulneren el interés superior del menor y desconozcan las leyes vigentes en la materia.

Finalmente, es imprescindible crear una tipificación penal específica de la violencia vicaria y la puesta en marcha de protocolos especia-

lizados para su abordaje. Solo de esta manera se avanzará hacia un modelo de justicia que ofrezca garantías a las víctimas, que sea sensible hacia las situaciones vividas y que genere una transformación real y efectiva de las situaciones de vulnerabilidad de las víctimas de violencia de género.

VII. REFERENCIAS

Amnistía Internacional. (2018). *Ya es hora de que me creas: Un sistema que cuestiona y desprotege a las víctimas de violencia sexual*. Amnistía Internacional. <https://www.amnesty.org>

Ángela González Carreño vs. España. (2014). <https://juris.ohchr.org/casedetails/1878/en-US?utmsource>

Campbell, R. y Raja, S. (1999). *Secondary Victimization of Rape Victims: Insights from Mental Health Professionals Who Treat Survivors of Violence*. *Violence and Victims*, 14(3), 261-275. <https://doi.org/10.1891/0886-6708.14.3.261>

CEDAW. (2014). Comunicación núm. 47/2012, Ángela González Carreño vs. España. Naciones Unidas.

Código civil de España (texto consolidado). (1889). *Boletín Oficial del Estado*. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Colegio Oficial de Psicología de Madrid. (2016). *Guía de intervención psicológica en menores expuestos/as a la violencia de género*. COPM.

Consejo de Europa. (2011/2014). *Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. <https://rm.coe.int/1680462543>

Consejo General del Poder Judicial. (Marzo 24, 2024). *Las 194.658 víctimas de la violencia de género de 2023, 533 mujeres cada día, suponen un aumento del diez por ciento con respecto al año anterior* [Nota de prensa y datos del Observatorio]. <https://www.poderjudicial.es>

Constitución de España (texto consolidado). (1978). *Boletín Oficial del Estado*. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2018). *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* (actualización). Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana. <https://www.cumbrejudicial.org>
- Defensor del Pueblo. (2024). *Violencia vicaria de género. Las otras víctimas*. Defensor del Pueblo. <https://www.defensordelpueblo.es>
- Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. (2020). *Macroencuesta de violencia contra la mujer 2019*. Ministerio de Igualdad. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/macroencuesta2015/macroencuesta2019/>
- Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. (S.f.). *Violencia vicaria*. Ministerio de Igualdad.
- Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género y Universidad Complutense de Madrid. (2022). *Violencia institucional contra las madres y la infancia. Aplicación del falso síndrome de alienación parental en España*. Ministerio de Igualdad.
- EIGE. (S.f.). *Secondary victimisation*. European Institute for Gender Equality.
- Evans, S. E., Davies, C. y Di Lillo, D. (2008). Exposure to Domestic Violence: A Meta-analysis of Child and Adolescent outcomes. *Aggression and Violent Behavior*, 13(2), 131-140. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2008.02.005>
- Fraser, N. (2008). *Escalas de justicia*. Herder.
- Freyd, J. J. (1996). *Betrayal Trauma: The Logic of Forgetting Childhood Abuse*. Harvard University. <https://dynamic.uoregon.edu/jjf/defineBT.html>
- Freyd, J. J. (2014). *Institutional Betrayal and the Psychology of Trust*. University of Oregon.
- Fricke, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press.
- Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres. (2020). *Informe de evaluación sobre España (Convenio de Estambul)*. Consejo de Europa.

- Kitzmann, K. M., Gaylord, N. K., Holt, A. R. y Kenny, E. D. (2003). Child Witnesses to Domestic Violence: A Meta-Analytic Review. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 71(2), 339-352. <https://doi.org/10.1037/0022-006X.71.2.339>
- Ley 4/2015, de 27 de abril de 2015, del estatuto de la víctima del delito. (Abril 28, 2015). *Boletín Oficial del Estado*, (101), 1-31. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-4606-consolidado.pdf>
- Ley 14/2025, de modificación del Código Penal para la tipificación de la violencia vicaria. (Julio 20, 2025). *Boletín Oficial del Estado*, (179).
- Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. (Diciembre 29, 2004). *Boletín Oficial del Estado*, (313), 1-53. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2004/BOE-A-2004-21760-consolidado.pdf>
- Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio de 2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. (Junio 15, 2021). *Boletín Oficial del Estado*, (134), 1-74. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2021/BOE-A-2021-9347-consolidado.pdf>
- MacKinnon, C. A. (2017). *Butterfly Politics: Essays on Law and Gender*. Harvard University Press.
- Martínez Roig, A. y Sánchez Marín, J. (1989). *Malos tratos institucionales*. En I Congreso Estatal sobre Infancia Maltratada. L'ACIM.
- Ministerio de Igualdad. (2024). *Medidas para la renovación del Pacto de Estado contra la Violencia de Género*. Gobierno de España.
- Ministerio de Igualdad. Asociación de Mujeres Juristas Themis. (2025). *Estudio Tratamiento Judicial dado a mujeres, sus hijas e hijos menores de edad en los procedimientos de derecho de familia en los que se ha constatado la existencia de violencia de género*. Gobierno de España.
- Ministerio del Interior. (2025). Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género (VioGén). <https://sistemaviogen.ses.mir.es/publico/viogen/publicaciones.html>

- Naciones Unidas. (2016). El acceso a la justicia en condiciones de igualdad: Guía de aplicación de las Reglas de Brasilia. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).
- Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. (2024). https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgppj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnnextchannel=ea1732cd1ddaa210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=de fault&vgnnextlocale=es_ES&vgnextoid=d0184e6dd7773910VgnVCM1000004648ac0aRCRD&utm_
- Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer y la niña. (2023). *Informe A/HRC/53/36: Custodia, violencia contra las mujeres y violencia contra niños y niñas*. Naciones Unidas.
- Sillero Crovetto, B. (2022). Régimen de visitas y estancias tras la reforma del art. 94 CC. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (16), 1622-1651.
- Smart, C. (1989). *Feminism and the power of law*. Routledge.
- Smith, C. P. y Freyd, J. J. (2014). Institutional Betrayal. *American Psychologist*, 69(6), 575-587. <https://doi.org/10.1037/a0037564>
- Tribunal Constitucional de España. (Octubre 21, 2022). Sentencia 106/2022, de 13 de septiembre de 2022. *Boletín Oficial del Estado*, (253), 144525-144552. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-17272>
- UNICEF. (2006). *Behind Closed Doors: The Impact of Domestic Violence on Children*. UNICEF.
- UNICEF. (2021). Los derechos de los niños y niñas en contextos de violencia de género. <https://www.unicef.org>
- Vaccaro, S. E. (2012). Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres. Asociación de Psicología Feminista. <https://psicologiafeminista.com>
- Vaccaro, S. E. (2021). *Violencia vicaria: un golpe irreversible contra las madres. Estudio sobre el análisis de datos de casos de violencia vicaria extrema*. Asociación de Mujeres Psicología Feminista.

JUSTICIA SOSTENIBLE Y PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

SUSTAINABLE JUSTICE AND POSITIVE SPECIAL PREVENTION IN ECONOMIC CRIMINAL LAW

■ DR. DANIEL MONTESDEOCA RODRÍGUEZ

Profesor contratado, doctor de Derecho Penal,
director de la Cátedra UNESCO de Derechos Humanos y Democracia,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España

<https://orcid.org/0000-0001-7872-6002>

daniel.montesdeoca@ulpgc.es



Resumen

La justicia sostenible se presenta como un paradigma del sistema penal que lo dota de mayor eficacia en distintos contextos. Esta perspectiva propone integrar principios que prioricen la reparación del daño, la prevención y la reinserción social. En ese marco, la prevención general positiva refuerza la confianza en el orden normativo mediante sanciones efectivas, especialmente, en el Derecho penal económico, en el que la frecuente impunidad merma la confianza ciudadana. Asimismo, la prevención especial positiva ofrece una visión restaurativa funcional al castigo, orientada a la transformación del infractor, sea persona física o jurídica. Su implementación, por conducto de medidas estructurales, programas de cumplimiento normativo y procesos restaurativos, favorece la cultura empresarial transparente y la sostenibilidad penal, y fortalece el sistema en el ámbito del Derecho penal económico. De esta forma, se consolida un modelo más racional, eficiente y humanista, que refuerza, a partir de la justicia sostenible, el Estado de Derecho.

Palabras clave: Justicia sostenible; Derecho penal económico; prevención especial positiva; justicia restaurativa.

Abstract

Sustainable justice is presented as a complementary paradigm to the criminal justice system, making it more effective in different contexts. This perspective proposes integrating sustainability principles into criminal justice, prioritizing reparation, prevention, and social reintegration. Within this framework, positive general prevention reinforces confidence in the normative order through effective sanctions, especially in economic criminal law, where frequent impunity undermines public trust. Likewise, positive special prevention offers a restorative approach functional to punishment, aimed at transforming the offender, whether individual or legal entity. Its implementation, through structural measures, compliance, and restorative processes, fosters a transparent business culture and criminal sustainability, strengthening the system in the area of economic criminal law. In this way, a more rational, efficient, and humanistic model is consolidated, which, through sustainable justice, reinforces the rule of law.

Keywords: Sustainable justice; economic criminal law; positive special prevention; restorative justice.

Sumario

I. Introducción; II. Fundamentación de la justicia sostenible; 2.1. Justicia penal, sostenibilidad y paradigma restaurativo; 2.2. Impacto de la prevención general positiva en la construcción de una justicia sostenible; III. Derecho penal económico en el contexto de la justicia sostenible; 3.1. Sostenibilidad penal; 3.2. Prevención especial positiva como elemento de la justicia sostenible; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de desarrollo sostenible (ODS) 16 de las Naciones Unidas, tiene como meta la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas, que buscan garantizar el acceso a la justicia para todos, y ahondan en la creación y gestión de instituciones eficaces, responsables y transparentes con la finalidad de generar paz, prosperidad y la protección del planeta. Es por ello que se encuentra presente en todas sus formas en la Agenda 2030.

Entre sus principales elementos se halla la promoción del Estado de Derecho, que asegura el desarrollo de las leyes y su aplicación de forma equitativa, de modo que todas las personas tengan acceso a la justicia. El ODS 16 busca combatir no solo las consecuencias de la crisis ambiental, sino también todas las formas de violencia y corrupción, así como aquella criminalidad originada por la delincuencia organizada. Para ello, deviene necesario fomentar el desarrollo de instituciones eficaces, responsables y transparentes en todos los planos.

Desde este complejo y heterogéneo marco discurre la justicia sostenible como parte fundamental del desarrollo sustentable, ya que la paz y la prosperidad no pueden mantenerse sin garantías de acceso a sistemas justos y accesibles para todas las personas.

En un contexto global definido por las consecuencias de la crisis ambiental, el aumento de las desigualdades sociales y la pérdida de confianza en los sistemas penales tradicionales, se despliega el concepto de justicia sostenible como un complemento que coadyuva a integrar los principios de sostenibilidad en el ámbito del sistema de justicia. A pesar de su reciente aparición en el discurso jurídico, esta noción impulsa los fines y medios del Derecho penal, y un enfoque más humanista, restaurativo y orientado a la prevención de los conflictos sociales.

Enseguida se analizará el concepto de justicia sostenible desde una perspectiva multidisciplinar, su relación con el Derecho penal y su proyección en la política criminal. Para ello, se examinan los vínculos entre sostenibilidad y justicia penal, así como la necesidad de adoptar modelos de justicia penal que integren las dimensiones ambiental, social y económica del desarrollo sostenible.

II. FUNDAMENTACIÓN DE LA JUSTICIA SOSTENIBLE

El concepto de sostenibilidad, popularizado a partir del *Informe Brundtland* (1987), ha sido adoptado progresivamente por distintas áreas del Derecho, entre ellas el Derecho penal económico, incluido el ambiental (Alastuey, 2000, pp. 222). Según el documento, el desarrollo sostenible es aquel que puede satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas. Este concepto integra un enfoque intergeneracional orientado a la responsabilidad colectiva.

En el plano jurídico, la sostenibilidad se ha transformado en un principio transversal con influencia en la formulación de políticas públicas (Ordóñez, 2018, p. 3) y para el que la justicia sostenible se presenta como un paradigma complementario a la justicia penal, que despliega sus efectos en los ámbitos de la resolución efectiva de conflictos y la garantía de los derechos fundamentales, especialmente los jurídico-penales.

La justicia sostenible se vincula, necesariamente, con la equidad en todas sus dimensiones: social, económica, ambiental y generacional. Desde este prisma, el concepto de justicia trasciende la concepción clásica de justicia retributiva e incorpora una visión más compleja, pero con mayor eficacia, en la cual se reconoce la importancia de la reparación del daño desde la vía de la sostenibilidad (Sen, 2013, p. 12).

El modelo de justicia penal, caracterizado por un enfoque punitivo que se centra, principalmente, en la concepción retribucionista, ha demostrado ser ineficaz para lograr reducir la reincidencia, reparar el daño causado a las víctimas o prevenir los factores criminógenos porque tiende a fomentar las desigualdades sociales de acceso a la justicia, y afecta de modo directo a los grupos de mayor vulnerabilidad, con lo cual agrava las condiciones de exclusión social (Jakobs, 2003, p. 27).

Desde una perspectiva de sostenibilidad, este modelo resulta inconsistente debido a la gran cantidad de recursos económicos, humanos e institucionales que consume, sin ofrecer soluciones eficaces desde la perspectiva de la política criminal. Por el contrario, la justicia sostenible propone una reorientación del sistema penal hacia estrategias restaurativas que prioricen la reparación del daño, la reintegración del ofensor y la prevención efectiva de la criminalidad.

2.1. JUSTICIA PENAL, SOSTENIBILIDAD Y PARADIGMA RESTAURATIVO

El Derecho penal económico evoluciona progresivamente al paradigma de la justicia sostenible, con lo cual sitúa la protección de bienes jurídicos económicos en línea con los desafíos sociales y ambientales establecidos por la Agenda 2030 y los ODS.

El Derecho penal económico incorpora el concepto de sostenibilidad tanto en la protección del medio ambiente como en la tutela de

intereses económicos que impactan socialmente. Las reformas recientes tienden a fomentar la prevención de delitos económicos con la finalidad no solo de castigar, sino de proteger bienes jurídicos vinculados con el desarrollo sostenible, al integrar criterios sociales, económicos y ambientales en la política criminal.

Al hilo de la cuestión, la justicia restaurativa, entendida como complemento al sistema penal que busca involucrar activamente a las víctimas, los infractores y las comunidades en la resolución de los conflictos derivados del delito, se alinea plenamente con los principios de la justicia sostenible.

Este enfoque, que busca sanar en lugar de castigar, procura el equilibrio de la solución del conflicto penal y sopesa las necesidades de la víctima y del victimario, promueve espacios de diálogo en los que se incorporan técnicas de procesos restaurativos y fomenta la cultura del diálogo, ya sea de forma directa o indirecta (Zehr, 2002, p. 8).

La justicia restaurativa es más eficiente en cuanto a la utilización de recursos y genera menores costos sociales; con ello, aporta mayor eficacia al sistema penal, contribuye a la sostenibilidad de la administración de justicia, alivia la carga de las instituciones judiciales y penitenciarias, y aumenta la confianza de la sociedad.

Los principios teóricos del paradigma restaurativo se asientan sobre tres importantes columnas. La primera de ellas es la de recomponer la situación, en la medida de lo posible, y restaurar a su estado original a aquellos sujetos que han sido perjudicados por la comisión del delito; la segunda, reside en ofrecer la posibilidad de participar voluntariamente en la respuesta a quienes han resultado involucrados o afectados por el delito más directamente; y, la tercera consiste en ayudar a la comunidad a construir la paz social y mantenerla, teniendo en cuenta que el Estado es el garante de preservar el justo orden público.

Esta filosofía restaurativa no puede conducirse de forma extraña al Derecho penal. Su complementariedad con este sistema es, por tanto, indiscutible, si bien debe cimentarse en principios penales básicos y no excluyentes que ofrezcan el suficiente soporte para su aplicación: proporcionalidad, oportunidad y resocialización.

El principio de proporcionalidad o prohibición del exceso sigue la máxima de que la intervención restrictiva de los poderes públicos

sobre los derechos de los ciudadanos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada.

El poder punitivo del Estado ha de estar regido y limitado por el principio de intervención mínima —manifestación del de proporcionalidad—, que sustenta la idea de que el Derecho penal solo debe (y puede) intervenir en los casos de ataques a los bienes jurídico-penales más importantes. Por tanto, también, le corresponde el restablecimiento de la paz social alterada por el comportamiento desviado delictivo (Hassemer, 2002, p. 15).

Ahora bien, las alabanzas a la idea de Derecho penal mínimo no devienen de forma necesaria en la necesidad de orillar o eludir intereses de naturaleza colectiva. Dicho de otro modo, los procesos restaurativos sirven, también, frente a delitos que tutelan bienes jurídico-penales colectivos, lo que resulta de especial relieve aquí, pues la inmensa mayoría de los tipos penales en los que se prevé la responsabilidad criminal de una persona jurídica tutelan intereses supraindividuales.

Eso sí, como es sabido, su intervención queda supeditada a la constatación de la insuficiencia de otras ramas del ordenamiento jurídico y, de este modo, toma carta de naturaleza el carácter subsidiario del Derecho penal, conjugado, a su vez, con el fragmentario, esto es, la selección de las conductas más graves e intolerables.

Resulta claro, asimismo, que minimizar la intervención del Derecho penal como esencia de *ultima ratio* es una premisa político-criminal que debe tener en cuenta el legislador, pero que, en la práctica, colisiona con las exigencias marcadas por el principio de legalidad, en el sentido de que al propio legislador le compete definir, con el establecimiento de tipos y sanciones, la frontera de la intervención del Derecho penal.

De otro lado, el principio de intervención mínima se entiende, únicamente, si se encuentra integrado en un marco de cambio social con la orientación puesta en la descriminalización de determinados actos o comportamientos que han dejado de tener, con carácter general, reproche social, pero también, si atiende a la dirección inversa que conduzca a la criminalización de ataques a bienes jurídicos que esa transformación social ha convertido en trascendentes.

El principio de proporcionalidad puede desplegarse por igual como consecuencia de la previsión legislativa de la pena, lo que exige una

adecuada relación entre la gravedad de la sanción penal y la significación del bien jurídico que protege la figura delictiva y las concretas formas de ataque por parte de un determinado comportamiento delictivo (Mata, 2016, p. 10).

En este marco de actuación, la vía restaurativa se presenta como una herramienta sólida y eficaz, en la medida en que el principio de proporcionalidad puede expandirse conforme con la aplicación judicial, en tanto que en las respectivas resoluciones se motive la pena desde una perspectiva garantista. Esta se concreta con la determinación de los grados máximos de penalidad, que permite la reducción y sustitución de la sanción penal, y llega, en supuestos concretos, a prescindir de la pena.

De otro lado, la exigencia contenida en el principio de oportunidad no resulta violentada ante la posibilidad de acordar la incorporación y utilización de vías de carácter restaurativo en el funcionamiento del sistema penal. De este modo, apoyarse en el principio de oportunidad en la praxis judicial significa disponer del ejercicio de la acción, en determinadas situaciones; de esta forma se facilita la expansión de la utilización de instrumentos restaurativos en el curso del procedimiento penal.

Esta dirección que apunta hacia criterios de oportunidad favorece un mayor protagonismo de la víctima en el proceso penal y permite reforzar su figura en el establecimiento de la reparación del daño, con lo cual brinda posibilidades de aplicación de la vía restaurativa en el proceso penal, al tiempo que mantiene las exigencias que, sobre derechos fundamentales, asisten al supuesto victimario o autor de un delito.

En ocasiones, se introduce de manera confusa un requisito en el que se determina que «el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad» —Artículo 15.1, inciso a), Ley 4 del estatuto de la víctima del delito (2015, p. 14)—. Debe resultar indubitado que al acusado le asiste el derecho a la presunción de inocencia, rodeado de las necesarias garantías; por tanto, la previa participación voluntaria en el cauce restaurativo no debe considerarse un reconocimiento anticipado de la responsabilidad.

Los principios básicos del Manual sobre programas de justicia restaurativa, desarrollado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2006) recomiendan que los procesos restaura-

tivos solamente se usen cuando hay razones suficientes para formular cargos contra el infractor y se cuenta con su consentimiento libre y voluntario, el que podrá retirar en cualquier momento durante el proceso; también, se requiere darle acceso a asesoría legal o información, y el cumplimiento del compromiso que él hace como parte en el acuerdo es, tal vez, aún más importante. Este segundo aspecto debe comprometer a los ofensores directamente, porque así demuestran que han aceptado la responsabilidad de su conducta y están preparados para responsabilizarse de manera real y práctica. De otro lado, es incierto el motivo habitualmente utilizado como argumento contrario a la introducción del proceso restaurativo, como complemento en el proceso penal, consistente en que puede quebrar el principio de legalidad porque las posibles vías de carácter restaurativo se deben encontrar bajo la protección, el control y la exigencia de una legislación que las regule y plasme las fases del proceso por escrito, para constatación fehaciente, más cuando se trata de acuerdos conducentes a la reparación del daño.

Por ello, resulta necesario que las conclusiones del facilitador, así como el contrato o el documento en el que se recoja el acuerdo alcanzado en el marco del proceso restaurativo, sea elevado al juez o tribunal y al ministerio fiscal, con el fin de que puedan adoptarse decisiones con respecto a los efectos jurídico-penales que traen causa de aquel.

La justicia restaurativa extrae las herramientas necesarias para perfeccionar la conexión entre las penas y la reinserción del infractor, su reducción y rehabilitación; así, se aparta la sanción penal de una finalidad exclusivamente retributiva y se la dota, en esencia, de potencial reducativo. Partiendo de esta premisa, el proceso restaurativo podría ser un complemento que, por medio de la reparación eficaz, ayude a la finalidad de la reinserción, y aporte herramientas al sistema de justicia penal que, de ser utilizadas, ampliarían el espectro o alcance del fin preventivo-general del Derecho penal.

Es claro, pues, que las bondades de la justicia restaurativa solo pueden entenderse si esta se mantiene dentro del exclusivo ámbito de la justicia penal, pues de lo contrario disminuiría su carga intimidatoria (Roxin, 1992, p. 394).

De esa manera, el esfuerzo realizado por el victimario, conducente a la reparación del daño causado, puede tener un potencial efecto en

la minimización de los factores criminógenos, como consecuencia de la situación empática con la víctima, en el sentido de la comprensión del daño causado, con lo cual se limita el replicado de su conducta y se favorece la reducción de los riesgos de reincidencia delictiva.

Bajo esta filosofía se puede entender que el desarrollo de la práctica restaurativa y su aplicación se acomoden a todos los supuestos de comisión delictiva, con independencia de su naturaleza y de gravedad. A pesar de que las sanciones penales determinadas se correspondan con la trascendencia de la protección del bien jurídico, incluso en los supuestos de mayor gravedad es posible la aplicación de técnicas restaurativas que coadyuven a la reparación del daño causado.

La reparación es uno de los conceptos fundamentales de la justicia restaurativa. Constituye, por un lado, la esencia de la restauración del daño causado a la víctima y la consecución del esfuerzo del ofensor en ofrecer, con su participación en el proceso, la posibilidad de satisfacer las necesidades del perjudicado (Tamarit, 2012, p. 63); por el otro, es concebida históricamente como un efecto de la responsabilidad civil derivada del delito, entendida como un mecanismo de compensación económica del daño producido a consecuencia de un hecho delictivo (Manzanares, 2007, p. 103).

Por la vía de la responsabilidad civil, los tribunales cuantifican en términos monetarios el costo del delito, tanto en los perjuicios materiales o daños físicos, como en los psíquicos. La justicia restaurativa reclama la necesidad de una nueva concepción de la reparación de forma integral, en la que se tenga en cuenta el conjunto de los daños causados a la víctima, con especial atención al psíquico y el emocional; como respuesta, se espera del ofensor una conducta reparadora distinta de la puramente económica (Martínez, 2012, p. 35). Este sentido más profundo y más justo de la reparación se expresa, también, a favor de la comunidad, afectada de forma indirecta por el hecho delictivo, lo que alcanza su mayor sentido en los delitos sin víctima o con víctima no participante en el proceso restaurativo, en particular, aquellos en los que mayoritariamente se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Una concepción restaurativa e integral de la reparación lleva a entender que esta se encuentra asociada a una serie de elementos que permiten garantizarla. Así, una nota esencial es la idea de re-

paración según la propia capacidad, que permite atribuir validez a actos de satisfacción parcial, cuando el responsable cumpla con lo exigible, según sus circunstancias personales y sociales. Esta idea se intensifica en la medida en que se exija del infractor, en todo caso, un esfuerzo reparador como condición necesaria para atribuir valor a su acto, de modo que compense el desvalor propio de la acción delictiva (Tamarit, 2012, p. 13). De acuerdo con esta concepción, la reparación no es una magnitud que pueda determinarse de modo estático, sino que es posible calibrar la calidad del acto reparador y su valor al efecto de atribuirle consecuencias jurídicas.

La concepción dominante con respecto a los fines de la pena tiende a acentuar los aspectos preventivo-generales y, normalmente, en segundo término, los preventivo-especiales. Tanto una finalidad como la otra son explicadas, a la vez, en dos dimensiones, positiva y negativa. Una respuesta al delito de tipo restaurativo contiene elementos comunes con la primera de ellas, en la prevención general, mediante la idea de restauración de la confianza y los vínculos comunitarios rotos por el delito; y en la especial, en el objetivo de la reintegración social del ofensor (rehabilitación). La segunda (disuasión en la prevención general e incapacitación en la prevención especial) permanecerá más alejada del ideal restaurativo.

Por otra parte, puede pensarse que la pena impuesta en un proceso penal contiene, en potencia, cierto poder reparador para la víctima, por su capacidad de afirmar la verdad con respecto a lo sucedido y restablecer la dignidad ofendida, para compensar el sentimiento de humillación. Pero los ingredientes reparadores del proceso penal pueden aparecer más evidentes, si se arbitran mecanismos mediante los cuales ellos puedan materializarse con mayor eficacia, como, por ejemplo, una declaración en sentencia de los efectos que el delito ha tenido para la víctima.

El proceso penal tan solo puede satisfacer tales necesidades reparadoras de manera muy limitada y en ello interfieren los mecanismos de victimización secundaria, incluidos los efectos de la defensa del ofensor (sobre todo la negación del hecho) o el riesgo de sobreseimiento o absolución (en los supuestos en que el imputado sea efectivamente el infractor, pero no se haya podido probar). Asimismo, la condena del agresor no siempre tiene un efecto benéfico en la víctima, sino que, en ciertos delitos, esencialmente aquellos en que existe un vínculo emocional, se produce el efecto contrario,

pues puede distorsionarse la realidad y alimentar el sentimiento de culpa, de tal modo que la ejecución de la pena puede tener efectos indirectos para aquella.

En este sentido, debe ser matizada la fórmula según la cual la reparación puede servir como subrogado parcial de la pena. Las consecuencias de la acción reparadora integral respecto a la responsabilidad penal del infractor pueden variar según la naturaleza y gravedad del delito, así como la fase en que se produzca. En la doctrina penal no existe consenso en cuanto a ello, en la medida en que la decisión sobre la intensidad de estos efectos puede depender del valor de acción del acto reparador, del valor de resultado o de ambos. Adoptando una concepción de síntesis entre ambos conceptos, el carácter valioso de la acción (esfuerzo reparador) sería condición necesaria para que la reparación pudiera surtir efectos a favor del infractor, y el alcance del resultado reparador permitiría modular la respuesta, en el sentido, por ejemplo, de disminuir más o menos la pena a imponer.

Los efectos de la reparación en el proceso penal pueden derivar de la participación del imputado en un proceso restaurativo, pero también de una acción reparadora, que deberá, de igual modo, reunir las condiciones necesarias para que pueda ser merecedora de valor compensatorio del injusto de hecho. En el plano teórico, tan solo cabrá asumir el valor del acto reparador con capacidad de servir como subrogado de la pena en la medida en que contenga el reconocimiento del hecho y de los daños en la víctima, y que implique un esfuerzo reparador. Uno y otro deberían ser adecuados y proporcionados al tipo de victimización causada, teniendo en cuenta si se trata de un daño material o psíquico y el alcance de ambos. Los procesos de justicia restaurativa están, pues, en condiciones de satisfacer mejor los fines reparadores propios de la pena, e incidir así, aunque sea de forma parcial, en los fines de prevención general y especial positivas.

2.2. IMPACTO DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA JUSTICIA SOSTENIBLE

La justicia sostenible implica una visión integral en la que el Derecho penal actúa como motor de cambio social e incentiva comportamientos responsables en personas jurídicas y agentes económicos. Esto incluye la promoción de mecanismos de cumplimiento norma-

tivo que fomenten la diligencia debida empresarial y la necesidad de fortalecer el cuidado medioambiental, para alinear la defensa penal del medio ambiente con estándares de sostenibilidad y protección de derechos fundamentales.

La tendencia en la legislación europea apunta hacia la reforma integral del Derecho penal ambiental y económico, la disminución de la tolerancia a actividades contaminantes y el mejoramiento de la eficacia de la persecución de los delitos ecológicos. Se debe impulsar la colaboración internacional y la consolidación institucional para garantizar la igualdad de acceso a la justicia, reducir flujos financieros ilícitos y fortalecer las instituciones.

La sostenibilidad, por tanto, también implica considerar el impacto ambiental del sistema de justicia penal; avanzar hacia una justicia sostenible significa que los Estados adopten sus políticas públicas en este sentido.

Lejos de ser una idea utópica, la justicia sostenible constituye un ejemplo para mirar hacia un horizonte ético y político necesario, que obligue a repensar las funciones del Derecho penal en las sociedades actuales. Su desarrollo teórico e implementación práctica, perfectamente adaptables y compatibles con los sistemas penales de justicia, deben estar en las agendas de los legisladores que busquen políticas criminales contemporáneas estructuradas en sinergias transformadoras.

El Derecho penal contemporáneo, alimentado de forma multidisciplinar por las distintas ciencias forenses, se debe adaptar a los avances sociales al objeto de no restarles eficacia. En este contexto situacional, la prevención general positiva, como teoría que postula la función integradora y motivadora de la sanción penal, adquiere una importancia renovada. Más allá de su función instrumental en la legitimación del sistema penal, esta forma de prevención puede desempeñar un papel trascendente en el tránsito hacia una justicia sostenible, entendida como aquella capaz de equilibrar eficacia punitiva, equidad social y responsabilidad intergeneracional.

Como antecedente a la prevención especial positiva, es necesario adentrarse ahora, al menos en forma de glosa, en la teoría de la prevención general positiva que se enmarca en las concepciones utilitaristas de la pena y distingue de la prevención general negativa en que esta se fundamenta en la capacidad de disuasión delictiva a través del temor al castigo, en tanto aquella recoge, como idea prin-

cial, que el Derecho penal debe influir en la conciencia jurídica colectiva, y reforzar la confianza en el orden normativo y la adhesión voluntaria a la norma, para motivar al sujeto. De esta forma, la pena, como forma de materializar el reproche penal, cumple una función de confirmación de la vigencia de la norma y de fortalecimiento de la expectativa normativa, con lo cual contribuye a la estabilidad social (Roxin, 1997, p. 79). No se busca atemorizar, sino estimular el cumplimiento normativo mediante la persuasión racional y el refuerzo del sentido de justicia en la comunidad.

La prevención general positiva se alinea con una concepción moderna del Derecho penal, en la que el castigo no es un fin en sí mismo, sino un medio para garantizar la convivencia pacífica mediante el respeto compartido a las normas fundamentales. La pena, en este modelo, se justifica en tanto refuerza la cohesión social, promueve la confianza en las instituciones y en la justicia penal.

Como ya se ha señalado, la justicia sostenible replantea la efectividad del sistema penal no desde la inmediatez, sino a partir de su impacto a largo plazo en el tejido social, la protección del medioambiente y aquellas condiciones estructurales que actúan como factores de riesgo de la criminalidad. El castigo, por tanto, deja de evaluarse solo en función de su eficacia retributiva o disuasoria, y se analiza su costo social, humano e institucional. La sostenibilidad exige medidas proporcionales, restaurativas y orientadas a prevenir las causas profundas de los conflictos sociales. La ausencia de estos elementos es un síntoma evidente de un modelo penal agotado. Un sistema penal que renuncia a sus límites garantistas pone en riesgo su propia legitimidad (Ferrajoli, 2005, pp. 543-547).

Aquí es donde la prevención general positiva puede ofrecer una vía menos retribucionista y contribuir a una justicia que no acote sus fronteras en el castigo, sino que fortalezca el tejido normativo-social mediante el reconocimiento compartido del valor de la norma, de forma tal que provoque una mejora en los medios de rehabilitación del ofensor.

Una de las principales bondades de la prevención general positiva es que reduce la necesidad de recurrir al castigo como única forma de control social formal. Al fomentar el respeto voluntario a la norma y motivar al sujeto, se evita la sobreutilización del sistema penal y se abren caminos hacia formas más eficaces de resolución de conflictos

que deriven, incluso, estos problemas a otras esferas del Derecho, como forma de subsidiariedad del Derecho penal, bajo el principio de intervención mínima.

La prevención general positiva promueve la confianza ciudadana en el sistema penal de justicia y su administración, lo cual deviene necesario para una justicia sostenible, ya que solo puede pervivir a largo plazo un sistema que goce de legitimidad social.

La sostenibilidad penal requiere, además, una ciudadanía educada jurídicamente, que comprenda los valores fundamentales que el Derecho protege y los comparta. El papel transformador de la prevención general positiva puede encaminarse hacia una prevención primaria que adquiera una dimensión educativa que sirva para dar impulso a las políticas criminales y su correcta difusión en la comunidad social, de suerte que posibilite un incremento del interés por la participación ciudadana y una más adecuada prevención del delito, basada en la inclusión social.

La prevención general positiva es compatible de manera absoluta con las vías restaurativas, ya que sus caminos se orientan a reforzar el respeto a la norma mediante la adecuada asunción de la responsabilidad por parte del infractor y la efectiva reparación del daño en la víctima del delito. Ambas convergen en compartir una visión constructiva de la respuesta penal, en la cual el castigo no es fin, sino medio para restaurar el equilibrio social y reafirmar el orden normativo; por ello, su aplicación debe enmarcarse en un modelo penal mínimo, racional y orientado por los principios de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad. Solo así la prevención general positiva puede contribuir de modo efectivo a una justicia penal verdaderamente sostenible.

En el contorno propio del paradigma de la sostenibilidad, la prevención general positiva ofrece herramientas para un sistema penal más eficiente, justo y respetuoso de los derechos fundamentales porque su articulación complementaria con prácticas restaurativas, medidas no privativas de libertad y políticas públicas educativas refuerza su potencial transformador en la práctica penal.

El camino consiste en evitar la instrumentalización simbólica y garantizar que esta forma de prevención se inserte en proyectos de política criminal respetuosos con los límites constitucionales y comprometidos con una visión humanista del castigo. Así las cosas, la teoría de

la prevención general positiva ha experimentado en los últimos años una notable renovación doctrinal. El redimensionamiento del Derecho penal en sociedades pluralistas, la crisis de legitimidad de los sistemas punitivos y la búsqueda de respuestas más eficaces, humanas y sostenibles han contribuido a impulsar esta teoría desde nuevas perspectivas normativas, criminológicas y político-criminales.

Desde sus inicios en la dogmática penal alemana, la prevención general positiva plantea que la pena cumple una función social constructiva: no busca atemorizar, como lo haría la prevención general negativa, sino reforzar la vigencia de la norma y consolidar el consenso social en torno a los valores que el Derecho penal protege (Silva, 2001, p. 47).

En esta visión clásica, el castigo opera como un mensaje de reafirmación del orden jurídico y la pena se justifica no tanto por el daño causado por el delito, sino por la necesidad de preservar la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma (Roxin, 1997, pp. 76-78).

En las últimas décadas, esta teoría ha evolucionado desde una visión puramente funcionalista hacia un enfoque comunicativo y normativo, influenciado por la teoría de la acción comunicativa (Habermas, 1987, p.15). Este enfoque sostiene que la pena debe ser entendida como un acto de comunicación institucional que reafirma la vigencia de la norma violada, desde un diálogo racional y no impositivo. Por consiguiente, la prevención general positiva solo puede justificarse si respeta principios como la proporcionalidad, la dignidad humana y la transparencia.

Una tendencia clara es el abandono de la disuasión como justificación principal de la pena. La prevención general positiva moderna no pretende influir en el comportamiento mediante el miedo, sino fortalecer el compromiso ciudadano con la legalidad. Esto se traduce en políticas criminales que enfatizan la claridad normativa, la motivación racional del castigo y la pedagogía jurídica, las que encuentran acomodo en la educación en valores normativos y la interiorización de las reglas sociales que se convierten en objetivos legítimos del sistema penal moderno.

Si el objetivo es motivar el respeto a la norma, la restauración del vínculo social roto por el delito cumple un papel fundamental, en el que los procesos pueden funcionar como mecanismos eficaces de prevención positiva, al permitir que tanto los protagonistas del conflicto

penal como la comunidad reafirmen la satisfacción de sus necesidades sin recurrir únicamente a los castigos tradicionales.

En este contexto, la prevención general positiva se presenta como una alternativa más sostenible que el castigo retributivo o el populismo punitivo, al promover el respeto a la ley sin necesidad de recurrir a penas severas o costosas. A la vez, se promueven respuestas penales con alto valor para las víctimas del delito, pero de bajo impacto destructivo para el condenado, de ahí que se refuerza su rehabilitación y reintegración en la sociedad.

No es casualidad, por tanto, que las tendencias actuales de la prevención general positiva muestren una evolución hacia un modelo más racional, restaurativo y sostenible que, más allá de una simple teoría de la intimidación, adquiera una nueva relevancia como estrategia de afirmación del Derecho, capaz de reforzar la confianza en las normas y en las instituciones sin recurrir a la violencia punitiva.

III. DERECHO PENAL ECONÓMICO EN EL CONTEXTO DE LA JUSTICIA SOSTENIBLE

El Derecho penal económico ha adquirido creciente protagonismo ante fenómenos como la criminalidad corporativa, la corrupción pública y privada, el fraude fiscal y el lavado de activos, pero sobre todo frente a la protección penal del medioambiente. En este contexto, surgen interrogantes sobre las funciones de la pena y su legitimidad, especialmente cuando los infractores, bien sean personas físicas o jurídicas poseen poder económico o influencia institucional (Jakobs, 2003, p. 31).

El Derecho penal económico presenta peculiaridades que lo diferencian de la criminalidad común: la complejidad técnica de los delitos, la opacidad de las estructuras organizativas, la baja visibilidad social de las consecuencias del daño causado y la intervención delictiva de sujetos activos con posición de poder. Estas características dificultan la imputación penal tradicional y generan tensiones entre eficacia, legalidad y proporcionalidad de la justicia penal. Ello añade complejidad a la reparación eficaz del daño.

Además, el uso simbólico o selectivo del castigo ha erosionado la confianza en la justicia penal frente a infractores que, en la mayoría de los

casos, gozan de influencia social y política, lo que obliga a replantear el papel de la pena en este contexto.

En los entornos empresariales, en los que predominan lógicas utilitaristas (como la maximización de beneficios), la prevención positiva permite insertar el valor de la legalidad en la cultura corporativa. La imposición de sanciones transparentes y eficaces puede motivar a las corporaciones y empresas a procesos de autoregulación, por la vía de mecanismos como el *compliance* penal.

Los delitos económicos no solo afectan determinados bienes jurídicos, sino que van mellando la confianza ciudadana en el sistema económico y en las instituciones. Por ello, la aplicación de sanciones penales eficaces en este ámbito debe cumplir una función simbólica importante, al transmitir a la sociedad el mensaje de que el Estado protege los principios de equidad, legalidad y transparencia (González, 2020, p. 122). La prevención positiva contribuye así a mantener la expectativa colectiva de cumplimiento de las normas.

En muchos casos, el castigo penal selectivo o ineficaz frente a élites económicas o políticas genera la percepción de que el Derecho penal no se aplica a todos por igual. La prevención positiva, al insistir en la función comunicativa de la pena, exige que la reacción penal ante los delitos económicos tenga una intensidad simbólica suficiente para reafirmar la igualdad jurídica. Sin embargo, esa función debe ejercerse entre límites garantistas, para evitar la caída en el sesgo de una política criminal basada en castigos ejemplarizantes o desproporcionados.

Cierto es que la aplicación del Derecho penal económico suele encontrarse con dificultades probatorias importantes: estructuras empresariales complejas, autoría mediata, omisiones impropias, etc. Así las cosas, se corre el riesgo de que la prevención positiva sea instrumentalizada políticamente. El legislador debe evitar que el Derecho penal se convierta en un instrumento de política simbólica desvinculado de sus garantías estructurales.

3.1. SOSTENIBILIDAD PENAL

El Derecho penal sostenible puede definirse como aquel que, en el marco del Estado constitucional de Derecho, orienta su intervención a la protección de bienes jurídicos esenciales para la sostenibilidad eco-

nómica, social y ambiental, de manera compatible con los principios de última ratio, proporcionalidad y culpabilidad.

La sostenibilidad penal exige respuestas proporcionadas, efectivas y con una reducción considerable en la utilización de recursos públicos. Si se entiende desde este prisma, resultará menos complejo acomodar la integración de la prevención positiva en este contexto, más teniendo presente que de ella se desplegarán aquellas medidas alternativas a la prisión que tengan alto impacto normativo, pero bajo costo institucional.

En el plano internacional, la visibilidad de sanciones penales contra prácticas corruptas o fraudulentas puede tener efectos preventivos de alcance global reforzar principios éticos compartidos y legitimar la promoción de la cooperación jurídica internacional (Höffe, 2013, p. 70).

La prevención general positiva representa así una herramienta teórica valiosa para justificar la intervención penal en el ámbito económico y orientarla. Su enfoque permite abordar la criminalidad económica desde una perspectiva integral, y fortalecer la conciencia jurídica y la confianza en el Estado de Derecho.

La sostenibilidad penal bajo el binomio entre justicia sostenible y Derecho penal económico se vincula con la idea de que las decisiones jurídicas deben contribuir al logro de los ODS. Por tanto, supone que la política criminal no solo proteja bienes jurídicos clásicos, sino que se articule con la sostenibilidad económica, social y ambiental, en pos de garantizar la preservación de recursos para las generaciones futuras.

Desde este prisma, se podrá entender que los delitos contra el medioambiente y el Derecho penal de la empresa son ejemplos claros de cómo el Derecho penal económico puede ser orientado hacia la protección de un modelo de desarrollo sostenible. No debe olvidarse que la criminalidad corporativa vinculada con la evasión fiscal, la corrupción y los delitos financieros erosiona los objetivos de justicia social y ambiental, ya que reduce la capacidad de los Estados para gestionar políticas de sostenibilidad.

La sostenibilidad se ha consolidado como paradigma transversal del Derecho contemporáneo, especialmente tras la adopción de la Agenda 2030 de Naciones Unidas. En este marco, el Derecho penal económico, tradicionalmente orientado a la protección del orden

socioeconómico y financiero, enfrenta el reto de adecuar sus fines a las exigencias de una justicia sostenible y, como se ha señalado anteriormente, esta última no se limita a la función de la preservación medioambiental, sino que busca garantizar el equilibrio económico, social e intergeneracional como presupuesto de legitimidad del *ius puniendi*, al que otorga así el carácter de sostenibilidad.

En este sentido, el Derecho penal económico surge como respuesta a fenómenos de criminalidad compleja, pero no puede limitarse a la protección formal del mercado, sino que debe incorporar la dimensión de la justicia social y la equidad intergeneracional. Ello implica que la política criminal debe trascender el enfoque represivo y orientarse hacia la prevención, la reparación y la adecuada rehabilitación y reinserción del infractor, en aras de reducir los factores criminógenos.

El enfoque preventivo en esta compleja área sí es posible, en la medida en que una política criminal económica orientada a la sostenibilidad impulse la creación y el uso de programas de cumplimiento normativo, y fomente la debida diligencia empresarial y la autorregulación, como límites a la aparición de comportamientos desviados y delictivos.

La prevención, por consiguiente, es esencial. A la par que la justicia sostenible busca evitar daños irreparables, el Derecho penal económico incorpora instrumentos como el *compliance* corporativo y la debida diligencia en materia ambiental, social y de gestión.

La sostenibilidad, por su propia naturaleza polisémica (económica, social, ambiental, intergeneracional), encaja perfectamente en la lógica expansiva del Derecho penal: es un concepto abierto que permite justificar la intervención penal en múltiples ámbitos (delitos ambientales, económicos, de consumo, societarios, etcétera).

El primer problema radica en la indeterminación del bien jurídico. La sostenibilidad no es un objeto unitario, sino una fuente de principios que abarca desde la protección del medioambiente hasta distintas formas de criminalidad económica, de ahí que pretender tipificar conductas por atentar contra la «sostenibilidad» genere problemas de legalidad y taxatividad, pues el ciudadano no puede prever con claridad el alcance de la prohibición.

El segundo problema es el uso instrumental y simbólico del Derecho penal. Tipificar nuevos delitos verdes o económicamente sostenibles puede servir más a la retórica política que a la citada prevención. Un ejemplo ilustrativo es el debate europeo sobre la criminalización del *greenwashing*. Si bien se trata de una práctica reproachable, su represión penal podría responder más a la presión social que a una necesidad estrictamente penal. En cambio, la persecución sí tendría sentido, cuando estas conductas generen importantes daños a la salud de la ciudadanía.

Por tanto, la sostenibilidad implica la protección de bienes jurídicos también a largo plazo y de carácter global, aunque ello complica la concurrencia de la relación en los nexos causales y la imputación de responsabilidades individuales. Este fenómeno recuerda los problemas clásicos del Derecho penal ambiental, en el que los daños suelen ser acumulativos, difusos y transnacionales.

Las empresas multinacionales desempeñan un rol central en la sostenibilidad. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, combinada con mecanismos de *compliance*, orientados a estándares ambientales, sociales y de eficiencia en la gestión, se convierte en una pieza clave del modelo sostenible.

La sostenibilidad debe informar políticas preventivas y administrativas como paso previo a la intervención penal, y desplegar los efectos de este como última *ratio*. El Derecho penal solo deberá intervenir en conductas dolosas o imprudentes con impacto directo y demostrable en el ámbito de la sostenibilidad.

Tal enfoque es un objetivo legítimo y necesario de las políticas públicas contemporáneas. Se requiere, por tanto, un marco de responsabilidad penal corporativa garantista, que evite trasladar de manera injusta las cargas derivadas de riesgos estructurales o sistémicos a las personas físicas, y disminuya los riesgos de que, bajo el discurso de la sostenibilidad, se sostenga la impunidad estructural y se genere un Derecho penal *verde* para los sujetos débiles y *blanco* para los sujetos influyentes. Solo bajo estas condiciones la sostenibilidad podrá alcanzar un horizonte legítimo para la intervención del Derecho penal en este ámbito, sin sacrificar los pilares básicos del Estado de Derecho.

En este marco, surge la discusión sobre la posibilidad y necesidad de un Derecho penal sostenible, entendido como aquel que contribuye a la preservación de bienes jurídicos medioambientales, sin caer en excesos punitivos ni en simbologías extravagantes carentes de eficacia.

3.2. PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA COMO ELEMENTO DE LA JUSTICIA SOSTENIBLE

La prevención especial positiva toma su orientación en la política criminal desde la función de la pena como instrumento de transformación personal del condenado, con lo cual facilita la rehabilitación y reinserción del infractor. A diferencia de la prevención especial negativa, que busca impedir la reincidencia a través de la neutralización o intimidación, parte de una visión antropológica optimista: el ser humano es capaz de cambiar y el Estado debe contribuir a ello por medio de la intervención penal.

Este enfoque asigna al castigo una función reeducadora, motivadora y restaurativa, con miras a fomentar el desarrollo personal del penado y su futura convivencia pacífica en la sociedad. Se trata, en última instancia, de una concepción de la sanción penal que pone en el centro de la atención a la persona como sujeto de derechos y deberes, y lo motiva en su cambio, no como simple objeto pasivo de control estatal.

La idea de la prevención especial positiva tiene antecedentes en el movimiento de defensa social, desarrollado en Europa a mediados del siglo xx, que promulgaba la necesidad de que la sanción penal tuviera un contenido resocializador, compatible con la dignidad humana. Posteriormente, esta línea fue incorporada en diversas constituciones y tratados internacionales, y quedó sentado que la finalidad esencial del tratamiento penitenciario debe ser la reeducación y reinserción social del condenado.

Bajo la óptica de la prevención especial positiva, la pena deja de ser un simple acto de imposición y se convierte en un proceso progresivo de asunción de responsabilidad del infractor, que conecta diversas dimensiones: jurídica, personal, educativa, ética y social. Su éxito no se mide por el sufrimiento del castigo, sino por la capacidad de generar en el sujeto la comprensión de su conducta ilícita, asumir el

daño causado, generar empatía con la víctima y adquirir habilidades y herramientas para conducirse conforme con el Derecho.

Esta perspectiva exige un sistema penal que actúe como un espacio de oportunidades y promueva el acceso a procesos restaurativos, programas educativos, laborales y terapéuticos. Por ello, la función resocializadora de la pena no debe limitarse al ámbito penitenciario, en el sentido de que las penas no privativas de libertad, los programas de tratamiento y la justicia restaurativa son espacios privilegiados para desplegar la prevención especial positiva.

Estos mecanismos permiten que el infractor asuma su responsabilidad de manera activa, se reconcilie con su entorno y repare el daño causado, y, además, pueden ser perfectamente compatibles en entornos penitenciarios; asimismo, reducen los efectos criminógenos y favorecen procesos de inclusión social más efectivos.

La prevención especial positiva se alinea con los principios jurídico-penales, al reconocer que el infractor, incluso tras haber delinquido, sigue siendo titular de derechos fundamentales. Esta mirada descarta cualquier forma de castigo degradante, inhumano o puramente aflictivo.

La resocialización no es solo un fin legítimo de la pena, sino también una obligación jurídica del Estado, fundada en el principio de dignidad de la persona humana, que impide que la pena se convierta en una mera retribución ciega y exige que su ejecución se oriente a la reintegración del penado.

La prevención especial positiva encuentra su fundamento en el principio de humanidad, consagrado en múltiples textos constitucionales y convencionales, el cual requiere que toda sanción penal tenga límites éticos y jurídicos, y esté enfocada hacia fines legítimos: evitar el delito, proteger bienes jurídicos y favorecer la reinserción.

Una de las principales críticas a la prevención especial positiva es que, en su afán de reducir, puede derivar en una forma de paternalismo penal, en el que el Estado imponga modelos de vida correctos al sancionado y atente contra su autonomía. Este riesgo se materializa cuando los programas de tratamiento se vuelven coercitivos o se utilizan para prolongar arbitrariamente la privación de libertad, bajo la excusa de que el sujeto no está resocializado, o incluso como requisito para obtener beneficios penitenciarios que vician el verdadero fin.

Otra cuestión crítica puede ser el impacto limitado de los programas de resocialización, cuando no existen condiciones materiales mínimas: hacinamiento carcelario, falta de personal, violencia institucional, etc. En tales contextos, la prevención especial positiva puede convertirse en un ideal retórico sin aplicación efectiva y real.

Además, la resocialización no depende únicamente del individuo, sino también del entorno social; si la sociedad no está dispuesta a reinserir, acoger y ofrecer oportunidades, el proceso será fallido.

La prevención especial positiva se articula naturalmente con el paradigma emergente de la justicia penal sostenible, que postula un sistema penal racional, inclusivo, eficiente y orientado a la no reincidencia. En este marco, la resocialización ya no es solo una opción humanista, sino una estrategia de sostenibilidad institucional, que reduce los costos del sistema, evita la reincidencia y fortalece la cohesión social. La incorporación de medidas restaurativas, comunitarias, complementarias y alternativas a las penas de prisión refuerza este enfoque y permite pensar en un Derecho penal más enfocado a la prevención que a la represión.

La prevención especial positiva constituye una de las expresiones más avanzadas del pensamiento penal contemporáneo, su apuesta por la transformación del infractor, la responsabilización consciente y la inclusión social ofrece una alternativa real frente a modelos punitivistas y estigmatizantes. En última instancia, un sistema penal que no cree en la capacidad de cambio del ser humano renuncia a su función humanizadora y traiciona los valores del Estado de Derecho.

La prevención especial positiva en el Derecho penal económico aparece como un binomio aún poco explorado, pero con un enorme potencial político-criminal. A diferencia de su tradicional uso en el ámbito de la justicia penal juvenil o la ejecución penitenciaria, la prevención especial positiva puede y debe aplicarse, también, a los sujetos activos del Derecho penal económico, con especial atención hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la resocialización corporativa y el fortalecimiento ético del comportamiento empresarial (Mata, 2022, p. 15). Por ello, no puede limitarse al plano de la intervención penitenciaria individual, sino que debe incorporar estrategias dirigidas a modificar la cultura corporativa, los incentivos económicos y los marcos de toma de decisiones en las organizaciones.

Cuando el delito económico se produce en el marco de estructuras empresariales mediante decisiones compartidas, dinámicas institucionales o culturas organizacionales permisivas, la prevención positiva debe dirigirse tanto al individuo, como a la estructura misma. Esto implica implementar modelos de prevención del delito que promuevan la autorregulación interna, la ética corporativa y el *compliance* penal efectivo.

El castigo penal en el ámbito económico ha sido justificado tradicionalmente por razones de prevención general (positiva o negativa) o exigencias retributivas. Sin embargo, estas justificaciones no abordan la dimensión transformadora del Derecho penal: ¿cómo evitar que la organización o el individuo reincida? ¿Es posible reeducar a un infractor económico?

La prevención especial positiva parte del presupuesto de que, con carácter general, los individuos pueden modificar su conducta y el Derecho penal puede incentivar ese cambio mediante la aplicación de sanciones no meramente aflictivas, sino formativas, reparadoras y estructuralmente preventivas.

El enfoque positivo de la prevención especial requiere que el infractor, ya sea persona natural o jurídica, asuma activamente su responsabilidad, más allá de la pura sanción económica, y adopte medidas estructurales necesarias que prevengan futuras infracciones. Este modelo sustituye la lógica del castigo retributivo por una responsabilidad preventiva, que exige algo más que la simple aflicción: compromiso, transformación y reinserción normativa en el orden económico-legal.

Una de las expresiones más evidentes de la prevención especial positiva en el ámbito económico es el desarrollo de programas de cumplimiento normativo (*compliance*). Estas medidas, cuando son implementadas de forma seria y efectiva, pueden funcionar como mecanismos de reducción institucional. Además, los sistemas jurídicos que reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas suelen prever atenuantes o eximentes, si se acredita un sistema de *compliance* eficaz, lo que constituye un incentivo para que las empresas adopten una cultura de legalidad (González, 2020, p. 122). Las sanciones penales pueden diseñarse de forma tal que motiven cambios estructurales en las organizaciones infractoras. Este tipo de respuestas penales cumple con el principio de prevención especial

positiva, al fomentar cambios que reducen la posibilidad de reincidencia institucional.

En casos de delitos económicos con víctimas colectivas, la reparación del daño desempeña una función esencial de prevención especial, al reestablecer vínculos sociales y reconstruir la confianza en el sistema. La exigencia de devolver lo ilícitamente obtenido, la asunción de la responsabilidad por la conducta ilícita, la contribución a una reparación verdadera y eficaz mediante la participación en procesos restaurativos fortalece el sentido de responsabilidad social de las empresas infractoras. Ahora bien, la implementación de esta vía debe evitar que las medidas de cumplimiento o reparación se conviertan en estrategias cosméticas para reducir sanciones, sin una modificación efectiva y real (Nieto, 2020, p. 330). La prevención especial positiva solo es legítima cuando hay compromiso genuino con la legalidad, lo que requiere control judicial efectivo y criterios rigurosos de evaluación.

En definitiva, la aplicación de la prevención especial positiva en el Derecho penal económico debe recoger tanto su justificación político-criminal como dogmática. Ella permite una orientación renovada del fin de la pena en el ámbito económico, sin salirse de las fronteras constitucionales. En contraste con aquellos modelos centrados en la retribución o la disuasión general, la prevención especial positiva ofrece una justificación más funcional y orientada a la transformación del infractor económico, al generar la conciencia de su responsabilidad y facilitar la reinserción en el entorno empresarial y social. Este enfoque otorga sentido ético al Derecho penal económico y refuerza su legitimidad en un Estado de Derecho.

La prevención positiva es completamente aplicable tanto a personas físicas como jurídicas y, aunque es cierto que históricamente se ha asociado con la rehabilitación de individuos institucionalizados en el ámbito penitenciario, su aplicación al *compliance* penal, la transformación organizacional y el fomento de la transparencia corporativa demuestra que también las empresas pueden ser objeto de ella, por medio de mecanismos de autorregulación, cambios en la cultura empresarial y reparación del daño causado, con su participación en procesos restaurativos.

Implementarla refuerza el principio de justicia penal sostenible porque la implantación de las medidas orientadas a la prevención especial

positiva, como programas de cumplimiento normativo, sanciones restaurativas o acuerdos de reparación permiten respuestas penales más racionales, menos costosas y más eficaces que las penas privativas de libertad. Este enfoque favorece una justicia penal más eficiente, menos sobrecargada y con mayor capacidad de reinserción.

La prevención especial positiva favorece el desarrollo de modelos de responsabilidad proactiva y promueve una ética de la responsabilidad que va más allá del castigo: exige que los infractores (personas físicas o jurídicas) se comprometan, activamente, a evitar futuras infracciones, mediante medidas internas de control, formación ética y transparencia. Esto permite una justicia penal más comprometida con la prevención estructural del delito, pero su eficacia dependerá del compromiso real con la legalidad y del control institucional que se realice. Al hilo de esta cuestión, con el fin de evitar que las medidas de resocialización empresarial se conviertan en herramientas simbólicas o cosméticas, es necesario que existan criterios objetivos, con un control efectivo y estándares verificables en la implantación de los modelos de cumplimiento normativo, que sigan el curso de la actividad empresarial bajo condiciones de control y evaluación constantes.

El enfoque positivo refuerza el respeto por la dignidad humana y el Estado de Derecho, incluso frente a delitos económicos de alto impacto, en los que el sistema penal tampoco debe renunciar a sus principios garantistas. La prevención especial positiva preserva la dignidad del infractor, reconoce su capacidad de motivación de cambio y coloca al Derecho penal en una posición coherente con los valores constitucionales e internacionales sobre el trato humano y la reinserción, sin olvidar el protagonismo de las víctimas del delito. Así, sella su impronta integral en la justicia penal sostenible.

IV. CONCLUSIONES

La justicia sostenible se erige como un componente esencial del desarrollo sostenible, en tanto que la paz y la prosperidad no pueden preservarse sin garantizar el acceso equitativo a sistemas judiciales eficaces y accesibles para toda la población. En un escenario global atravesado por los efectos de la crisis ambiental, el incremento de las desigualdades sociales y la desconfianza hacia los modelos penales tradicionales aquel concepto surge como una propuesta inte-

gradadora, destinada a introducir los principios de sostenibilidad en el ámbito del sistema de justicia.

Desde esta perspectiva jurídica, la sostenibilidad se ha consolidado como un principio transversal con capacidad de incidir en el diseño de políticas públicas. En este marco, la justicia sostenible se presenta como un paradigma complementario a la justicia penal tradicional, orientado a mejorar la resolución de conflictos y a consolidar la garantía de los derechos fundamentales, también en el ámbito penal.

Este modelo propone una transformación del sistema penal hacia enfoques restaurativos que prioricen la reparación del daño, la reintegración social del infractor y la prevención estructural del delito. La justicia restaurativa —como instrumento que incorpora activamente a víctimas, ofensores y comunidad en la gestión de los conflictos penales— se encuentra plenamente alineada con los postulados de la justicia sostenible.

Lejos de ser una aspiración idealista, ella representa un horizonte ético y político indispensable, que exige impulsar, desde la interdisciplinariedad, las funciones del Derecho penal en las sociedades contemporáneas. Su desarrollo teórico y aplicación práctica, perfectamente compatibles con los sistemas de justicia penal actuales, deberían ocupar un lugar central en la agenda de los legisladores comprometidos con una política criminal transformadora.

La prevención general positiva propone que el Derecho penal actúe sobre la conciencia colectiva y fortalezca el respeto por el orden jurídico y la adhesión voluntaria a la norma. De este modo, la pena se convierte en un mecanismo de reafirmación de la validez de las normas jurídicas y de consolidación de expectativas sociales legítimas, con lo cual contribuye a la estabilidad social.

En el campo del Derecho penal económico, se presentan interrogantes sobre las funciones de la pena y su legitimidad, especialmente cuando los infractores —personas físicas o jurídicas— poseen gran capacidad económica o poder institucional. Este tipo de criminalidad, además de lesionar bienes jurídicos concretos, deteriora la confianza ciudadana en las instituciones y en el sistema económico, por ello, las sanciones penales deben tener un valor simbólico claro, que envíen el mensaje de que el Estado actúa en defensa de los principios de equidad, legalidad y transparencia. La prevención positiva refuerza así la expectativa colectiva de cumplimiento normativo y

evita el desarrollo de actitudes de indiferencia o resignación frente a la impunidad.

Desde este prisma, la sostenibilidad penal exige respuestas proporcionales y efectivas, que impliquen un uso racional de los recursos públicos. Comprendida de esta manera, la integración de la prevención positiva en este ámbito se vuelve no solo viable, sino necesaria, especialmente al considerar que de ella pueden derivarse medidas alternativas a la prisión que generen un alto impacto simbólico y normativo, con un menor costo institucional.

En cuanto a la prevención especial positiva, su aplicación al Derecho penal económico constituye un terreno aún incipientemente explorado, pero con un enorme valor político-criminal. Esta forma de prevención debe aplicarse tanto a personas físicas como jurídicas y centrar la atención en la responsabilidad penal de las empresas, la resocialización institucional y la promoción de una cultura ética empresarial.

El enfoque preventivo positivo requiere que el infractor —persona física o jurídica— asuma activamente su responsabilidad y no se limite a la aceptación pasiva de una sanción económica. Ello debe implicar la adopción de medidas estructurales que impidan la repetición de conductas ilícitas. Este modelo desplaza la lógica puramente retributiva por una concepción basada en la prevención responsable, que exige compromiso con el cambio, transformación institucional y reintegración jurídica al orden económico.

La prevención especial positiva ofrece, por consiguiente, una alternativa funcional y ética a los modelos centrados en la retribución o la disuasión, al tiempo que mantiene plena coherencia con los principios constitucionales. Su propósito es favorecer la toma de conciencia por parte del infractor económico y facilitar su reintegración al entorno social y empresarial. En consecuencia, fortalece la legitimidad del Derecho penal económico y le aporta sentido ético.

Aunque históricamente vinculada a la rehabilitación de personas privadas de libertad, la prevención positiva es perfectamente aplicable a contextos empresariales. Esto lleva a entender, por tanto, que a través del *compliance* penal, la transformación de estructuras organizativas y la promoción de la transparencia, las personas jurídicas también pueden ser destinatarias de estrategias preventivas orientadas a la vía restaurativa que aseguren una eficiente y verdadera reparación

del daño, traducible, en esencia, en un refuerzo del principio de justicia penal sostenible.

La teoría de la pena ha evolucionado desde concepciones retributivas hacia modelos preventivos enfocados a dignificar las penas privativas de libertad y su necesaria relación con la reinserción del condenado por el delito. En esta tendencia, la prevención especial positiva ocupa un lugar central, al entender la pena no como mero castigo, sino como un instrumento de resocialización y reafirmación de valores sociales. Tal perspectiva busca evitar la disminución de los factores de riesgo de la reincidencia, restaurar el daño causado y coadyuvar a la paz social quebrada por la comisión del delito. En ese sentido, la prevención especial positiva se articula con la meta de una justicia sostenible, entendida como un sistema capaz de equilibrar protección, rehabilitación y cohesión social a largo plazo.

La justicia sostenible parte del reconocimiento de que los bienes jurídicos actuales —como el medio ambiente, la privacidad digital o la paz social— son complejos y multidimensionales. No pueden protegerse únicamente mediante sanciones reactivas, sino que precisan políticas penales integradas que promuevan comportamientos responsables y restauren la confianza social. Así, la prevención especial positiva aporta una visión humanizadora del sistema punitivo: considera al infractor como sujeto susceptible de transformación y la sanción penal como un proceso orientado al futuro. Su aplicación con las necesarias garantías genera sostenibilidad porque reduce la violencia simbólica del Estado y evita la reproducción de exclusión estructural.

Asimismo, la prevención especial positiva exige una justicia que se construya sobre la proporcionalidad, la dignidad humana y la reparación del daño social. Al atender las causas personales y estructurales del delito, se amplía el horizonte de protección de los bienes jurídicos, que dejan de concebirse solo como objetos de tutela penal y se entienden componentes vitales de un entorno social justo. La prevención se convierte, entonces, en un mecanismo de sostenibilidad jurídica y ética, por cuanto preserva la seguridad colectiva y la posibilidad de reinserción del individuo.

En suma, la relación entre la prevención especial positiva y la justicia sostenible se expresa en su común apuesta por un Derecho penal orientado a la convivencia y la renovación social. Proteger los bienes

jurídicos complejos exige una justicia capaz de prevenir, educar y reconstruir, no solo de castigar. De este modo, la sostenibilidad de la justicia se alcanza, cuando el castigo desempeña una función integradora y racional, y favorece una sociedad más equitativa y consciente de los valores que la definen.

V. REFERENCIAS

- Alastuey Dobón, M. C. (2000). *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Tirant Lo Blanch.
- Demetrio, C. (2016). *Derecho penal y Constitución (II). Curso de Derecho penal. Parte general*. Ediciones Experiencia.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- González Cussac, J. L. (2020). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Tirant Lo Blanch.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus.
- Hassemer, W. (2002). *Introducción al Derecho penal*. Trotta.
- Höffe, O. (2013). *Justicia política y sostenibilidad*. Herder.
- Jakobs, G. (2003). *La imputación objetiva en el Derecho penal económico*. Ediciones del Puerto.
- Ley 4, de 27 de abril de 2015, del estatuto de la víctima del delito. (Abril 28, 2015). *Boletín Oficial del Estado*, (101), 1-31. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-4606-consolidado.pdf>
- Manzanares Samaniego, J. L. (2007). *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho penal*. Comares.
- Martínez Gamboa, R. J. (2012). *Vías alternativas a la solución de conflictos en el proceso penal*. Academia Española.
- Mata Barranco, N. J. (2016). La lucha contra la corrupción política. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18), 1-25. <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-01>
- Mata Barranco, N. J. (Julio-diciembre 2022). El órgano de control permanente de la persona jurídica (oficial de cumplimiento) en el marco de la responsabilidad penal corporativa. *Revista*

- Penal México*, (21), 1-18. <https://revistacienciasinacipe.fgr.org.mx/index.php/01/article/view/575/479>
- Nieto Martín, A. (2020). *Derecho penal económico y corrupción*. Marcial Pons. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2006). Manual sobre programas de justicia restaurativa. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf
- Ordóñez Solís, D. (Abril, 2018). Por una justicia sostenible en un mundo en cambio. *La Ley*, (9183), 1-11.
- Roxin, C. (1992). *Política criminal y estructura del delito*. PPU.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Sen, A. (Febrero, 2013). The Ends and Means of Sustainability. *Journal of Human Development and Capabilities*, (14), 6-20.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal*. Civitas.
- Tamarit Sumalla, J. (2012). *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Comares.
- Zehr, H. (2002). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Books.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

ARTÍCULOS DE REVISIÓN QUE ABORDAN,
EXHAUSTIVA Y PORMENORIZADAMENTE,
UN ASUNTO EN PARTICULAR

MATERNIDAD SUBROGADA Y ADOPCIÓN: IGUALDAD Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA A DEBATE¹

SURROGACY AND ADOPTION: THE ISSUES OF EQUALITY AND EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION

■ **DR. FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE**

Catedrático Emérito de Derecho civil, Universidad de Deusto, España²

<https://orcid.org/0000-0001-6032-9332>

francisco.lledo@deusto.es



Resumen

El texto analiza el tratamiento jurídico de la gestación subrogada en España, donde esta práctica no está permitida. A pesar de la nulidad de los contratos, se examina cómo la jurisprudencia prioriza el interés superior del niño, su derecho a la identidad y a una vida familiar, en particular por medio de las sentencias 835/2013, del Tribunal Supremo, y 28/2024, del Tribunal Constitucional. Para inscribir la filiación en el Registro Civil, se establece que deben utilizarse las vías ordinarias del ordenamiento español: la reclamación de la filiación paterna biológica (cuando el varón comitente sea el progenitor genético) y la constitución de un vínculo adoptivo por parte de la madre de intención, siempre que se acredite la existencia de un núcleo familiar estable y consolidado, tal como refuerza la Instrucción de 28 de abril de 2025.

- 1 El presente trabajo corresponde al capítulo octavo de la obra colectiva Santillán Santa Cruz R. y Pérez Monje, M. (Dirs.). (2025). *Persona y familia en la jurisprudencia. Tendencias actuales*. Aranzadi - La Ley, pp. 149-163. Ahora, se ha actualizado legislativa y doctrinalmente, sobre todo, con la última instrucción, de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública. La obra que se presenta constituye una versión actualizada y corregida en torno a la doctrina jurisprudencial y registral.
- 2 El autor fue miembro de la Comisión de Expertos instituida en el Congreso de Diputados para redactar la Ley de reproducción humana asistida.

Palabras clave: Gestación subrogada; filiación; interés superior del niño; jurisprudencia; adopción.

Abstract

The text examines the legal treatment of surrogacy in Spain, where the practice is not permitted. Despite the nullity of surrogacy contracts, the analysis focuses on how jurisprudence, particularly rulings STS 835/2013 and STC 28/2024, prioritizes the best interests of the child, their right to identity, and to family life. To register filiation in the Civil Registry, it is established that the ordinary channels of the Spanish legal system must be used: establishing biological paternity (when the commissioning male is the genetic father) and the creation of an adoptive bond by the intending mother, provided the existence of a stable and consolidated family unit is proven, as reinforced by the Instruction of April 28, 2025.

Keywords: Surrogacy; filiation; best interests of the child; jurisprudence; adoption.

Sumario

I. Introducción: El estado de la cuestión: la gestación por encargo y la filiación; II. La postura del Tribunal Supremo español y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección del interés del niño, su derecho a la identidad y filiación; III. La delimitación de los derechos fundamentales en la determinación de la filiación y el superior interés del niño; IV. Conclusiones; V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA GESTACIÓN POR ENCARGO Y LA FILIACIÓN

La maternidad subrogada se rige por la Ley 14, de 26 de mayo de 2006, que como bien explica Palacios (presidente de la Comisión de expertos que se constituyó en el Congreso de Diputados) es fiel trasunto de lo establecido, textualmente, en la ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida. Así, durante las deliberaciones parlamentarias se planteó la conveniencia de penalizar, en la futura disposición,

determinadas actuaciones con las técnicas de reproducción asistida, pero a la sazón, como indica el propio experto, el proyecto de Código penal (llamado *de la democracia*) estaba en marcha y prevaleció la idea de esperar a su aprobación por las Cortes.

Ya entonces la gestación subrogada suscitaba conflictos, opiniones enfrentadas y una polémica que está vigente, plenamente, en el momento actual (Palacios, 2019, p. 3; Lledó, 1987, pp. 87-90; Lledó, 2019, pp. 31-51; Magariños, 2019, pp. 85-91). Abundantes son los trabajos al respecto, sobre el mito del altruismo en la gestación subrogada (Ferrer, 2019, pp. 112-116), la situación y la voluntad de la mujer para prestar el consentimiento (Belinchón, 2019, p. 173), la nulidad del contrato de gestación subrogada, su causa y objeto (Linares, 2019, pp. 202-207) y la muy acertada definición del contrato que ofrece Torralba (2011, p. 619), cuando recuerda que, además de las «contraprestaciones económicas», se asumen decisiones éticas con relación a los fetos, como el aborto, la reducción selectiva o las consecuencias de la muerte de la madre gestante (lo que es inasumible). Recientemente, se destaca el trabajo de Pérez (2025, pp. 69-83), quien resalta que, a partir de la Instrucción de 28 de abril de 2025, solo se realiza la inscripción por los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, con respecto a alguno de los progenitores de intención, y filiación adoptiva posterior, cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

Al respecto y para mantenerse en el terreno de *lege lata*, se puede discutir en la teoría sobre si, *stricto sensu*, hay prohibición o no. Lo que quería establecerse en la *mens legislatoris* era el deslinde entre dos aspectos: por un lado, la nulidad de un contrato que subsumía el objeto de este en el sujeto, lo que conducía a la nulidad; una *sui generis* ya que tampoco se predicaba sanción alguna. Era como si quedase patente la ilicitud del encargo y, por ende, que desde el punto de vista patrimonial ninguna de las partes pudiera reclamarse nada (*condilio op turpeni vel iustam causam*); pero, por otro lado, se dejaba bien claro el establecimiento de la filiación. En el caso de la maternidad, esta se determinaba por el parto (*mater semper certa*), con lo cual, en España, ninguna clínica de fecundación podía llevarla a cabo, lo que conducía a un problema «transfronterizo» y catalogado por muchos como turismo reproductivo. La filiación paterna se establecía mediante la reclamación de la filiación, naturalmente, si

el sujeto varón «comitente» fuese el titular del garante fecundante masculino.

El nudo gordiano de la cuestión fue, ha sido y seguirá siendo, la inscripción de la filiación de ese niño nacido de un contrato de gestación subrogada en un país cuya práctica tolere su licitud. En este sentido, la institución encargada (otrora denominada Dirección General de Registros y del Notariado; hoy, Dirección de Seguridad Jurídica y Fe Pública) dictó la Instrucción de 18 de febrero de 2019, que remitió, a su vez, a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, las que eran de aplicación en la determinación de la filiación. Ahora, la Instrucción vigente es la de 28 de abril de 2025.

Un estudio necesario de las instrucciones se encuentra, fundamentalmente (y de obligado examen), en Sánchez (2019, pp. 322-323), en relación con la Consulta, de 11 de julio de 2014, sobre el régimen registral de los nacidos fuera de España mediante gestación subrogada, como también, a propósito del fundamento de la atribución de la filiación, la resolución judicial, el *exequatur*, el control, los títulos inadmisibles para la inscripción (pp. 325-328), la situación actual y la determinación de la filiación en el Registro Civil (pp. 339-343). En cuanto a la competencia, la interpretación del Artículo 68 del Reglamento de la Ley del Registro Civil no puede ir en contra de lo establecido en el Artículo 16 de la Ley del Registro Civil; de manera que, cuando el nacimiento sea inscribible en un registro consular, si el promotor está domiciliado en España, existe una suerte de fuero registral electivo, bien sea el Registro Civil central o bien el consular del lugar de nacimiento (p. 341).

En otro orden de cosas, el título apto para la práctica de la inscripción del nacimiento y la filiación del niño en el Registro Civil, podría ser (y se concuerda plenamente) la certificación que sea reflejo de una resolución judicial previa, con base en el Artículo 98-2 de la citada ley registral (20/2011) (p. 344). Asimismo, es imprescindible la consulta de Sánchez (2019), con respecto a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (pp. 359-364) y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009 (pp. 354-355), al igual que el comentario a la Instrucción de 19 de febrero de 2019 (pp. 363-365). También, se remite a Cerrada (2019, pp. 427-431) y Blanes (2025, p. 121).

En fin, como se argumenta, una cuestión es la nulidad del contrato de gestación subrogada; otra bien diferente la determinación de la filiación paterna (varón comitente que es titular del gameto masculino), y otra la filiación materna (madre gestante, que renuncia a la maternidad y da su consentimiento «libre» para que la esposa del padre biológico y registral inicie el procedimiento de la adopción, mediante un expediente de jurisdicción voluntaria en su país de residencia (España).

En un trabajo de extensión limitada, como es la presente obra, se evitará abordar en profundidad cuestiones que han sido analizadas y discutidas, sobradamente, por la doctrina, y a las que se alude con ese talante y el ánimo de brevedad (Garua, 2019, pp. 441-451; Pérez, 2019, p. 538).

La clave de bóveda, el *dubium* (como argumentaban los antiguos canonistas) está en entender la protección inexcusable del interés del niño que tiene derecho inescindible a la identidad, filiación, personalidad. En pocas y expresivas palabras, a su vida privada y familiar, como así ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en la recta aplicación del Artículo 8 del Convenio de derechos humanos (CEDH) (y que se analizará más adelante, al explicar su aplicación a las interesantes sentencias que han marcado la pauta interpretativa).

El *interés superior del niño* es un «concepto jurídico indeterminado» de orden público, que según esa doctrina jurisprudencial, dota a los Estados de un margen de discrecionalidad, para atemperar o dulcificar el citado concepto en aras a preservar el interés del niño y determinar su filiación, cuando exista una relación familiar establecida, o en vías de consolidación.

Esto es lo que ha intentado resolver o, más bien, reiterar la doctrina jurisprudencial, sobre todo la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014, que apostaba por la determinación biológica de la paternidad del varón comitente y la determinación del vínculo adoptivo por la esposa de este. Ese es el criterio determinante en la Instrucción de 28 de abril de 2025.

Y así debe respetarse el núcleo familiar consolidado de la pareja comitente, cuando —y como ocurre en la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero de 2024— el varón casado

aportó su gameto y la mujer gestante renunció a la maternidad, para permitir que la esposa del varón (que había inscrito la filiación en el Registro Civil Consular) iniciara el expediente de jurisdicción voluntaria, dirigido a la constitución del vínculo adoptivo con el niño. La gestante había renunciado a la maternidad en un acto de manifestación ante el cónsul.

En realidad, la Instrucción de 28 de abril de 2025 reafirma la doctrina constitucional en torno a la estabilidad de un vínculo familiar existente, todo ello, sobre la base de una interpretación *favor filii* del Artículo 8 del CEDH, con respecto a la vida familiar, de la cual forman parte la identidad y filiación del niño.

En consecuencia, se respeta el establecimiento de la filiación, en vez de abolir la gestación subrogada (Zouak, 2024, p. 240; Monge, 2019, pp. 262-267; Fernández, 2019, pp. 370-374; Ferrer, 2018, pp. 73-100; Gutiérrez, 2019, pp. 225-231; Reyes, 2019, pp. 133-165; Lledó, 2019, pp. 61-73).

La gestación subrogada no está permitida en España; sin embargo, en el resto de los países la situación dista mucho de tener una solución uniforme. Así, en Europa algunas naciones la prohíben (España, Italia, Alemania, Francia), en tanto otras la permiten (Portugal, Grecia, Reino Unido), si bien con un carácter altruista y requisitos adicionales; por ejemplo, Portugal requiere el dato de la «infertilidad» en la pareja comitente con un control médico, judicial *ex ante* y *ex post* muy coherente. Fuera del continente europeo, el casuismo es infinito y el carácter lucrativo, también, es otra variante como en California. La cuestión está muy lejos de ser pacífica, quizá porque en ella no solo confluyen aspectos jurídicos, sino éticos y morales que dificultan soluciones estabilizadoras. Se ha hecho referencia al casuismo extenso de situaciones, entre las que se incluye el componente genético que aporta, por ejemplo, el varón (carga genética anónima), como en el caso de Rusia.

En fin, en relación con estas posibilidades diferentes de contratos de gestación subrogada se podrá consultar el excelente trabajo de Zouak (2024, pp. 244-245), que describe una clarificadora panorámica de heterogeneidad de supuestos. Por eso, como dice esa autora, los problemas que se plantean en España implican a niños nacidos en el extranjero, cuya filiación se pretende reconocer e inscribir en

el Registro Civil español, para obtener prestaciones de la Seguridad Social u otros beneficios sociales (p. 252).

Llegados a este extremo, puede concluirse que existen países «abolicionistas», en los que se entiende que la gestación subrogada vulnera derechos fundamentales como la dignidad de la mujer gestante, en detrimento de sus derechos de la personalidad y la «indisponibilidad del objeto». Por otro lado, los países que admiten su licitud y que, como se ha dicho, «priorizan la autonomía de la voluntad de los contratantes», permiten que la gestante disponga de su propio cuerpo (si bien con una ausencia de derechos, *intuitu personae*) (Zouak, 2024).

Resulta interesante cómo el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 28/2024, de 27 de febrero de 2024, admite el recurso de amparo de la esposa del varón comitente, con base en el reconocimiento del derecho a la identidad y la filiación del niño, como parte integrante de la vida privada familiar (Artículo 8, CEDH) y, por ende, del reconocimiento del núcleo familiar en el que se inserta —cuestión que se tratará más adelante—, utilizando las vías de determinación admitidas en la jurisprudencia española, sobre todo las sentencias 835/2013, de 6 de febrero de 2014, del Tribunal Supremo, y 28/2024, de 27 de febrero de 2024, del Tribunal Constitucional, Recurso de amparo 5067/2019, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que no satisface las exigencias del canon de motivación reforzado que rige para los casos en los que la esfera personal y familiar de un niño se ve afectada, al estar en juego la construcción de la identidad de este y la protección de los lazos familiares (Pérez, 2025, pp. 69-83; Vázquez, 2025).

En el caso referido al recurso de amparo, el esposo había inscrito la filiación paterna en el Registro Civil Consular y el Ministerio Fiscal no había impugnado, lo que permitió a la esposa del varón comitente —«padre biológico y registral»— iniciar un expediente de adopción (mejor dicho, dos; uno recurrido en amparo; y otro para la adopción del hijo niño gestado en las mismas circunstancias, por la vía de la jurisdicción voluntaria en la constitución del vínculo adoptivo, ante en el mismo Juzgado de primera instancia, cuyo auto devino firme, porque el Ministerio Fiscal no lo impugnó).

Por el contrario, en el caso del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional, basado en que se había vulnerado el derecho a la tutela

judicial efectiva y el inexcusable derecho a una resolución motivada (como se analizará después), decretó la nulidad del auto 278/2019, de la sección vigésimo cuarta, de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de mayo de 2019, así como de la providencia, de 28 de junio de 2019, del mismo Tribunal, que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones contra el citado auto, en el que la demandante del amparo argüía una lesión del derecho a la igualdad y la discriminación de sexo con relación a los niños. Así, el foro declaró la firmeza del auto núm. 15/2018 del Juzgado de Primera Instancia, recaído en el procedimiento de adopción.

II. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL NIÑO, SU DERECHO A LA IDENTIDAD Y FILIACIÓN

Este derecho integra el derecho del niño a la vida privada familiar (Artículo 8, CEDH) y, asimismo, comporta un inexcusable reconocimiento de esa filiación en la que el componente «socioafectivo» se revela como factor determinante en la constitución del vínculo, a tenor de la consolidada doctrina del TEDH —como se apuntó *supra*—, lo cual facilita el reconocimiento de la filiación, no sobre la base de un contrato de gestación subrogada nulo, sino en atención al interés superior del niño, como deriva de la Ley 8/2015, de protección de la infancia, que lleva a modular el concepto de orden público en el ordenamiento jurídico español y al desarrollo tuitivo del superior interés del niño.

Así, el Tribunal Supremo, en la sentencia 835/2013, de 6 de febrero, argumenta el *favor filii* del interés superior del niño en tratados internacionales, como la Convención de los derechos del niño y, orgánicamente, en la normativa interna, teniendo en cuenta el Artículo 39 de la Carta Magna y leyes como la Orgánica 8/2015, de protección de la infancia. De esta forma, considera que la aplicación del interés superior del niño debe referenciarse en conjugación con otros bienes jurídicos y sienta la doctrina legal de que el no reconocimiento de la filiación del niño perjudica su *status filii* y le provoca inseguridad jurídica.

El máximo foro concluye que la «protección del niño no se consigue mediante una aceptación acrítica del contrato de gestación realizado en país extranjero, sino partiendo de las previsiones legales y [los] convenios aplicables en España y [la] jurisprudencia que los interpreta». Trayendo a colación el Artículo 8 del CEDH, se valora y atiende la existencia de la relación de familia *ad hoc*. Consiguientemente, «el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar la necesaria protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia». La doctrina legal cita, entre otras, las sentencias del TEDH, de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otras contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroud contra Francia.

De ahí que se afirme, a tenor de esta jurisprudencia, que «si tal núcleo familiar existe actualmente, si los niños tienen relaciones familiares *de facto* con los recurrentes, habría que partir de este dato y permitir el desarrollo y [la] protección de estos vínculos». Precisamente, tal doctrina se aplica en la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero de 2024, en la que la esposa del varón comitente inició el expediente de adopción del niño y todos los informes psicosociales abundaron en la conveniencia de ese vínculo, asentado ininterrumpidamente desde el nacimiento de aquel.

De vuelta al Tribunal Supremo, este ha indicado que la protección del niño, en el caso del Artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, se permite no solo con la reclamación de la filiación paterna, sino también a través del acogimiento y la adopción. El máximo foro insiste en la doctrina emanada de la jurisprudencia del TEDH (casos Labasse contra Francia y Mennesson contra Francia), que a diferencia de la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 16 de febrero, en la que se permitían los vínculos de determinación de la filiación, entiende vulnerado el derecho a la identidad del niño (filiación, personalidad, vida privada familiar), porque el Estado francés negaba la posibilidad de que pudiera determinarse la filiación (incluso, aunque el progenitor biológico fuese el varón comitente en el contrato de maternidad subrogada), doctrina que, con posterioridad, ha sido atenuada a favor de una concepción más laxa del «orden público» en interés del niño.

En la Sentencia 28/2024, del Tribunal Constitucional español, la estimación del recurso de amparo, basada en la infracción de la «tutela

efectiva» que conlleva una resolución motivada, parte precisamente de la existencia del núcleo familiar *de facto* que debe protegerse, algo que, por ejemplo, no hizo el Estado italiano en el caso de la Sentencia del TEDH, de 27 de enero de 2015 (asunto Paradiso y Campanelli contra Italia). En dicho caso, el patrimonio genético total del niño era anónimo; aun así, las autoridades italianas dictaminaron en contra, porque había habido fraude del estado civil. El TEDH concluyó, por el contrario, que había «posesión de estado de filiación» del niño con la pareja comitente, ininterrumpidamente desde su nacimiento y había núcleo familiar *de facto*, por lo cual concluyó que «el alejamiento del niño del contexto familiar es una medida extrema a la que no se debería haber recurrido más que como último recurso». Para que una medida de este tipo esté justificada, debe responder al fin de proteger al niño expuesto a un peligro inmediato para él. En este caso, según se determinó, las medidas adoptadas por las autoridades italianas no respetaron el justo equilibrio que debía regir los intereses en conflicto.

Repárese en que la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero, en línea con lo argüido por la más alta judicatura y la doctrina reiterada de las audiencias provinciales —entre ellas, la de Islas Baleares—, se sustenta en que la protección del niño no se consigue mediante una aceptación «acrítica» del contrato de gestación por sustitución realizado en país extranjero, sino a partir de las previsiones legales, los convenios aplicables en España y la jurisprudencia que los interpreta. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del TEDH, de 24 de enero 2017, en el asunto Paradiso y Campanelli citado.

Se asegura en las resoluciones, también, que el Artículo 8 del CEDH comporta obligaciones positivas para los Estados y, por ello, se insta al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su estatuto orgánico, ejerza las acciones pertinentes para determinar, en la medida de lo posible, la correcta filiación de los niños y protegerlos, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de estos en un núcleo familiar *de facto*, sin olvidar que, como también se afirmó en la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013:

a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento

y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto.

Sobre los avances en la jurisprudencia del TEDH abunda Zouak (2019, pp. 257-262), en concreto, para significar la inexistencia de vínculos genéticos con los comitentes (caso Paradiso y Campanelli), y el derecho a la vida privada y relación de filiación de la madre de intervención y del comitente. Todo ello lleva a concluir el favorecimiento de la adopción del niño, con base en su «superior interés» y el derecho al reconocimiento de su identidad y filiación. En correspondencia con esa máxima se pronuncia Jordá (2025, pp. 131-133), con relación a la modificación del lugar de nacimiento en las inscripciones registrales, más allá de los supuestos legalmente previstos, como emerge de la Sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024, de 17 de junio, sobre el interés del niño como criterio interpretativo.

No reconocer ese derecho a la identidad, la filiación y la incardinación del niño en el núcleo familiar *de facto* existente, genera en aquel una inseguridad jurídica en su ámbito de relación (sobre todo, con la mujer comitente, si no se admite el vínculo adoptivo, cuando el progenitor biológico y reconocedor de la filiación paterna es el esposo de esta). De ahí la necesidad de reconocer esa relación familiar siempre que, como ocurrió en la sentencia del Tribunal Constitucional, la demandante de amparo demuestre la convivencia y los lazos afectivos y educativos con el niño, a quien pretende adoptar.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo español como la del TEDH facilitan la constitución del vínculo adoptivo, cuando, como se dice en la sentencia de marras, «tal relación se haya convertido en una realidad práctica», ya que cada situación debe ser examinada a la vista de las circunstancias particulares del asunto. Se cita *ad litteram* la doctrina emanada de esta sentencia:

la adopción puede cumplir este requisito siempre que las condiciones que la regulen sean adecuadas y el procedimiento permita tomar rápidamente una decisión, de modo que el niño no se encuentre durante un largo período en una situación de inseguridad jurídica en cuanto a dicha relación, debiendo incluir estas condiciones una evaluación por parte de los tribu-

nales, superior del niño a la vista de las circunstancias del caso. (Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013)

Ello conduce a interpretar que la Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en amparo reconoce la protección del interés superior del niño y el derecho de este a la vida privada y familiar (Artículo 8, CEDH) porque donde existe una relación familiar *de facto* (como en el caso de la demandante), el Estado debe permitir consolidar ese vínculo de filiación adoptiva, en aras de la protección integral que se reconoce al niño (Artículo 39, Constitución española).

A modo de resumen y para no perder el hilo argumental, puede concluirse que, a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014, el Artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida integra el «orden público internacional», constituido por normas internas y convenios internacionales. En la narrativa interna, como no podría ser de otro modo, la Carta Magna se hace eco de la protección integral de los niños, refrendada en el Artículo 39 de la Constitución española. Literalmente, según el apartado cuatro, se incluye en este orden público la protección de la infancia «prevista en los acuerdos internacionales, que velan por sus derechos». El Artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida integra el orden público internacional español, aun cuando este es atenuado en mayor medida cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.

En fin, aunque el contrato sea nulo conforme con el ordenamiento jurídico, por afectar valores y derechos constitucionales, se produce una aplicación de un «orden público atenuado» que lleva al Tribunal Supremo a replantear las relaciones familiares, cuando estas forman un núcleo convencional estable, en una situación de gestación subrogada, como la estudiada. El propio Artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida permite la determinación de la filiación (v. g. reclamación de paternidad, adopción, acogimiento e, incluso, determinación de la filiación por posesión de estado). No hacerlo así, según explica el Tribunal Supremo, conduciría a la posible vulneración del interés del niño, resguardado en la Convención sobre los derechos del niño y la Ley orgánica 8/2015, de protección de la infancia, entre otras disposiciones, todo ello con base en la aplicación del Artículo 8 del CEDH —vida privada familiar— y el derecho a la identidad y la filiación allí donde exista un núcleo

familiar constituido; una perspectiva conllevaría una inseguridad jurídica para el niño, en relación con la madre comitente que insta el vínculo adoptivo, por lo que debe reconocerse la relación materno-filial con ella. Así lo ha entendido la jurisprudencia del TEDH.

Es decir, a pesar de la nulidad de la gestación subrogada, hay que atender al supuesto concreto, para proteger el superior interés del niño. ¿Cómo? Reconociendo el ámbito familiar en el que está integrado desde su nacimiento, y es que el «niño» tiene relaciones familiares de hecho que deben ser respetadas en la filiación que ha de determinarse.

La jurisprudencia del TEDH emplea en las sentencias aludidas *supra* una terminología muy similar a la de la Sentencia del Tribunal Constitucional, en el recurso de amparo de la mujer comitente para la constitución del vínculo adoptivo. Así, se habla de relación familiar, núcleo familiar *de facto*, posesión de estado, contexto familiar, efectiva integración, personas responsables de su educación, realidad familiar de convivencia y afectividad de hecho, etcétera.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 28/2024, de 27 de febrero de 2024, no se debatió el tema de la gestación subrogada. No se trataba de la denegación de la inscripción de la filiación en el Registro Civil, basada en certificaciones de Registro extranjero, ni en la denegación de la inscripción por un Tribunal extranjero. En el caso en cuestión, el esposo era titular del gameto masculino e inscribió la filiación en el Registro Civil Consular. El Ministerio fiscal no impugnó *ex post*... Simplemente, se limitó a indicar que el contrato de gestación subrogada era fraudulento. En el supuesto, como argumenta la sentencia (punto 6), no se había ejercido acción alguna dirigida a impugnar la filiación paterna que figuraba y constaba inscrita en el Registro Civil. Recuérdese que, a tenor del Artículo 113 del Código civil, la filiación se acredita, entre otras vías, por la inscripción en el Registro Civil.

III. LA DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN Y EL SUPERIOR INTERÉS DEL NIÑO

Se parte, en concreto, del análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero de 2024, en cuanto al planteamien-

to de los derechos fundamentales argüidos por la demandante del amparo. Este fue acogido parcialmente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, a mayor abundamiento, la motivación reforzada en la determinación de la filiación, la protección de la familia y el interés superior de los niños, conforme con el Artículo 24.1 de la Constitución española.

La demandante sustentó el recurso, también, con base en otros derechos fundamentales que fueron desestimados. Así, se rechazó el derecho a la integridad moral (Artículo 15 de la Constitución), ya que en el cuerpo de la demanda no había explicación probatoria fáctica ni jurídica, acerca de la lesión de este derecho.

Asimismo, se descartó la infracción del derecho a no padecer «inde-fensión», pues no se colegía que se le hubiese impedido el ejercicio de su derecho de defensa. Más bien, pudo presentar cuantas alegaciones estimó convenientes y, en ningún momento, se coartó el ejercicio del principio de contradicción y, mucho menos, su derecho de defensa.

A la vez, se desestimó la invocación de la infracción del derecho a la igualdad y a no ser discriminado (Artículo 14 de la Constitución). Para contextualizar con claridad el argumento, ha de recordarse que la demandante en amparo había constituido un vínculo adoptivo con uno de los hijos nacidos como consecuencia del contrato de gestación en el que ella era pareja comitente. La determinación de la filiación paterna del esposo de la comitente se había producido mediante un acta de manifestaciones de la madre gestante en la cual renunciaba a la maternidad. Después, la mujer comitente inició en España el expediente de adopción en el juzgado de primera instancia competente, y el Ministerio Fiscal no impugnó la decisión, con lo cual devino firme el auto del juez, con él, la determinación del vínculo adoptivo.

Ahora bien, en el caso que desencadenó el recurso de amparo, la única razón diferencial con el antes referido, fue que el Ministerio Fiscal impugnó, ante la Audiencia Provincial, el auto del Juzgado de primera instancia que reconoció la adopción, lo cual prosperó. El Tribunal Constitucional, por el contrario, declaró la nulidad del auto de la Audiencia que desestimó la adopción y confirmó el del Juzgado de primera instancia.

Lo que parece a primera vista trato desigual y discriminatorio no lo es. Así, en el texto de la sentencia comentada se razona:

1. El derecho a la igualdad en la aplicación de la ley garantiza que los tribunales resuelven conforme a sus propios precedentes, salvo que de forma reflexiva y como consecuencia de un diferente entendimiento del ordenamiento jurídico decidan cambiar de criterio.
2. El tratamiento «desigual» en la aplicación del Derecho debe atribuirse al mismo órgano judicial, aquí por un lado el juez de primera instancia estimó la petición y la Audiencia Provincial lo resolvió de forma diferente. Luego no eran órganos judiciales idénticos.
3. En cuanto a la discriminación (Artículo 14 de la Constitución) si no hay contravención en la aplicación de la igualdad de la ley, tampoco discriminación en el trato. De hecho, por un lado, hubo un vínculo adoptivo que devino firme en el mismo órgano judicial que estimó, también, el vínculo adoptivo del segundo; si bien en este caso se apeló y la Audiencia Provincial resolvió «en contrario»; pero no hubo diferencia de trato. Como dice la sentencia «el elemento temporal no tuvo incidencia en el razonamiento que llevó a la Audiencia Provincial a modificar el criterio. Las condiciones del nacimiento fueron idénticas para ambos».

Continuando con la argumentación de los derechos fundamentales invocados, también se desestimó la pretensión de infracción del derecho a la intimidad personal y familiar (Artículo 18 del Código civil), porque tampoco se deducía que hubiera una «intromisión ilegítima en ese ámbito de lo íntimo mediante la divulgación de datos referidos a la filiación del niño». Lo que existía era un problema en torno a la determinación de la filiación. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal debía haber impugnado la inscripción en el Registro Civil Consular, lo cual no hizo; luego, el varón comitente no tenía por qué reclamar una filiación paterna, que ya tenía. En consecuencia, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional «no nos encontramos en el ámbito protegido por el Derecho a la intimidad personal y familiar [...]».

La Sentencia del Tribunal Constitucional afirma otra cosa importante, derivada de la jurisprudencia del TEDH, el criterio de interpretación de normas circunstanciales relativas a los derechos y las libertades fundamentales, en el que se integran aspectos de la identidad del individuo con el contenido del derecho a la vida privada, protegido por el Artículo 8.1 del CEDH. Así, las personas pueden determinar los elementos que componen su identidad como ser humano, lo

que incluye su filiación (asuntos Menneson contra Francia, Labassee contra Francia, entre otros).

Se concluye, entonces, que el hecho de que la Constitución española no reconozca un derecho fundamental a la vida privada y familiar, en los términos reconocidos en el Artículo 8 del CEDH, no supone que los elementos constitutivos de la identidad de la persona, vinculados con el libre desarrollo de la personalidad, así como las relaciones de protección den el nuestro ordenamiento constitucional no estén contemplados en su ámbito de referencia.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional estimó parcialmente el recurso y declaró que se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva y en concreto «el derecho a una resolución judicial motivada y fundamentada en derecho, derivado del derecho a la tutela judicial efectiva» (Artículo 24.1 de la Constitución), que no significa solo poder acceder a los tribunales y solicitar la tutela de los derechos, sino obtener una resolución que entre en el fondo del asunto, con una resolución congruente a la petición de las partes. Y ello implica motivar, explicar las razones que permitan conocer los criterios jurídicos. En el caso, sí había un núcleo familiar (como demostró su existencia), por lo que había que buscar las razones jurídicas que preservasen el interés superior del niño, las que se hallaron en la adopción por la comitente.

Tal como explica la sentencia, cuando están en juego los valores superiores del ordenamiento constitucional y los derechos fundamentales, como la vida privada familiar del niño, la motivación debe ser más rigurosa, porque se está valorando la determinación de la filiación, lo que permitirá al niño desarrollar su identidad y personalidad. Aquí entra en juego el Artículo 39 de la Constitución, referido a la protección integral de los hijos y la obligación hacia los padres de prestarles asistencia de todo orden durante la minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.

La constitución del vínculo adoptivo, como dice el Tribunal Constitucional, derivaba del hecho de que la demandante había convivido con el hijo desde el nacimiento de este. En palabras textuales, se subraya:

que el niño vivía con su progenitor y la adoptante desde su nacimiento, que el núcleo familiar se consideraba estable por

lo que podía garantizar el necesario equilibrio para el desarrollo del niño, que el matrimonio había llevado a cabo el procedimiento de gestación por sustitución de mutuo acuerdo y con la voluntad de asumir las funciones parentales, que la unidad familiar contaba con los medios económicos para garantizar la cobertura de las necesidades del niño y que el progenitor y la adoptante tenían la capacidad suficiente para cubrir sus necesidades afectivas y educativas.

Adicionalmente, se enfatizaba que la adoptante tenía unas circunstancias personales, económicas, familiares y sociales que le permitían ejercer las responsabilidades parentales sobre el niño adoptado, así como una adecuada capacidad, aptitud y motivación, para atender sus necesidades, por lo que se consideraba que lo más beneficioso para el niño era que ella pudiera ejercer la patria potestad.

Todo ello da pie para concluir que, en armonía con la doctrina jurisprudencial emanada del TEDH, basada en el Artículo 8 del CEDH, cuando exista «relación de familia» (en este caso, una convivencia ininterrumpida, con la adopción firme de uno de los hijos, y una segunda determinación del vínculo adoptivo estimada en primera instancia), el Estado —el ordenamiento jurídico— debe permitir que ese vínculo se desarrolle y otorgar la necesaria protección jurídica, es decir, la estimación del vínculo adoptivo que hiciera posible la integración del niño en su familia, como resolvió el Tribunal Constitucional, no solo con el varón —progenitor biológico— que determinará la filiación paterna, sino también con la madre comitente, por medio de la adopción del niño. Finalmente, la sentencia reiteró la doctrina del TEDH: «las soluciones que hayan de buscarse, habrán de partir de este dato (núcleo familiar estable) y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, mediante la adopción como es el caso que nos ocupa».

Para concluir, debe indicarse que, a tenor de las últimas modificaciones, se halla vigente la Instrucción de 28 de abril del 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, según la cual la determinación de la filiación, como dice Pérez (2019), se efectuará por los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español: filiación biológica, en su caso, con respecto a alguno de los progenitores de intención, y filiación adoptiva posterior, cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías.

En realidad, a juicio del autor, la reciente instrucción no reitera otra cosa que la doctrina jurisprudencial, sobre todo a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014, que en aras de la consolidación del núcleo familiar ya existente, lo vehiculizó formalmente a través de la reclamación de la filiación paterna —varón comitente titular del gameto masculino— y la determinación del vínculo adoptivo por parte de la esposa de aquel, al existir una firme y consolidada posesión del estado familiar. A mayor abundamiento, este fue un criterio determinante también en la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2024, examinada con anterioridad.

Queda claro con la Instrucción de 28 de abril de 2025 que no se admitirá en los registros civiles consulares, como título apto para la inscripción de nacimiento, una certificación extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica del nacimiento del niño, ni la sentencia firme de la autoridad judicial extranjera. La determinación de la filiación se efectuará conforme con los medios previstos en la legislación española. Esto es la filiación biológica, en su caso (respecto de alguno de los progenitores); luego, uno de los dos tiene que ser titular del gameto fecundante, y la filiación adoptiva, cuando se pruebe la posesión de estado en el núcleo familiar de la pareja comitente.

Ahora bien, la reclamación de la filiación será la paterna y la constitución del vínculo adoptivo, la materna, ya que, aunque la mujer comitente hubiera aportado su óvulo, la madre, según la legislación española, siempre será la gestante, pues la filiación viene determinada por el parto.

IV. CONCLUSIONES

Conforme con la normativa española, es nulo el contrato de gestación subrogada (Artículo 10, Ley de reproducción humana asistida).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo —sentencias de 6 de febrero de 2014, 31 de marzo de 2022, 16 de mayo de 2023, 17 de septiembre de 2024, entre otras— y la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 27 de febrero de 2024, confirman que el contrato de gestación subrogada es contrario al orden público, ya que cosifica a la mujer gestante y al niño, y vulnera los principios fundamentales reconocidos

en el ordenamiento jurídico nacional, ya que supone una forma de violencia contra las mujeres.

En una consideración *de lege* detenida debería contemplarse la analogía con la normativa de la adopción internacional. Asimismo, es fundamental partir, en todo caso, de un control judicial del consentimiento de la gestante, evitar la mercantilización y la vulnerabilidad de esta, y que ella pueda revocar el consentimiento, así como que la pareja comitente acredite un núcleo familiar estable.

La Instrucción vigente, de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en torno al régimen registral de los nacimientos mediante gestación subrogada, establece que la determinación de la filiación se efectuará por los medios ordinarios previstos en la ley: filiación biológica con respecto a alguno de los progenitores de «intención» y filiación adoptiva, si se prueba la existencia de un núcleo familiar, es decir, la posesión de estado de la filiación.

La jurisprudencia española reconoce el derecho a la identidad y la filiación del niño como parte integrante de la vida privada familiar, resguardada en el Artículo 8 del CEDH.

V. REFERENCIAS

- Belinchón Romo, M. R. (2019). Gestación subrogada: Especial referencia a la situación y a la voluntad de la mujer para prestar el consentimiento en el contrato de gestación para otro. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 167-194. Dykinson.
- Blanes Jover, J. (2025). Intimidad personal y familiar, domicilio del niño y gestación subrogada. En Santillán Santa Cruz, R. y Pérez Monge, M. (Dirs.). *Persona y familia en la jurisprudencia: Tendencias actuales*, 109-122. Aranzadi - La Ley.
- Cerrada Loranca, C. (2019). Inscripción de nacimiento según la ley 20/2011 de RC, modificada por la Ley 19/2015. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación*

- subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 427-431. Dykinson.
- Ferrer Vanurell, P. (2019). La posición de los distintos grupos parlamentarios y la PL presentada por GP Ciudadanos sobre la Gestación subrogada. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 112-116. Dykinson.
- Ferrer Vanurell, P. (2018). El llamado superior «interés del niño» de los nacidos como consecuencia del contrato de gestor para otro. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanurell, M. P., Torres Lana, J. A. y Achón Bruñen, M. J. (Dirs.). *Estudio sistemático de la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*, 73-100. Dykinson.
- Fernández de la Vega, P. (2019). Gestación subrogada y la jurisprudencia del TEDH. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 370-374. Dykinson.
- Garau Juaneda, L. (2019). Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre los efectos de una gestación subrogada, legal en el país donde se ha llevado a cabo, en estados vinculados por el Convenio Europeo de Derechos humanos en los que rige su prohibición. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 441-451. Dykinson.
- Gutiérrez Barrenengoa, A. (2019). El artículo 10 de la Ley 14/2006 y su análisis comparativo con lo dispuesto en otras legislaciones permisivas: Especial atención a EE. UU. y reflexión sobre cláusulas habituales en estos contratos. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación*

- subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 225-231. Dykinson.
- Jordá Doménech, C. (2025). La modificación del lugar de nacimiento en las inscripciones registrales más allá de los supuestos legalmente previstos. STS núm. 1141/2024, de 17 de junio (RJ 2024, 4370). En Santillán Santa Cruz, R. y Pérez Monge, M. *Persona y familia en la jurisprudencia: tendencias actuales*, 123-134. Aranzadi La Ley.
- Linares Noci, R. (2019). El contrato de gestar para otro: Aspectos legales. La posición crítica de los tribunales españoles. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 202-207. Dykinson.
- Lledó Yagüe, F. (1987). Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial. Congreso de los Diputados.
- Lledó Yagüe, F. (2019). La filiación en la gestación subrogada: El Estado de la cuestión (1988-2019). En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 31-73. Dykinson.
- Magariños Blanco, V. (2019). Reflexiones sobre la maternidad subrogada. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 85-91. Dykinson.
- Monje Balmaseda, O. (2019). La problemática de la inscripción de la filiación en supuestos de gestación subrogada: Las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019, y la posición de los Órganos jurisdiccionales y del TEDH. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y*

- médicas, Su evolución y consideración (1988-2019)*, 247-266. Dykinson.
- Monje Balmaseda, O. (2019). La maternidad subrogada en el TEDH. El interés del niño como bien jurídico». En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 262-267. Dykinson.
- Palacios Alonso, M. (2019). Gestación de sustitución (1984-2019). En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 3-24. Dykinson.
- Pérez Monge, M. (2019). La maternidad subrogada: gestación comercial. Deseos y derechos, Aspectos a favor y en contra, y futuro de la gestación subrogada en España. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 535-560. Dykinson.
- Pérez Monge, M. (2025). Gestación por sustitución: aproximación de las instrucciones de la dirección general de seguridad y fe pública a la regulación y jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, (25), 69-83. Dykinson. <https://www.dykinson.com/cart/download/articulos/10206/>
- Reyes López, X. (2019). El contrato de Gestación subrogada en algunos países fuera de la UE. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 133-165. Dykinson.
- Sánchez Sánchez, A. (2019). El informe de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y notariado. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I.,

- Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 322-323. Dykinson.
- Sánchez Sánchez, A. (2019). La Instrucción del 5 de octubre de 2010. En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vandrell, M. T., Benítez Ortúzar, I., Ochoa Marieta, C., Monje Balmaseda, O. (Dirs.). *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, 359-364. Dykinson.
- Torrada Erruz, M. (2011). El contrato de gestación por sustitución. En Lledó Yagüe, F. y Sánchez Sánchez, A. *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de familia*, 616-622. Dykinson.
- Vázquez Muiña, T. (2025). Maternidad subrogada y adopción, a propósito de la sentencia Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2024, una visión comparada con Italia. Santillán Santa Cruz, R. y Pérez Monge, M. (Dirs.). *Persona y familia en la jurisprudencia: Tendencias actuales*, 179-190. Aranzadi La Ley.
- Zouak Lara, P. (Julio-septiembre, 2024). La filiación de niños nacidos por gestación por sustitución: situación actual en España y perspectiva de futuro. *Revista de Derecho Civil*, 11(3), 243-291. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/965>

LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN EL ESTADO DE DERECHO: PRESUPUESTOS Y CONTROL JURISDICCIONAL

REGULATORY POWER IN THE RULE OF LAW: FOUNDATIONS AND JUDICIAL OVERSIGHT

■ **M. Sc. YOMAYS OLIVAREZ GAINZA**

Presidente de Sala,¹ Tribunal Supremo Popular, Cuba

<https://orcid.org/0009-0005-3453-809X>

yomays@tsp.gob.cu



Resumen

La prolija actividad reglamentaria de la Administración pública sitúa en primer plano la necesidad de que los ciudadanos cuenten con garantías suficientes para que ese poder opere según los márgenes constitucionales. La comprobación de la legalidad de los reglamentos se erige, por tanto, en una condición ineludible para la realización de los postulados del Estado democrático. El control judicial procura verificar que la *potestas reglamentatis* se ejerza con sujeción al imperio de la ley y desterrar así todo indicio de arbitrariedad. Para ello, se requiere repasar la naturaleza jurídica de la actividad administrativa, sus presupuestos, características esenciales y el marco en el cual ha de conducirse la Administración pública. El presente trabajo se enfoca en tal cometido. A la par, sistematiza los presupuestos teóricos del reglamento y sienta pautas para el perfeccionamiento de los mecanismos de enjuiciamiento.

Palabras clave: Derecho administrativo; potestad reglamentaria; reglamento; tipos de reglamentos; control judicial.

Abstract

The extensive regulatory activity of the Public Administration brings to the forefront the need for citizens to have sufficient

1 Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo.

guarantees to ensure that this power operates within constitutional boundaries. Verifying the legality of regulations thus becomes an unavoidable condition for fulfilling the postulates of the democratic State. Judicial review seeks to verify that the regulatory power is exercised in accordance with the rule of law, thereby banishing any hint of arbitrariness. This requires an examination of the legal nature of administrative activity, its foundational premises, essential characteristics, and the framework within which the Public Administration must operate. This paper is devoted to this task. Concurrently, it systematizes the theoretical foundations of regulations and establishes guidelines for improving the mechanisms of judicial review.

Keywords: *Administrative law; regulatory authority; regulation; types of regulations; judicial review.*

Sumario

I. Introducción; II. Acercamiento a la potestad reglamentaria; III. El reglamento: Concepto, terminología, naturaleza y distinción de figuras afines; IV. Mirada desde la doctrina y el ordenamiento iusadministrativista cubano; 4.1 Los órganos depositarios de la potestad reglamentaria; 4.2. El reglamento y el ordenamiento procesal administrativo; V. Clasificación de los reglamentos; VI. Límites; 6.1. Formales; 6.2. Materiales o sustanciales; VII. Conclusiones; VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La abundante producción de reglamentos y las garantías que deben reconocerse a los ciudadanos frente al poder de la Administración pública (AP) para que esta no vulnere los límites constitucionales ha devenido condicionante para la comprobación de la conformidad de aquellos con la legalidad, pues solo así pueden cumplirse las premisas del Estado democrático y satisfacerse uno de los objetivos primordiales del Derecho administrativo moderno, como es el destierro de todo indicio de arbitrariedad en el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico reconoce a los poderes públicos, los que han de someter toda su actuación al Derecho.

A ello se añade, tal como apunta Arias (2013), que «si el Estado intenta potestades con el fin de cumplir sus cometidos, resulta apenas

casi natural que exista control judicial de su actuar» (p. 23). En esta misma línea, Merkl (1935) apunta que, como «la Administración es ejecución del derecho expresado en fórmulas generales [...], toda acción administrativa corre el peligro de contradecir alguno de los preceptos jurídicos que han de ser aplicados al administrar» (p. 462). Por ello, el ideal de justicia administrativa ha permitido crear un conjunto de instrumentos técnico-jurídicos encaminados al control de la legalidad de la actuación administrativa, desde sus diferentes vertientes, para coadyuvar al sometimiento de la AP a los fines que la justifican.

Uno de estos mecanismos es, precisamente, el control judicial, que constituye el resguardo por el cual se asegura con mayor efectividad este cometido. El proceso contencioso-administrativo es el conjunto de actos y trámites mediante los cuales se garantiza la objetividad, neutralidad e independencia de la decisión administrativa y se asegura la realización de un fin público, por la misma Administración, con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia, dentro del respeto debido a los derechos de los particulares.

Ahora bien, la potestad reglamentaria de la AP no siempre estuvo sujeta al control judicial. Su relación con la ley condicionó que, en los inicios, fuera excluida la revisión por parte de los órganos jurisdiccionales —el *Conseil d'État*—, criterio que se rebasó muy pronto, pues en tanto norma emanada del ejecutivo, tenía carácter administrativo y, por consiguiente, posibilidad de impugnación. Lo dicho supuso una nueva etapa en la revisión de la actividad reglamentaria, matizada por el control colateral, mediante recursos indirectos, en los cuales se combatía el acto de aplicación. Paulatinamente, la prolífera jurisprudencia del Consejo de Estado francés fue ampliando la posibilidad de impugnación directa e instauró lo que pudiera calificarse como una tercera etapa en el control judicial.

Sin embargo, esta evolución que se ha manifestado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos foráneos no tuvo un reflejo similar en el contencioso-administrativo cubano que, hasta bien entrado el siglo XXI, permaneció inmutable a ese desarrollo doctrinal, estancado en el rígido canon revisor que fuera instaurado con la entrada en vigor de la Ley de Santamaría de Paredes de 1888 y que trascendió hasta la derogada Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977. La ambigüedad en la regulación del control judicial de los reglamentos provocó

su invisibilidad, lo que trajo como consecuencia que la actividad impugnatoria en este tema fuera prácticamente nula.

Con la promulgación de la Constitución de 2019 tal panorama comenzó a cambiar. Bajo sus estrictos mandatos —disposición transitoria décima—, se produjo una reforma judicial y procesal que derivó en la aprobación, el 28 de octubre de 2021, de la Ley No. 142, del proceso administrativo. En palabras del profesor Matilla (2022, p. 524), esta disposición normativa ha superado una larga etapa anterior y se posiciona como el núcleo central en el que, por fin, y tras más de un siglo de aguardar, se perciben aires de progreso y renovación en esta área específica del Derecho procesal cubano.

En lo que concierne al control de los reglamentos, la nueva Ley muestra esos avances. Esclarece con precisión las pretensiones que pueden ser formuladas contra estos y, en el título dedicado a las resoluciones judiciales, especifica claramente las consecuencias de un fallo estimatorio. Ahora bien, la falta de sistemática, desde el plano doctrinal, ante el insuficiente estudio en el ámbito nacional de esta arista de la actividad administrativa, muy unida a la ausencia de pronunciamientos, puede incidir en un inadecuado control judicial, lo cual conmina a la necesaria sistematización de los elementos más relevantes de dicha institución. Por ello, este artículo parte del problema investigativo: ¿Cuáles son los presupuestos teóricos que deben pautar el adecuado control judicial del reglamento, como objeto del proceso administrativo cubano?

El objetivo central es fundamentar los presupuestos teóricos que deben pautar el adecuado control judicial del reglamento, como objeto del proceso administrativo cubano, con el fin de fortalecer el marco jurídico de la APAP y las garantías de los ciudadanos. Para ello, se propone sistematizar los fundamentos históricos y teóricos del reglamento y sus límites, caracterizar la evolución del control judicial y evaluar críticamente su tratamiento normativo actual en el ordenamiento cubano. El abordaje metodológico para alcanzar estos objetivos es integral, se apoya en el análisis histórico-jurídico de la evolución del control, el método teórico-jurídico para construir una base conceptual sólida, el Derecho comparado para identificar tendencias, y el análisis jurídico de la legislación y doctrina nacionales, por lo cual utiliza, como técnica principal, el análisis documental de fuentes bibliográficas, legales y jurisprudenciales.

II. ACERCAMIENTO A LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Santamaría (2009) apuntaba, con razón, que «lo que hoy entendemos por reglamento y potestad reglamentaria es el resultado de una pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el poder ejecutivo y las asambleas legislativas» (p. 323); que, aunque tiene sus orígenes en la baja Edad Media, en los tiempos de la Revolución francesa, alcanzó sus matices más elevados.

Así, según Muñoz (1975, p. 145), en los momentos iniciales de la efervescencia gala, cuando se intentó el replanteamiento general de la organización del Estado, el principio de la división de poderes condujo a la interdicción de cualquier sombra de potestad de dictar normas jurídicas en manos del ejecutivo. Las asambleas legislativas monopolizaron esta facultad. Por tal motivo, el Decreto de la Asamblea Nacional, de 1.º de octubre y 3 de noviembre de 1789, prohibió al Rey dictar cualquier tipo de norma, salvo las que tuvieran por finalidad recordar la aplicación de las leyes, lo que posteriormente fue eliminado por la Constitución de 1793.

Estos principios liberales tuvieron que enfrentarse a una monarquía que se resistía a perder los poderes que detentaban, entre ellos, la legitimación propia a favor de crear Derecho. Por ello, la marcha atrás llegó de inmediato y la Constitución del año III volvió a autorizar al Directorio a realizar *proclamations*; en tanto la Constitución bonapartista del año VIII atribuyó a francamente al Gobierno un poder reglamentario para la ejecución de las leyes: *Le Gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution*. En solo 10 años, los principios revolucionarios quedaron totalmente olvidados (Santamaría, 2009; García de Enterría, 1998).

El cambio radical que propugnaban los revolucionarios franceses removía toda la estructura social y solo era viable con un poder gubernamental activo, constante, que se volcara hacia la AP (García de Enterría, 1998, p. 52). El poder reglamentario limitaba su cometido a hacer cumplir las leyes, lo que produjo seguidamente, durante el siglo XIX, un crecimiento absolutamente sigiloso de nuevas formas reglamentarias que rebasaran aquellos límites.

La interpretación heterodoxa que los revolucionarios franceses dieron al principio de separación de poderes y las necesidades prácti-

cas de reconocer potestades de creación normativa a favor del ejecutivo, para «asegurar la ejecución» de las leyes en general, es decir, el cumplimiento del bloque de la legalidad entero, permitió la aparición del reglamento como disposición independiente y sentó la idea de que la autonomía del ejecutivo encerraba un poder reglamentario general que le es inherente (García de Enterría, 1998, p. 47).

Así, dadas las características propias de la actividad de la AP, el reglamento pasó a ocupar un lugar importante entre las fuentes formales de esta rama del Derecho; de hecho, constituye la de mayor importancia cuantitativa del Derecho administrativo, pues, sin las disposiciones reglamentarias sería imposible concebir la regulación normativa de las múltiples operaciones del ente público, a partir del inicio del siglo XIX, ya sea por el incremento de técnicas dirigidas a atribuir a las normas del Gobierno una función o fuerza equivalente a la de las leyes, por medio de leyes de habilitación o deslegalización, o por el crecimiento de la potestad reglamentaria, mediante la atribución a órganos administrativos distintos del Gobierno central, como son las entidades locales y, sobre todo, cada uno de los ministros.

A esta hipertrofia de la potestad reglamentaria ha contribuido, también, según afirma Santamaría (1991, p. 707), la aceptación de la existencia de una potestad originaria de desarrollo de las leyes, no condicionada a la habilitación expresa que estas concedan, criterio que se comparte. Se trata de un enriquecimiento de la potestad normativa del Gobierno en su ámbito primario de ejecución de las leyes. Se entiende que la potestad reglamentaria es propia del Poder Ejecutivo, al que la Constitución se la atribuye para el desarrollo de las leyes o su ejecución, por lo cual no depende, para su válido ejercicio, de autorizaciones concretas establecidas en cada ley o en el propio texto constitucional.

No obstante, las constituciones seguían ocultando ese poder normativo de la AP o reduciéndolo a la mera ejecución de las leyes, cuando ya había desbordado, por mucho, tal papel. Esto provocó una inercia que, según refiere Santamaría (1988, p. 229), no fue superada hasta bastante después del fin de la Segunda Guerra Mundial. Solo entonces la doctrina comenzó a reconocer que, en un Estado democrático, la AP es desempeña una función legítima, y, por tanto, la potestad reglamentaria configura una actividad pública ordinaria, potencialmente peligrosa para los valores que encarna el Estado de Derecho,

pero no intrínsecamente perversa ni nociva. Con ello, comienza a entenderse, también, la posibilidad de control jurisdiccional de esta manifestación y otras de la actividad de la AP. Dicho cambio estuvo condicionado, a la vez, por la mutación de paradigma hacia el Estado social y el desarrollo del constitucionalismo a partir de la segunda mitad del siglo xx, debido a la enorme trascendencia que, en el plano jurídico-constitucional, cobraron los derechos humanos y, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva.

De cualquier forma, la potestad reglamentaria no surgió de modo idéntico en todos los países, sino que se manifestaron dos modelos claramente diferenciados, consecuencia, ambos, de las distintas circunstancias históricas y sociales dadas en los diversos espacios geográficos. El modelo francés se caracteriza por la tradicional visión jacobina del Estado, sucintamente analizada en líneas precedente; mientras el germánico, con su sistema de legitimación dual del poder, de manera inversa a lo acontecido en Francia, limitó la ley, la que solo tenía ámbito de regulaciones en aquellas cuestiones que afectaban la libertad y la propiedad de los súbditos (Santamaría, 2009, p. 327).

La potestad reglamentaria se configura, entonces, a partir de una dialéctica en la cual la AP cede unas prerrogativas y retiene otras, o las comparte, aunque de manera residual, entre los poderes exorbitantes con que cuenta para el cumplimiento de sus fines. Este es el fundamento histórico de la facultad en virtud de la cual la AP dicta reglamentos, quizás, como se ha visto, su potestad más intensa y grave, pues implica participar en la formación del ordenamiento jurídico. De este modo, la AP no es solo un sujeto de Derecho sometido, como los demás, a un ordenamiento que le es impuesto, sino que tiene la capacidad de formar, en cierta medida, su propio ordenamiento y, aun más, el de los demás.

Unida a esta fundamentación histórica de la potestad reglamentaria, se identifica una justificación lógica, en tanto es imposible que el poder legislativo prevea todas las contingencias que surgirán en la ejecución de las leyes e, incluso, las diversas situaciones en que la AP podrá encontrarse, cuestión acrecentada en la actualidad, dada la multiplicidad de tareas que despliega el ente público, todo lo que aconseja que este pueda desarrollar la ley —reglamentos ejecutivos— o regular situaciones no previstas en ella —reglamentos

independientes—, siempre que no vulnere otras normas del ordenamiento jurídico. Vale añadir la necesidad de dar flexibilidad a la regulación de determinada materia, para hacer más fácil su modificación en una norma posterior, ya que el procedimiento normativo de la AP es más ágil que el legislativo (González, 1987, p. 41; Jinesta, 2001, p. 157).

Por último, existe un fundamento jurídico que sirve de sustento a los anteriores y deviene esencia de la potestad reglamentaria, pues de nada servirían aquellos, si el Derecho positivo no facultase a la AP, explícita o implícitamente, para que dicte reglamentos. Precisamente, en el ordenamiento jurídico positivo se encuentra la respuesta a la cuestión examinada, pues este, unas veces de manera directa y, otras, indirectamente, atribuye a la AP y, más en concreto, a órganos determinados, la potestad de vincular a los administrados con carácter general e indefinido, mediante sus actos (Zanobini, 1954, p. 104).

En resumen, la AP tiene competencia para dictar actos normativos. La potestad reglamentaria tiene un fundamento histórico, que se asienta en su carácter residual, pues, tras el intento de dividir las distintas funciones antes concentradas en el rey y, más concretamente, las de la AP, se reservó a esta el papel de ejecutora de la ley, pero, también, se le atribuyeron funciones jurisdiccionales y legislativas, aunque residuales (Ortega, 1992, p. 153). Además, tal prerrogativa tiene un fundamento jurídico, dado que debe estar atribuida, expresamente, a un órgano. Estos mismos fundamentos subyacen en el control judicial a la actividad reglamentaria.

III. EL REGLAMENTO: CONCEPTO, TERMINOLOGÍA, NATURALEZA Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

El reglamento es una categoría jurídica cuyo contenido y cuyos perfiles distan de ser nítidos y pacíficamente establecidos en la doctrina; ello, en lo fundamental, porque, como afirma Gordillo (2003, p. 229), con la aplicación del principio de la separación de poderes, el dictado de normas generales corresponde, en principio, al órgano legislativo y no al ejecutivo, razón por la cual, la facultad de este para dictar reglamentos debe entenderse, siempre, con reservas; no le pertenece *proprio iure*, sino como excepción. No obstante, el regla-

mento es, a la vez, la más extendida y problemática de las fuentes del Derecho administrativo. Su extensión deviene de una tendencia sempiterna de la AP a fijar, continuamente, normas generales propias para todo lo que hace; de ahí que, en el lenguaje común, la palabra reglamentarista sea sinónimo de previsión detallada.

Etimológicamente, reglamentar significa acción y efecto de reglar, es decir, de someter a reglas cualquier actividad humana. El vocablo reglamento deriva de las voces latinas *regula* —reglar— y *mentum* —acción o efecto de—, de lo cual sigue que, en una definición básica, el reglamento consiste en un acto normativo dictado por la AP en virtud de su competencia propia (Entrena, 1986, p. 135), y mediante el que se detalla una disposición jurídica superior, a los efectos de su mejor ejecución y cumplimiento; de ahí su rango subordinado a la ley (González, 1987, p. 418), que produce efectos jurídicos generales en forma directa (Gordillo, 2003, pp. VII-16), aunque, desde una concepción más amplia, se presenta como un conjunto de reglas por medio de las cuales debe realizarse el referido tipo de actividad.

La terminología empleada para poner en vigor un reglamento, ya sea que derive de disposiciones jurídicas superiores o de la potestad reglamentaria propia de las autoridades, es extraordinariamente variada, lo que obedece a la diversidad de formas en que puede exteriorizarse, según la cultura jurídica de cada país. Así, puede encontrarse bajo la denominación de decreto, resolución, orden ministerial, bando, carta, ordenanza, etcétera, pero siempre precisa de un acto reglamentario que lo ponga en vigor; de lo contrario, el cuerpo reglamentario por sí solo no tiene entidad de disposición jurídica normativa.

La función que desempeña el reglamento en el desarrollo de la ley administrativa, la facilidad para elaborarlo y ponerlo en vigor, y la posibilidad, siempre expedita, de modificarlo o derogarlo, sin necesidad de reformar o derogar la disposición jurídica superior, lo convierten en un instrumento adecuado para la riqueza propia del quehacer administrativo del Estado y casi inagotable. No quiere ello decir que una ley que no sea administrativa no pueda reglamentarse. Así acontece, por ejemplo, con las leyes electorales. Sin embargo, este trabajo solo se refiere a las disposiciones que se dicten en una función administrativa (Gordillo, 2003, pp. VII-16).

No pocos autores han sostenido que la determinación de la naturaleza jurídica del reglamento es polémica, y, sin embargo, de vital significación para justificar la necesidad de establecer presupuestos diferenciadores, en lo tocante a su revisión por los órganos judiciales, con respecto a los demás actos emanados de la actividad administrativa.

Desde Hauriou (1919), tal distinción ha estado en constante discusión. Para él, la potestad reglamentaria y, por consiguiente, el reglamento, es cualitativamente diferente a otros actos administrativos, en tanto para la primera, el órgano emisor debe estar habilitado, mientras que en las demás no se requiere tal habilitación, habida cuenta de que ellas son ínsitas a todo órgano administrativo y, por ende, no precisan el pronunciamiento expreso de una norma de producción. En criterio del autor, esta tesis diferenciadora es insostenible, ya que, en el Derecho administrativo, todas las potestades han de estar atribuidas; de lo contrario, contravendrían los incardinados principios de legalidad y competencia sobre los que se yergue esta rama del Derecho.

Un sector doctrinal, entre el que se encuentran Merkl (1935, pp. 231-251), García Oviedo-Martínez (1962, p. 279-280) y Garrido (1994, p. 239), considera el reglamento como acto administrativo, al igual que todos los que nacen de la AP y están regulados por el Derecho administrativo, con la posibilidad de hacer efectiva tal sumisión mediante el recurso contencioso-administrativo. Así, se realiza una distinción entre actos jurídicos generales —reglamentos— y concretos —todos los demás—. Conforme con esta clasificación, la única diferencia entre los reglamentos y los restantes actos administrativos reside en que aquellos establecen derecho o regulan jurídicamente una pluralidad de casos, en tanto estos, a los que Merkl (1935, pp. 231-251) denomina «actos individuales de las autoridades administrativas», crean o fijan el derecho para un caso individual.

La anterior propuesta, en su empeño por distinguir los distintos tipos de actos administrativos, subraya que los reglamentos, son «establecedores del Derecho», con lo cual remarcen el carácter normativo de estos, que es el sello distintivo de esta actuación de la AP.

Otro sector doctrinal, en el que se inscribe Guimarães (1908), establece distancia entre el acto administrativo y el reglamento, y tilda al segundo de ser un acto normativo. El autor citado, al definir las

fuentes del Derecho administrativo portugués, significa «la ley, el reglamento, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, siendo las dos primeras, fuentes normativas» (p. 142). De modo similar, Campo (1917 sostiene que el «[...] acto administrativo é uma manifestação especial da vontade dentro dos limites do direito objectivo é criadora de uma situação jurídica subjetiva» (p. 73). Seguidamente, en clara referencia a los reglamentos expresa: «[...] a manifestação geral da vontade é característica dos actos legislativos» (p. 73). Por su parte, Cassagne (2002) asegura que «la actividad reglamentaria es una actividad materialmente legislativa o normativa» (p. 173), distinta a la administrativa, con lo cual alude a los actos administrativos.

En este mismo orden, afirma Entrena (1986, p. 136) que, aunque se dan unos puntos comunes indudables entre los reglamentos y los restantes actos de la AP, sujetos al Derecho administrativo —y, por tanto, nada se opone a que se considere acto administrativo todo acto de la AP sujeto al Derecho administrativo, también el reglamento—, cabe distinguir entre los actos administrativos normativos y los que no contienen normas jurídicas. Así, subraya las diferencias entre ambas figuras. En igual sentido, Fraga (1985, p. 106) refiere que el reglamento, desde el punto de vista formal, constituye un acto administrativo, mientras que, en una dimensión material, se identifica más con un acto normativo, pues su naturaleza intrínseca encuentra los mismos caracteres de este, en tanto crea situaciones jurídicas generales, las modifica o extingue.

La doctrina española, mayoritariamente encabezada por García de Enterría (1959, p. 161) y sus seguidores (Leguina, 1966, p. 193; Martín-Retortillo, 1963, p. 225; Santamaría, 2009, pp. 323-327) opina que la diferencia entre los reglamentos y los actos administrativos está clara y ambas figuras son de naturaleza distinta, aunque erradamente, en muchas ocasiones, reciban la misma denominación. La diferencia sustancial entre unos y otros no descansa en el carácter normativo de los primeros ni siquiera en la pluralidad de sus destinatarios, en tanto también se pueden encontrar actos administrativos con destinatarios múltiples —cuestión que solo será importante a los efectos de la notificación—, sino en su carácter *ordinamentalista*, en la medida en que, a diferencia de los actos administrativos, generales o particulares, los reglamentos, en la medida en que regulan situaciones generales, organizan y ordenan el funcionamiento de la AP, se integran al ordenamiento jurídico y lo oxigenan.

Por todo ello, según la mayor parte de los estudiosos, hoy puede asumirse que lo realmente diferenciador entre el reglamento y el acto administrativo es la vocación del primero para incorporarse al ordenamiento jurídico (González, 1987, p. 418), de modo que su aplicación no agota su eficacia futura, sino que la refuerza. Para determinar este carácter no basta la forma en que se adopte o si ha decursado por los procedimientos para la elaboración de las normas generales, sino que habrá que atender al contenido y analizar si se integra en el ordenamiento jurídico, innovándolo, o si, en cambio, supone solo aplicación de dicho ordenamiento al caso.

Pese al carácter ordinamentalista y normativo de los reglamentos, estos no pueden confundirse con otras disposiciones internas, emanadas de la función administrativa (instrucciones, oficios, órdenes de servicio, circulares, comunicaciones). En criterio de Marcheco (2019), ellos suelen ser instrumentos jurídicos necesarios para la ordenación y el funcionamiento de las unidades administrativas y sus trabajadores, con plena eficacia vinculante en el marco interno de la AP, pero no son la expresión de un poder reglamentario, pues se enmarcan en las relaciones jerárquicas, como elemento característico de la disciplina interna de la organización administrativa (p. 33). Por tanto, lo que se ejerce al dictarlos, es potestad jerárquica.

Tampoco pueden asimilarse, como en ocasiones ha acontecido, erradamente, a los actos administrativos de carácter general, pues la principal diferencia con estos últimos estriba en que, a pesar de estar dirigidos a una pluralidad de sujetos, se agotan en su simple cumplimiento, se consumen en este y no se integran en el ordenamiento jurídico. Son actos aplicativos del ordenamiento y no innovadores (García de Enterría, 2011, pp. 197-198). Entre ellos, se pueden relacionar los actos de fijación de horarios o turnos de vacaciones para los funcionarios de un ministerio o ente administrativo, las advertencias o convocatorias de exámenes, convocatorias de oposiciones, los anuncios de información pública, la declaración de fiesta laboral local, las licitaciones públicas, etcétera.

De lo visto hasta aquí, se concluye que el reglamento presenta los siguientes caracteres:

— *Normativo*. Es, ante todo, una norma jurídica, una regla de Derecho objetivo y, en este sentido, tiene carácter general, abstracto o impersonal. No se da para un determinado caso, situación o relación

jurídica singular, sino para regular todos los casos que se refieran al supuesto de hecho que contempla y los que puedan presentarse en el futuro.

— *Secundario*. Está subordinado a la ley, la cual ostenta una situación de primacía con respecto a él, hasta el punto de que puede restringir libremente su ámbito de acción en los límites que estime oportunos. De este modo, el ámbito material de la potestad reglamentaria es residual.

— *Gubernativo*. Debido a la peculiar posición de la potestad reglamentaria ante el principio de legalidad, ella está reservada —al menos en su alcance externo— a los órganos de Gobierno, de las AP generales o territoriales, que son los que presentan una inequívoca legitimación para su emisión.

— *Fiscalizable judicialmente*. Los órganos judiciales pueden no aplicar los reglamentos contrarios a la Constitución, la ley o el principio de jerarquía normativa y, asimismo, pueden ordenar su nulidad. El control jurisdiccional de la AP constituye uno de los rasgos esenciales del Estado social de Derecho, y quizá el más trascendental, al posibilitar la vigencia pragmática de otros de los caracteres que le son inherentes; si media un control efectivo, regirán plenamente los principios de legalidad. Así, el reglamento, en tanto disposición emanada del Poder Ejecutivo, queda sometido a ese bloque de legalidad y, por consiguiente, al control judicial.

Esta característica posee fundamento político y jurídico. El efecto inmediato y directo del carácter vinculante de la Constitución, como norma, evidencia el nexo indisoluble que existe, en un Estado de Derecho, entre esta y el control, el que no forma parte, únicamente, de un concepto «político» de la carta fundamental, sino de uno «jurídico», de tal manera que solo si existe control de la actividad estatal el texto constitucional puede desplegar su fuerza normativa y solo si ese control forma parte del concepto de Constitución esta puede ser entendida como norma (Aragón, 1987, p. 16). El control de la actividad reglamentaria procura verificar la legitimidad —razón jurídica— y oportunidad —razón política— de la forma —procedimiento— y el fin —causa final— de la actuación, como modo de constatar la correspondencia entre antecedente y consecuente, forma prevista y fin propuesto, forma ejecutada y finalidad realizada.

En síntesis, el poder ejecutivo detenta la potestad reglamentaria, sin que ello suponga que el resto de los poderes, legislativo y judicial, no la posean, visto esto desde su organización y funcionamiento interno, no como parte del cometido del ejecutivo, o sea, como función administrativa. Así, la disposición reglamentaria es aquella actuación administrativa, de carácter normativo y secundario con respecto a la ley, por la cual la AP regula de forma general, abstracta e impersonal, una situación de hecho que, dados sus contornos, se encuentra sujeta al control judicial.

IV. MIRADA DESDE LA DOCTRINA Y EL ORDENAMIENTO IUSADMINISTRATIVISTA CUBANO

Una constante que se ha patentizado en cualquier período en que pueda dividirse la historia del Derecho administrativo cubano es la escasez de materiales —ni hablar de monografías— que se refieran a las fuentes de dicha rama, por lo que las valoraciones con respecto al tema que ocupa esta investigación tienen que extraerse de los aspectos puntuales tratados en obras más generales o trabajos sobre otras temáticas.

En sus inicios, al estar los destinos de Cuba firmemente atados a España, por su condición colonial, fue natural que las discusiones doctrinales, como casi todos los asuntos que les concernían, estuvieran marcados por los vaivenes que esta rama del Derecho experimentaba en la península hispánica. El sempiterno debate sobre la naturaleza del reglamento no era menos. Las primeras ideas sobre las disposiciones reglamentarias se hacían coincidir con su carácter normativo (Morilla, 1865, p. 160).

Govín y Torres (1882) —cuya obra guardaba coincidencia doctrinal con las principales corrientes españolas de la época, entre ellas las del profesor Colmeiro (1850) y, para la fecha en que este asumió la enseñanza del Derecho administrativo en la Universidad de La Habana constituía el principal libro de texto utilizado (Zamora, 1954, p. 18)—, al referirse a las fuentes del Derecho administrativo, indican que los reglamentos constituyen disposiciones de la AP, dictadas para facilitar la ejecución de las leyes y organizar convenientemente los servicios públicos en sus detalles y pormenores (p. 22).

Ruiz, Santos Lancís, quienes, a juicio de Matilla (2012, p. 415), reunían las obras más importantes de corte general en materia de Derecho administrativo en la primera mitad del siglo xx, estimaban que el reglamento, desde el punto de vista material, no se diferencia de la ley, pues uno y otra tienen las mismas características (Zamora, 1954, p. 18), cuestión que no deja de tener razón.

Garcini (1986, p. 64) sostiene que, aunque reglamento y la ley emanan de órganos distintos —el primero, de la AP, y la segunda, del legislativo—, los une una similar característica, la de ser creadores de situaciones generales, impersonales y objetivas, por lo que constituyen normas en sentido material. Más adelante, el profesor señala que los órganos administrativos pueden dictar actos con contenido legislativo que no configuran un concepto adecuado del acto administrativo (p. 110).

Similar criterio sostiene Castanedo (2004), quien al acercarse a una conceptualización del acto administrativo, afirma que la AP no solo administra, sino que también se organiza, estructura, planifica, etcétera, para cumplir con su tarea fundamental y, en virtud de ello, dicta normas, «preceptos generales como los que fungen como la fuente cuantitativamente más importante del Derecho administrativo: el reglamento, verdaderas leyes que orientan y regulan toda su actividad» (p. 83).

Por otra parte, Cañizares (2006), al intentar explicar lo que calificó «confusión en la teoría administrativa burguesa», entre las decisiones gubernativas adoptadas en el ejercicio de la facultad reglamentaria y el reglamento, al asimilar unas y otras al acto administrativo, refiere «que son dos cosas distintas, el acto por el cual se pone en vigor el reglamento —acto reglamentario administrativo— y el reglamento que se pone en vigor por el mismo [sic], como cuerpo normativo, complementario de la Ley» (p. 222).

Por último, en lo que podría ser una idea más acabada de la naturaleza del reglamento en predios nacionales, se encuentran Matilla (2012, p. 434) y Marcheco (2019, pp. 30-35), quienes, sin desconocerle su expresión del funcionamiento administrativo, exponen que trasunta una sustancia jurídica diferente al acto administrativo, al ser una norma ordinamental de creación o innovación en el ordenamiento jurídico. Claro está, su posición subordinada a la ley —cuestión que queda al margen de la anterior definición, pero está presente

en el abordaje del tema por los autores señalados— impide que esta facultad novatoria del reglamento, incida en la vigencia de aquella, salvo que expresamente lo habilite (Marcheco, 2019, p. 37).

En suma, tradicionalmente, se consideró que el reglamento se distinguía de los actos administrativos, en sentido estricto, por la nota de la generalidad; sin embargo, hoy podría hablarse de unanimidad doctrinal acerca de que el dato esencial que caracteriza las disposiciones reglamentarias, frente a los actos administrativos, consiste en la vocación de aquellas para incorporarse al ordenamiento jurídico, de modo que su aplicación no agota su eficacia futura, sino que la refuerza (García de Enterría y Fernández, 2011, pp. 196-197).

4.1 LOS ÓRGANOS DEPOSITARIOS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Como ya se ha visto, la potestad reglamentaria constituye el poder atribuido a la AP para dictar normas que se incorporan al ordenamiento jurídico, con lo cual se rompe el monopolio normativo del Poder Legislativo que se expresa en la ley. Sin necesidad de extensas argumentaciones, en Cuba, el fundamento de la potestad reglamentaria, como poder general de la AP, deriva directamente de la Constitución de 2019 y, en concreto, de su Artículo 133, según el cual, el Consejo de Ministros es el máximo órgano ejecutivo y administrativo, y constituye el Gobierno de la República, al cual se le atribuye, la función de «ejecutar las leyes y acuerdos [sic] de la Asamblea Nacional del Poder Popular, así como, los decretos-leyes y disposiciones [sic] del Consejo de Estado, los decretos presidenciales y, en caso necesario, reglamentar lo que corresponda», lo que se hará conforme dispone el inciso o), del Artículo 137, de la Carta Magna, por medio de decretos y acuerdos. Dicho precepto remarca la nota esencial del reglamento: su subordinación a la ley, que, por otra parte, ratifica los artículos 9 y 10 del texto constitucional, al garantizar el principio de jerarquía normativa, pues la AP actúa, tanto al dictar actos como al aprobar reglamentos, «con pleno sometimiento a la Constitución y las leyes».

Esta potestad, contrario a como acontece en España, por ejemplo,² se encuentra depositada, además, por mandato constitucional, en

2 El Artículo 97 de la Constitución española solo confiere la potestad reglamentaria al Gobierno, pero es indiscutible que la legislación ordinaria también re-

los miembros del Consejo de Ministros. El Artículo 145, inciso e), dispone que estos se hallan facultados para «dictar, cuando no sea atribución expresa de otro órgano estatal, las disposiciones que se requieran para la ejecución y aplicación de las Leyes, y Decretos-Leyes y otras disposiciones que les conciernen», en lo que resulta un reconocimiento a los reglamentos autónomos. Todo esto, a su vez, debe verse complementado con lo dispuesto en la Ley No. 134, de 28 de octubre de 2020, de organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, norma que deroga, entre otras disposiciones, el Decreto-Ley No. 272, de 16 de julio de 2010, «De organización y funcionamiento del Consejo de Ministros».

En igual sentido, de la lectura del Artículo 144, inciso i), del texto constitucional, se ofrece la posibilidad al primer ministro — jefe del Gobierno de la República, por mandato del precepto 140 de la propia norma constitucional— de ejercer la potestad reglamentaria que compete al Consejo de Ministros, cuando circunstancias apremiantes lo exijan, de lo cual debe informar posteriormente al Comité Ejecutivo de ese órgano. Así, se abre la posibilidad al reconocimiento de los reglamentos de necesidad. Asimismo, el inciso d) del precitado precepto ratifica la facultad reglamentaria autónoma, al reconocer la potestad de los miembros del Consejo de Ministros, de dictar las resoluciones y disposiciones necesarias, en cuanto a la rectoría de la rama a su cargo, con carácter obligatorio para todos los demás organismos del Estado y los ciudadanos.

Dos precisiones deben añadirse a lo hasta ahora expuesto. La primera, el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, al ser el órgano que puede decidir sobre las cuestiones atribuidas al órgano de Gobierno, durante los períodos que median entre una reunión y otra, también puede ejercer la potestad reglamentaria que se le atribuye (Artículo 135 de la Constitución). La segunda, en correspondencia con la organización territorial del Estado en municipios y provincias, y la autonomía de que gozan aquellos (Artículo 169, de la letra mayor),³ están facultados para dictar acuerdos y disposiciones

conoce tal potestad a los ministros, si bien precisada de habilitación mediante leyes específicas, caso a caso, y al presidente del Gobierno, en materias organizativas relativas a la estructura de este.

- 3 Este panorama no existía bajo la vigencia del anterior texto constitucional, ya que la potestad reglamentaria de los municipios fue prácticamente anulada con la promulgación del Acuerdo No. 6176, del Consejo de Ministros, de 13

normativas necesarias para el ejercicio de sus funciones, según lo dispuesto en la Constitución y la Ley No. 139, de 17 de diciembre de 2020, «de organización y funcionamiento del Consejo de la Administración Municipal. El Gobierno Provincial, aunque sin interferir en las funciones y atribuciones que, por la Carta Magna y las leyes, se confieren a los órganos municipales del Poder Popular, quedan investidos, igualmente, de potestad reglamentaria, en lo que sirva para dirigir la labor de las estructuras organizativas de la Administración Provincial, coordinarla y controlarla, en el marco de su competencia, a tenor del Artículo 47, inciso a), de la Ley No. 138, de 17 de diciembre de 2020, «de organización y funcionamiento del Gobierno Provincial del Poder Popular».

4.2. EL REGLAMENTO Y EL ORDENAMIENTO PROCESAL ADMINISTRATIVO

El control judicial, en sus inicios, siguió los derroteros de la metrópoli. Según la ordenación estipulada en la Real Cédula, de 30 de enero de 1855, y su posterior reglamento, las disposiciones generales dictadas en el uso de la potestad reglamentaria quedaban excluidas de la vía contencioso-administrativa. Sin embargo, constituyó punto de inflexión la promulgación de la Ley de 13 de septiembre de 1888, más conocida por *Ley Santamaría Paredes*, por quien fuera su ponente ante las Cortes Españolas (Vivanco, 1937, pp. 55-58). Dicha norma, que instauró la jurisdicción contencioso-administrativa en tierras hispánicas, fue hecha extensiva a Cuba por Real Decreto-Ley de 23 de noviembre de 1888, posteriormente complementado por el Reglamento, aplicable a los territorios cubanos por Real Orden de 25 de septiembre de 1888, y modificado por Real Decreto de 26 de agosto de 1893. Con ello, la nación caribeña recibió la posibilidad de la acción indirecta de impugnación de los reglamentos, mediante el cuestionamiento de los actos de aplicación de estos (Vivanco, 1937, pp. 55-58).

La imposibilidad del control directo de los reglamentos se sustentaba en el criterio de la época acerca de la división de poderes y,

de noviembre de 2007, Reglamento de las administraciones locales del Poder Popular. En el actual panorama, la Administración municipal, presidida por el intendente, funge como tal en la organización local y tiene el cometido de satisfacer las necesidades económicas, de salud, asistenciales, educativas, recreativas y otras en su demarcación territorial.

especialmente, la exclusión del ámbito de la discrecionalidad —de la que era claro ejemplo el ejercicio de la potestad reglamentaria— del control a cargo de la jurisdicción contencioso-administrativa, rígidamente revisora de los actos reglados (Moreno, 1886, p. 358).

Aunque la dominación española en Cuba, después de la entrada en vigor de la Ley Santamaría Paredes, apenas duró 10 años, sus normas siguieron rigiendo la vida de los cubanos hasta bastante entrada la segunda mitad del siglo xx. La jurisdicción administrativa, salvo las modificaciones introducidas por varias órdenes militares del Gobierno interventor, que solo impactaron en el orden de la organización de la jurisdicción, permaneció inmutable en el tiempo hasta 1974, cuando se promulgó la Ley No. 1261, Ley de procedimiento civil y administrativo.

Los avances experimentados en el desarrollo de la doctrina iusadministrativista en los últimos años del siglo xix y la primera mitad del xx, así como las transformaciones en la realidad político-jurídica que amparaba el triunfo de la Revolución cubana (1959) no tuvieron impacto en dicha disposición. La ley representó un retroceso con respecto a su predecesora (Matilla, 2012, p. 418), aunque mantuvo la técnica de la impugnación indirecta de los reglamentos a través de los actos de aplicación.

Tal disposición tuvo una vida corta, pues, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1976, se hizo obligada la necesidad de promulgar una nueva ley organizadora de la jurisdicción administrativa que se aviniera con ella; sin embargo, la Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral, poco representó para el proceso administrativo cubano, aun cuando, en el tema se aborda significó un avance, en tanto, abandonó, quizás sin la marcada intención legislativa de hacerlo, el veto a la revisión judicial de la actividad reglamentaria mediante la acción directa.

Tras 44 años de vigor y motivada, igualmente, por una reforma constitucional, se promulga la vigente Ley No. 142, de 28 de octubre de 2021, «del proceso administrativo», que supuso un giro copernicano en la forma en que, hasta entonces, se enjuiciaban los asuntos contra la AP, incluido el control de los reglamentos.

Merece destaque la posibilidad de impugnar directamente «las disposiciones reglamentarias y los actos que se deriven de su aplica-

ción [...], siempre que vulneren derechos o intereses legítimos del reclamante» (Artículo 40.). Con ello, se rebasa el primer obstáculo que presentaba el anterior régimen procesal para enjuiciar la potestad reglamentaria de laAP y se va más allá de la vulneración de un derecho subjetivo, propia del Derecho civil. Esta regulación armoniza con las tendencias más actuales en materia de legitimación activa para impugnar disposiciones reglamentarias.

Además, el segundo apartado del citado precepto preceptúa que solo puede pretenderse la anulabilidad total o parcial del reglamento o acto de aplicación por la infracción del procedimiento para su adopción o por contravenir disposiciones normativas de jerarquía superior, entre las se incluye todo el bloque de legalidad que integra el ordenamiento jurídico, en cuya cúspide se encuentra la Constitución. Ello abre la posibilidad al control del reglamento frente al texto constitucional.

Resulta muy relevante la redacción que asume el tercer apartado del artículo comentado. Lo común en materia de impugnación directa de los reglamentos es que, advertido que estos transgreden el ordenamiento jurídico, se disponga su expulsión del entramado normativo del país. Sin embargo, la norma procesal cubana permite que subsistan parcialmente, si la vulneración se circunscribe a determinada sección de su articulado. En este caso, la regulación normativa posibilita que el tribunal anule solo la porción que infringe el bloque de legalidad o modifique el segmento, y lo sustituya por otro propuesto, siempre que la redacción que se interese sea la única posible para adecuar la disposición a las de rango superior infringidas.

Los órganos judiciales deben ejercer tal licencia con mucha prudencia en aras de evitar incongruencias o lagunas en la disposición reglamentaria. Ha de tomarse en cuenta que los reglamentos se integran al ordenamiento jurídico y es preciso preservar, en todo momento, su integralidad, al depurar las normas contrarias a Derecho (Sánchez, 2010, p. 215). Además, los reglamentos, dada su similitud con las leyes, en sentido material, como ellas deben guardar los principios de coherencia e integralidad, que presuponen una formulación orgánica de todos sus postulados. De esta forma, como norma general, sin negar las posibles matizaciones que pueda tener cada caso, sería imposible la modificación parcial del reglamento, si no se propone una redacción que sustituya aquella que contenga el vicio de legalidad.

Por último, a diferencia de su predecesora, la Ley No. 142 de 2021 regula, con mayor precisión, los efectos de la sentencia que se dicte, en caso de ser estimatoria. Así, el Artículo 117 establece que el órgano judicial declara la nulidad total o parcial del reglamento y ordena su publicación en la *Gaceta Oficial de la República*, lo cual es razonable, en tanto se trata de una disposición normativa que tiene efectos frente a terceros. Se sigue aquí la propia técnica del control de constitucionalidad de las leyes en aquellos países que reconocen esta facultad a los tribunales constitucionales, en los cuales, el mismo órgano judicial que declara su nulidad asume dicha función, sin necesidad de devolución al órgano legislativo para que se pronuncie.

V. CLASIFICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS

La proliferación de los reglamentos ha contribuido a desarrollar, no sin quebraderos de cabeza, un sinnúmero de clasificaciones en el ámbito doctrinal, entre ellas, las que los identifican por su contenido. En este sentido, se reconocen los reglamentos internos (Zanobini, 1954, p. 99) o de organización (Entrena, 1981, p. 143) —administrativos, para los alemanes (Forsthoff, 1958, pp. 201-204)—, que tienen la finalidad de organizar, en el límite que les reconoce el Derecho, los organismos de la AP, establecer las formas que deben observar los funcionarios y los deberes en el ejercicio de su actividad. Estos reglamentos agotan su eficacia en el ámbito de la propia AP, sin repercutir en las relaciones entre esta y los particulares, o entre los entes públicos.

En cambio, los reglamentos externos o de relación —para los germanos, jurídicos o propiamente normativos (Forsthoff, 1958, pp. 191-192)—, están dirigidos a regular la vinculación de la AP con los ciudadanos. Estos revisten mayor importancia, pues persiguen disciplinar las relaciones entre el ente público y los administrados, o entre distintos sujetos jurídicos, y, de alguna forma, pueden afectar la esfera jurídica del administrado.

Dejando de lado la terminología equívoca que utiliza esta clasificación, pues los denominados reglamentos administrativos no son menos jurídicos que los así llamados, debido a la tradición de que goza entre los estudiosos del tema, la tesis de mayor aceptación es la que relaciona la vinculación del reglamento a la costumbre,

desarrollada por Lorenz von Stein, y que Merkl (1935, p. 242)⁴ asocia más con la ley. Esta distinción determina singularidades en el régimen jurídico de cada uno de los reglamentos, con influencia en los límites de contenido.

Así, pueden citarse los reglamentos *secundum legem* o ejecutivos, término que evidencia, sin dudas, la más tradicional manifestación de la potestad reglamentaria, o sea, la de ejecutar lo dispuesto por la ley o el acto equiparado a ella. Es completamente normal e, incluso, cada vez más frecuente, que la ley no complete, en todo su detalle, la regulación de la materia que constituye su objeto. De esta forma el Poder Legislativo deja encargado al Gobierno, mediante la actividad reglamentaria, de emitir las normas necesarias para el cumplimiento concreto de la ley (García de Enterría, 1995, p. 198).

Explica Ortega (1992, p. 155), con razón, que la regla de oro que gobierna la relación entre la ley y el reglamento ejecutivo, susceptible de muchas modulaciones en función de las diversas manifestaciones que pueda adoptar, es aquella en que el reglamento debe ser solo el complemento indispensable de la ley, en el doble sentido de contener todo lo necesario para conseguir la plena y correcta aplicación del texto legal, pero, a la vez, solo lo que sea indispensable, pues de lo contrario, devendría ilegal.

González (1987, p. 420), a su turno, señala que este tipo de reglamento puede subdividirse en tres modalidades: de primer grado, los que desarrollan la ley de manera inmediata o directa, gracias al uso de la habilitación contenida en ella; de segundo grado, los que desarrollan la ley de forma mediata, pues su antecedente próximo es el reglamento ejecutivo de primer grado al cual particularizan, aclaran o desenvuelven. La habilitación correspondiente a favor del órgano administrativo que dicta el reglamento puede estar hecha en la ley de la que trae causa o en el reglamento de primer grado. A los fines del control, como se verá más adelante, deberá atenderse a que ambas normas reglamentarias —inmediata y mediata— emanen del órgano administrativo en el que la Ley delega su desarrollo.

- 4 Este autor ofrece otros criterios clasificadores interesantes: por el órgano administrativo que emite los reglamentos —ordenanzas—, estos se dividen entre los que proceden de la administración estatal central y los emanados de la autoridad autónoma; por su contenido, los establecedores de derechos, en sentido estricto, frente a los orgánicos.

Por último, se hallan los reglamentos ejecutivos de una ley de deslegalización, que Zanobini (1954) identifica como «delegados», aunque seguidamente aclara que esta denominación es impropia ya que «las Cámaras no delegan al gobierno la función legislativa, solo extienden su propia potestad ordinaria de reglamentación» (p. 106). La potestad reglamentaria puede ser ampliada como consecuencia de una ley deslegalizadora, es decir, una que, mediante una degradación de rango, deja en manos de la AP la potestad de regular determinada materia que, en condiciones normales, sería competencia exclusiva del órgano legislativo. La ley de deslegalización es una norma prácticamente «vacía», que no contiene otro mandato que el productor de la degradación de la ley o las leyes a que se refiere. Una vez que el Legislativo interviene para disciplinar la materia deslegalizada, el reglamento cede ante la ley (Parodi, 2014, p. 90). Por tal razón, algunos autores sostienen que este tipo de reglamento puede traer ciertos problemas ante el control jurisdiccional (Santamaría, 2009, p. 345).

El reglamento ejecutivo, al desarrollar los términos de la ley, encuentra en ella sus principales límites. El reglamento ejecutivo está imposibilitado de regular las materias que, constitucionalmente, han quedado reservadas, en exclusiva, a la ley, salvo que una ley de deslegalización lo autorice. Asimismo, debe respetar la jerarquía normativa, los principios generales del Derecho y, más concretamente, los principios constitucionales de igualdad e irretroactividad. No puede innovar el ordenamiento jurídico, reformando o derogando normas superiores o interpretando auténticamente disposiciones legales; tampoco puede quebrantar la ley, esto es, permitir lo que ella prohíbe, crear obligaciones, deberes o requisitos nuevos o suprimir derechos contenidos en ella. Estos constituyen elementos de vital importancia a tener en consideración, a los efectos del efectivo control por el órgano judicial.

El otro tipo de reglamento es el *praeter legem*, independiente o autónomo, en el cual claramente no existe una colaboración entre la ley y el reglamento, en tanto la potestad reglamentaria se ejerce no por mandado del órgano legislativo, sino sin la autorización o remisión de esta. Ello es consecuencia del empoderamiento paulatino del Ejecutivo en las potestades que inicialmente le fueron arrebatadas por el liberalismo francés. Según Parada (1992, p. 62) estos reglamentos regulan materias sobre las que la Constitución ha previsto una reserva reglamentaria, como ocurre con la Constitución

francesa de 1958, aunque puede darse en otras no reguladas en la ley, aun cuando no se haya establecido una reserva formal si, al propio tiempo, no estén protegidas por la reserva material de ley, que, por lo general, veda toda intromisión de la potestad reglamentaria en la propiedad y libertad de los ciudadanos.

Este tipo de reglamento, en países como Francia y España, ha ocupado los campos de la potestad organizativa y la actividad de policía general del Gobierno, en tanto, tal como apunta García de Enterría (1995, p. 200), el reglamento independiente, solo tiene cabida en el ámbito de las materias organizativas, incluidos los supuestos de regulaciones de las relaciones de supremacía especial, siempre que no afecte los derechos básicos de los interesados ni implique la definición «abstracta» de deberes y obligaciones para los particulares, la que debe estar reservado a la ley. Igualmente, constituye un ejercicio peligroso del poder reglamentario, por cuanto supone una ruptura de la soberanía de la ley, en tanto, aquí se asiste a la propia iniciativa normativa de la AP, que estatuirá lo que resulte más conveniente para el cumplimiento de sus funciones, sin mayores límites que los impuestos por la Constitución y el ordenamiento jurídico en general, a diferencia de los reglamentos ejecutivos en que las pautas de su regulación y, por ende, sus límites se encuentran en la propia ley que ellos desarrollan o ejecutan.

Apoyado en esta característica de organización y distribución de competencias, Jinesta (2001, p. 166) identifica dos subcategorías: reglamentos autónomos de organización y reglamentos autónomos de servicio. El primero de ellos toma como fundamento la potestad de autoorganización de la AP. El segundo, a su vez, tiene dos campos, el del servicio público prestado, cuyo fundamento se encuentra en la competencia de la AP para regular la organización en la prestación del servicio público a su cargo, con incidencia externa, que afecta la esfera de los particulares que se relacionan con la AP, por lo que su violación puede ser impugnada; y el reglamento de servicio (o estatutario) entre la AP respectiva y sus funcionarios o servidores, que abarca el régimen disciplinario, los permisos, las vacaciones, licencias, becas o la capacitación, etcétera.

El principal límite de los reglamentos «autónomos» o «independientes» radica en que estos deben atenerse a las disposiciones expresas o virtuales de la Constitución que les sirve de fundamento.

Por último, se encuentran los reglamentos de necesidad —o *contra legem*— que, en criterio de Santamaría (2009, p. 347), surgen para explicar —y justificar— el ejercicio de la potestad reglamentaria sin apoyo en ley alguna y cuyo fundamento diferenciador reside en la urgencia o las circunstancias excepcionales que circundan su promulgación. No obstante, Ortega (1992, p. 158), citando a su vez a Santamaría, sostiene que, en realidad, los reglamentos de necesidad, en tanto habilitados y previstos por leyes, salvo que rebasen y excedan el marco de su habilitación, no son *contra legem*.

La génesis constitucional de este tipo de disposición reglamentaria se ubica en el Artículo 48 de la Constitución de Weimar, que previó las situaciones excepcionales y las facultades del Ejecutivo para regular determinadas materias durante estas, lo que posteriormente se extendió a Francia, por conducto del Artículo 16 de la Constitución política de 1958. Su carácter temporal es la nota más importante, que determina el resto de sus peculiaridades, como son su falta de eficacia derogatoria, pues solo suspende las normas ordinarias y la aplicabilidad del procedimiento establecido generalmente para la elaboración ordinaria de los reglamentos.

Cassagne (2002) señala que las «razones de necesidad y urgencia» pueden ser descritas como:

la existencia de una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado, o de grave riesgo social, o dicho de otro modo, la emisión de la disposición reglamentaria ha de ser inevitable o imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, si no imposible reparación ulterior; una proporcionalidad adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento; y la existencia objetiva de premura suficiente como para evitar o prevenir graves riesgos comunitarios. (pp. 151-157)

Dado que el reglamento de «necesidad» tiene por presupuesto la urgencia o la concurrencia de circunstancias excepcionales, solo es válido si se dan una u otras. Si tal(es) hecho(s) falta, el reglamento carecerá de validez por ausencia de «causa», todo ello sin perjuicio del respeto debido a los principios contenidos en la Constitución, que constituyen su principal límite.

En esta clasificación existen dos niveles de «discrecionalidad» que la AP ejerce en el momento de reglamentar; uno mínimo, cuando su cometido es diseñar un contenido fijado por la Ley, concretarlo o pormenorizarlo —reglamentos ejecutivos—; y, uno medio o máximo —reglamentos independientes o autónomos y de necesidad—, si la norma reglamentaria puede regular aquellas materias no reservadas por la ley, sin más límite que la Constitución y los principios generales del Derecho. Estos niveles de «discrecionalidad» justifican la necesidad de elaboración de técnicas de control más acabadas.

VI. LÍMITES

Los reglamentos están sometidos jurídicamente a límites que no deben ser violados, so pena, como se verá más adelante, de ser des-
terrados del ordenamiento en el cual se insertan, los que derivan, por una parte, del principio constitucional de «la reserva de la ley» y, por la otra, de la propia naturaleza de los reglamentos, en cuanto disposiciones subordinadas a la ley.

Los límites con relación a cada tipo de reglamento en particular se enunciaron en el epígrafe anterior. No obstante, existen limitaciones comunes a todos ellos, las cuales se pueden agrupar en dos grandes categorías; aquellas de índole formal, relacionadas con los ámbitos competenciales —vistos desde la perspectiva del sujeto emisor—, la jerarquía y el proceso de producción, aprobación y entrada en vigor; y las sustanciales o materiales, relativas al contenido reglamentario, y su relación con la Ley y el ordenamiento jurídico en general.

6.1. FORMALES

El principio de legalidad, deducido de la supremacía de la ley, no solo ha de entenderse como conformidad del reglamento con las leyes vigentes, desde el punto de vista de su relación con la materia o fondo, sino también en cuanto a la competencia establecida, su inserción en el entramado normativo y el procedimiento a seguir, que devienen límites formales.

— Competencia

En la doctrina, no resulta nada pacífica la aceptación de que el Poder Ejecutivo, para el ejercicio de la potestad reglamentaria, deba tener

tal facultad, reconocida de manera expresa en el texto constitucional, cuestión con la cual disiente este autor, en tanto ello va contra la realidad institucional, pues la mayoría de las constituciones no consagra, expresamente, la competencia reglamentaria amplia del Poder Ejecutivo y no por ello la AP se limita en la producción de los reglamentos para el mejor cumplimiento de sus fines.

La potestad reglamentaria es inherente a la función administrativa; está en la naturaleza misma de esta, pero esto no significa que disponga de una libertad absoluta para ejercerla. Solo los órganos autorizados de forma expresa en la Constitución o razonablemente implícitos en sus previsiones están dotados de esa atribución (Jinesta, 2001, p. 158); de ahí que, según Parada (1992, p. 65), el primer límite o condición para la aprobación válida de un reglamento consiste en que el órgano que lo dicta tenga competencia para ello, cuestión que, de alguna forma, ya fue abordada al tratar de las relaciones entre la ley y el reglamento. Ello supone que un ministro no puede dictar normas que pretendan establecer situaciones de supremacía general, dirigidas a la generalidad de los ciudadanos, a menos que sea habilitado específicamente para ello por la ley. En cambio, en las materias de pura organización de su departamento o aquellas otras en las que se trate de establecer una supremacía especial que constituya materia de su departamento, sí puede estatuir reglamentariamente.

— *Jerarquía normativa*

La vocación del reglamento para incorporarse al ordenamiento jurídico implica su inserción en una escala de grado o rango, por aplicación del principio de jerarquía normativa, garantizado en la mayoría de las constituciones. Así, el reglamento, cuando los Estados pertenezcan a una entidad supraestatal, como es la Unión Europea, estará sometido al Derecho emanado de las principales normas que se produzcan en ese espacio (González, 1987, p. 427).

Además, aunque Jinesta (2001, p. 158) sostiene que la potestad reglamentaria debe respetar la pirámide jerárquica del ordenamiento jurídico administrativo, o sea, aquellos otros reglamentos emanados de órganos superiores en jerarquía al que lo produjo, ello no niega que, primeramente, está sujeto a la Constitución y las leyes. La respuesta no solo se encuentra en el principio de legalidad que rige la actividad administrativa, sino, en palabras de García de Enterría

(2001, p. 218), en que, si se diese eficacia a un reglamento que está en contradicción con una ley, se negaría la eficacia de esta. Por tanto, al reglamentarse, debe cuidarse de no alterar la letra y el espíritu de la ley habilitante y del resto del entramado normativo, de manera que, aunque la norma reglamentaria parezca estar en sintonía con el texto de la ley, será igualmente ilegítima, si transgrede su espíritu, es decir, la finalidad que surge del contexto de la ley (Gordillo, 2003, pp. VII-38).

— *Procedimiento de elaboración*

El reglamento no surge al mundo jurídico de forma espontánea, sino que se produce mediante un cauce procesal que garantiza la legalidad de la disposición, su acierto y oportunidad. Según acota Santamaría (2009, p. 270), la preocupación por este tema es bastante reciente y se justifica en múltiples factores, entre los que, a juicio del autor, se yergue con mayor protagonismo el principio/derecho de participación ciudadana, consagrado en la mayoría de los textos constitucionales contemporáneos que buscan garantizar el acierto técnico del reglamento.

Existe coincidencia entre los autores consultados (Entrena, 1981; González, 1987; Parada, 1992; Jinesta, 2001; García de Enterría, 2001 y Santamaría, 2009) en que este procedimiento, necesariamente, debe pasar por dos momentos fundamentales: la audiencia o información pública, a fin de que los interesados o aquellos a quienes les pueda afectar la disposición de modo directo emitan sus criterios; y la publicación, que lo dota de conocimiento general.

En el primero de esos trámites se puede insertar, a su vez, la escucha de criterios de grupos técnicos, pues cualquiera que fuese el objeto de regulación, posee una incidencia multidireccional que hace necesario tomar en consideración las posiciones o los pareceres de otros miembros o centros aun ajenos a su alcance directo de la AP.

El segundo momento indispensable llega con el acto de comunicación de aprobación del reglamento y su puesta en vigor. Toda norma con vocación a insertarse en el ordenamiento jurídico, debe ser conocida para que sus destinatarios puedan cumplirla. Tal efecto se alcanza con la publicación en el órgano oficial del Estado. La importancia de la publicación es superlativa. El reglamento, de acuerdo con la ley, está revestido de la presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde la entrada en vigor, de

ahí que publicarlo no es una concesión a los interesados, sino expresión del debido respeto a sus derechos e intereses, para evitar el abuso de poder y defender los espacios de libertad, cuestiones estas que conectan ese acto con el debido proceso en sede administrativa, entre otras cuestiones porque, a partir de entonces, comienza a decursar el plazo para la efectiva impugnación de la disposición reglamentaria en aquellos ordenamientos jurídicos que así lo estipulen.

6.2. MATERIALES O SUSTANCIALES

La producción normativa de la AP no solo se encuentra limitada por elementos formales, como los analizados en el epígrafe precedente; a ellos se unen otras limitaciones vinculadas directamente con su contenido, a las que la doctrina llama «límites materiales o sustanciales», pues tienen que ver con la propia esencia de lo reglamentado.

— *Materia reglamentaria*

El primer freno es la propia materia reglamentaria. Aunque el objeto del reglamento, por antonomasia, es lo organizativo, es decir, el ámbito interno y propio de la AP, lo que incluye su organización interna, la relación de servicio y la prestación de los servicios públicos, configuran otro campo fértil de regulación la ejecución, complementación e interpretación de lo dispuesto en la ley.

En algunos ordenamientos jurídicos, como el francés y el alemán, y aquellos que abrazan, de una forma u otra, alguno de ellos, esta situación queda zanjada mediante la denominada «reserva de ley»,⁵ que funciona como complemento de la supremacía de la ley. En definitiva, ese principio afirma que ciertas materias especialmente importantes han de ser reguladas, en exclusiva, por la ley, sin que el poder reglamentario general pueda penetrar en ellas.

- 5 La reserva de ley constituye un mandato constitucional en virtud del cual determinadas materias han de ser reguladas, necesariamente, por la ley, en sentido estricto. Si no existiera este mecanismo, el legislador podría regular cualquier materia como estimara oportuno: así, en materias muy sensibles, como los derechos fundamentales, la ley podría limitarse a remitir «en blanco» su regulación al reglamento, mediante leyes de deslegalización. Para evitar que se produzca esta situación, la Constitución impone que, en ciertas materias relevantes, la ley cumpla un contenido normativo mínimo. La técnica de las reservas de ley no implica solo un límite a la potestad reglamentaria, a la que se sustrae la materia de que se trate, sino también un límite para el propio legislador.

Esas materias «especialmente importantes» fueron recogidas en los textos constitucionales de manera casuística, pero en esencia, los valores sustanciales que se pretendían —y pretenden— proteger son aquellos relacionados con los derechos fundamentales. En defensa de un valor y otro, la reserva legal implica vedar al reglamento la posibilidad de restringirlos, pues esto solo puede hacerse por la ley directamente o en virtud de expresa autorización contenida en ella.

Sin embargo, como ya fue advertido en líneas anteriores, existen casos en los cuales la ley —el órgano legislativo— renuncia a esta hegemonía otorgada constitucionalmente y difiere a la AP la potestad de regular determinadas áreas que, de origen, le estaban vedadas. En este caso, los reglamentos no deben extenderse a materias distintas de las contenidas en la ley de autorización (Garrido, 1994, p. 246).

Esta idea remite nuevamente al principio de legalidad, entendido como la conexión de la actuación administrativa con la ley, aunque de algún modo, bajo tal *nomen iuris* no se conoce más que un principio de juridicidad y, por ende, de sometimiento de la AP al bloque entero de legalidad. Así, en la concreción de este principio, la AP solo puede regular aquello que la ley le ha permitido. Esta sería necesaria para conferir funciones, fines, competencias y solo sobre ellas podría ejercerse aquella potestad reglamentaria; dicho de otra forma, la facultad configurada, desde el punto de vista constitucional, ha de desenvolverse sobre un ámbito administrativo diseñado por la ley, que ofrece competencia material a favor de la AP, para que desarrolle su actuación en ciertas materias y no más allá.

Igualmente, constituyen límites materiales de la potestad reglamentaria las conocidas materias no administrativizadas, entre las que se incluye la civil, la mercantil, la penal y la procesal, aunque haya ejemplos de reglamentos en algunas de ellas (Parada, 1992).

— *La irretroactividad de los reglamentos*

Otro límite general, de fundamental importancia, consiste en que el reglamento no puede estatuirse contra los principios generales del Derecho, uno de los cuales es la «irretroactividad» de la norma, lo cual impide que aquel proyecte efectos hacia disposiciones legales y otras disposiciones reglamentarias anteriores a su vigencia. Aunque la mayoría de las legislaciones hace referencia a este principio para el caso de las leyes, y no tanto para el de los reglamentos, se acepta en

la doctrina que, si las disposiciones superiores carecen efecto retroactivo, a menos que estas dispongan lo contrario, los reglamentos no podrán ordenar su propia eficacia retroactiva, conclusión lógica en la medida en que, dado el grado de subordinación que poseen las disposiciones reglamentarias con respecto a la ley, deviene inadmisibile que disfruten de prerrogativas superiores a las de esta.

A ello se le añade que muchas legislaciones prevén que los actos de la AP serán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, por lo cual, ningún inconveniente hay en extender tal mandato a los reglamentos, que son, también, actos de la AP, aunque tengan carácter normativo (González, 1987, p. 427).

Este principio significa, además, que toda decisión individual de la AP debe conformarse con las reglas generales previamente establecidas. Lo anteriormente planteado tiene una serie de consecuencias importantes, entre ellas, que el acto administrativo concreto y singular debe adecuarse al reglamento, cuando este ha sido dictado en los límites de la competencia administrativa. El fundamento de esta restricción está en los principios constitucionales de legalidad e igualdad, pues, si la AP puede realizar, únicamente, aquellas conductas autorizadas por el ordenamiento jurídico y debe otorgar igual tratamiento a todos los administrados que se encuentran en idéntica situación de hecho y de Derecho, no puede desaplicar el reglamento para un caso concreto (Jinesta, 2001, p. 163). En adición, afirma Bermejo (2003, p. 103) que ello deriva, también, de la prohibición constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que impide cualquier privilegio o dispensa no justificada.

Sin embargo, González (1987, p. 427) afirma que, no obstante, existen excepciones a esta generalidad, las que se pueden resumir en tres cuestiones fundamentales: 1. Las disposiciones meramente aclaratorias o interpretativas, las cuales producen efecto a partir del momento en que se dictó la norma aclarada o interpretada. Esta excepción debe ser atendida con mucha cautela y solo podrá considerarse correcta cuando la aclaración o interpretación carezca de eficacia propiamente innovadora; de lo contrario, se corre el riesgo de cometer abusos; 2. Las disposiciones favorables a los particulares que amplían la esfera de derechos de estos, asociadas, en lo fundamental, a las disposiciones sancionadoras; y, 3. Los reglamentos de organización, por estimarse que estos no otorgan derecho alguno a los particulares y, por tanto, tampoco pueden perjudicarlos.

— *La inderogabilidad de los reglamentos por vía singular*

Los reglamentos, en cuanto normas que integran el ordenamiento jurídico, vinculan a los ciudadanos y a los poderes públicos. La sujeción de los primeros es obvia, pues no es otra su finalidad; ahora bien, la de los segundos no ha sido siempre tan evidente. El principio de inderogabilidad singular alude a que los reglamentos obligan a la propia AP de la que emanan, de forma que los actos administrativos dictados por ella deben respetar los preceptos reglamentarios, como condición inexcusable para su validez. El fundamento de este principio se encuentra, al igual que el de tantos otros, en el de legalidad, en tanto la AP, cual sujeto del Derecho, está sometida a todo el ordenamiento y, por tanto, también a sus propias disposiciones reglamentarias. Pueden existir algunos casos en que el propio reglamento contenga autorización de dispensas, es decir, excepciones a las reglas establecidas en él; sin embargo, en tal caso habrá que atender al principio de igualdad, que proscribe las discriminaciones infundadas.

La determinación de los límites formales y materiales de la potestad reglamentaria no es una tarea simple, sino de trascendental importancia para su adecuado control por los órganos judiciales. La cuestión puede resolverse apelando a los principios estructurales básicos del sistema político-constitucional, del que la potestad reglamentaria no es sino un apéndice.

VII. CONCLUSIONES

La AP tiene competencia para dictar actos normativos, la potestad reglamentaria, que se configuró como parte de los poderes exorbitantes con que contaba aquella para el cumplimiento de sus fines, a partir de una dialéctica de ceder prerrogativas, retenerlas o compartirlas, aunque en este último caso de manera residual, lo cual determina su fundamento histórico y jurídico, pues tal potestad debe estar atribuida, expresamente, a un órgano.

El reglamento guarda algunos elementos comunes con los restantes actos de la AP, al estar sujeto al Derecho administrativo; por tanto, puede ser considerado como tal, aun cuando tiene una naturaleza ordinamentalista y normativa, que descansa en su vocación de participar en la formación del ordenamiento jurídico, pues por medio de

ella la AP regula, con carácter general, abstracto e impersonal, una situación de hecho que, dados sus contornos, se encuentra sujeta al control judicial.

El auge de la actividad reglamentaria ha contribuido a desarrollar un sinnúmero de clasificaciones en el ámbito doctrinal; las más generalizadas son aquellas que la hacen depender de su relación con la ley —*secundum legem*—, la ejecución de esta —*praeter legem*—, o son independientes o autónomos, o se dictan por necesidad —*contra legem*—. A partir de esta clasificación, existen dos niveles de «discrecionalidad» reglamentaria: el mínimo, cuando el cometido es diseñar un contenido fijado por la ley, concretarlo o pormenorizarlo —reglamentos ejecutivos—; y el medio o máximo, si la norma reglamentaria puede regular aquellas materias no reservadas a la ley, sin más límite que la Constitución y los principios generales del Derecho —reglamentos independientes o autónomos y de necesidad—.

Cualquiera que sea la relación o el régimen jurídico de los reglamentos, existen límites comunes que derivan, por una parte, del principio constitucional de «reserva de ley» y, por la otra, de la propia naturaleza de los reglamentos, en cuanto disposiciones subordinadas a la ley. Estas limitaciones se agrupan en dos grandes categorías; las formales, relacionadas con los ámbitos competenciales, desde la perspectiva del sujeto emisor, la jerarquía y el proceso de producción, aprobación y entrada en vigor; y las sustanciales o materiales, relativas al contenido del reglamento y su relación con la ley y el ordenamiento jurídico en general.

Conocer tales restricciones es crucial para prevenir arbitrariedades y asegurar que la AP opere en los márgenes establecidos por el marco legal. Además, el estudio de estos aspectos —tipos de reglamentos y limitaciones de la autoridad— es esencial para llevar a cabo un control judicial adecuado. Los jueces, al evaluar la validez de los reglamentos, deben comprobar no solo su conformidad con las competencias administrativas, sino también su alineación con el bloque de legalidad y los principios constitucionales. De esta manera se asegura que la labor reglamentaria no infrinja los derechos de los administrados ni altere el equilibrio entre los poderes. En resumen, un entendimiento completo de la capacidad reglamentaria, desde su categorización hasta sus limitaciones, fortalece los mecanismos de supervisión judicial y facilita una AP más clara, predecible y res-

petuosa de los derechos de los ciudadanos. Investigaciones futuras podrán explorar los desafíos que presentan los reglamentos en situaciones de emergencia o su relación con normativas supranacionales, contextos en que los límites y el control judicial son especialmente importantes.

VIII. REFERENCIAS

- Aragón, M. (Enero-abril, 1987). El control como elemento inseparable del concepto de constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (19), 15-52. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-española-de-derecho-constitucional/numero-19-eneroabril-1987/el-control-como-elemento-inseparable-del-concepto-de-constitucion-2>
- Arias García, F. (2013). Estudios de Derecho procesal administrativo, Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso. Grupo editorial Ibáñez.
- Bermejo Vera, J. N. (2003). *Derecho administrativo básico, parte general*. Egido.
- Campo Figueiras, A. (2014). *Direito Administrativo* (2.º Ano Jurídico). Tipografia do Francisco Luis Gonçalves.
- Cañizares Abeledo, D. F. (2006). Acerca de la facultad reglamentaria de la administración estatal. En Lezcano Calcines, J. R. *et al. Temas de Derecho administrativo cubano*, 241-251. Félix Varela.
- Cassagne, J. C. (2002). *Derecho administrativo* (t. 1, 7.ª ed.). Abeledo-Perrot.
- Castanedo Abay, A. (2004). Reflexiones acerca del acto administrativo. En Lezcano Calcines, J. R. *et al. Temas de Derecho administrativo cubano* (2 t., t. 1). Félix Varela.
- Colmeiro, M. (1850). *Derecho administrativo español* (t. 1). Casa de los Señores Callejas, Ojea y Compañía.
- Consejo de Ministros. (Diciembre 11, 2007). Acuerdo No. 6176, de 13 de noviembre de 2007, «Reglamento de las administraciones

- locales del Poder Popular». *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, (81), 1564-1575.
- Constitución de la República de Cuba. (Febrero 24, 1976). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. especial, (2), 3-18.
- Constitución de la República de Cuba. (Enero 31, 2003). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, (3), s.p.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, (5), 69-116.
- Constitución de la República Francesa. (Octubre 4, 1958). https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf
- Constitución de Weimar. (Agosto 11, 1919). <https://ezequielsingman.files.wordpress.com/2016/03/constitucion-de-weimar-alemania-19191.pdf>
- Constitución española. (Octubre 31, 1978). *Boletín Oficial del Estado*. <http://www.boe.es/legislacion>
- Decreto-Ley No. 272, «De organización y funcionamiento del Consejo de Ministros». (Agosto 13, 2010). *GOR-O*, (33), 937-942.
- Entrena Cuesta, R. (1981). *Curso de Derecho administrativo* (vol. 1, 7.ª ed.). Tecnos.
- Forsthoff, E. (1958). *Tratado de Derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos.
- Fraga, G. (1985). *Derecho administrativo*. Porrúa.
- García de Enterría, E. (1959). Recurso contencioso directo contra las disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición. *Revista de Administración Pública*, (29), 161-185. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/220741959029161.pdf>
- García de Enterría, E. (1998). *Revolución francesa y administración contemporánea*. Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2011). *Curso de Derecho administrativo* (t. 1, 15.ª ed.). Civitas.
- García Oviedo-Martínez, C. (1962). *Derecho administrativo* (vol. 1, 8.ª ed.). EISA.

- Garcini Guerra, H. (1986). *Derecho administrativo* (2.^a ed.). Pueblo y Educación.
- Garrido Falla, F. (1994). *Tratado de Derecho administrativo. Parte general* (vol. 1, 12.^a ed.). Tecnos.
- González Navarro, F. (1987). *Derecho administrativo español* (t. 1). Ediciones Universidad de Navarra.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho administrativo* (t. 1, 8.^a ed.). Fundación de Derecho Administrativo.
- Govín y Torres, A. (1882). *Elementos teórico-prácticos del Derecho administrativo vigente en Cuba* (t. 1). Miguel Alorda (ed.). Librería de la Enciclopedia.
- Guimarães Pedrosa, A. L. (1908). *Curso de Ciência da Administração e Direito Administrativo. Introdução e Parte I (Parte Geral)* (vol. 1). Imprensa da Universidade.
- Hauriou, M. (1919). *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* (9.^a ed.). Recueil Sirey.
- Jinesta Lobo, E. (2001). *Tratado de Derecho administrativo. Parte general* (t. 1). Biblioteca Jurídica DIKE.
- Leguina Villa, J. (1966). Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos. El valor normativo de las disposiciones organizatorias. *Revista de Administración Pública*, (49), 193-224
- Ley No. 1261, «Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral». (Enero 4, 1974). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, (1), 1-64.
- Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, «De procedimiento civil, administrativo y laboral». (Agosto 20, 1977). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, (34), 417-479.
- Ley No. 134, de 28 de octubre de 2020, «Ley de organización y funcionamiento del Consejo de Ministros». (Diciembre 23, 2020). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, (88), 2821-2849.
- Ley No. 138, de 17 de diciembre de 2020, «De organización y funcionamiento del Gobierno Provincial del Poder Popular».

- (Febrero 5, 2021). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, (14), 571-595.
- Ley No. 139, de 17 de diciembre de 2020, «De organización y funcionamiento del Consejo de la Administración Municipal». (Febrero 5, 2021). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, (14), 595-622.
- Marcheco Acuña, B. (2019). El reglamento como fuente del Derecho administrativo. En Matilla Correa, A. y Viteri Núñez, D. P. (Coords.). *Reflexiones sobre Derecho público*, 24-46. Unijuris.
- Martin-Retortillo Baquer, L. (1963). Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposición. *Revista de Administración Pública* (40), 225-249.
- Matilla Correa, A. (2012). Del Derecho administrativo en Cuba: breves trazos evolutivos y pequeña introducción a su definición. En González-Varas Ibáñez, S. (Coord.). *Derecho administrativo iberoamericano* (2.^a ed.). Instituto Nacional de Administración Pública.
- Matilla Correa, A. (Enero-junio, 2022). Los nuevos aires del proceso administrativo en Cuba. *Revista Cubana de Derecho*, 2(1), 518-560.
- Merkel, A. (1935). *Teoría general del Derecho administrativo*. Revista de Derecho Privado.
- Moreno, F. (1886). *La Administración y sus procedimientos*. Imprenta El Eco Militar.
- Muñoz Machado, S. (1975). Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en Derecho español. *Revista de Administración Pública*, (77), 139-180. <https://cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/228851975077139.pdf>
- Ortega Álvarez, L. (1992). *Manual de Derecho administrativo* (2.^a ed.). Aries.
- Parada Vázquez, R. (1992). *Derecho administrativo. Parte general*. Marcial Pons.
- Parodi, G. (2014). Las fuentes del Derecho administrativo. En Franco Ferrari, G. (Coord.). *Derecho administrativo italiano*, 59-104. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Sánchez Morón, M. (2010). *Derecho administrativo. Parte general* (6.ª ed.). Tecnos.
- Santamaría Pastor. J. A. (1988). *Fundamentos del Derecho administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- Santamaría Pastor. J. A. (1991). *Fundamentos del Derecho administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces
- Santamaría Pastor. J. A. (2009). *Principios de Derecho administrativo general* (t. 1, 2.ª ed.). Iustel.
- Vivanco, J. C. (1937). *El juicio contencioso-administrativo*. Editorial de Jesús Montero.
- Zanobini, G. (1954). *Curso de Derecho administrativo. Parte general* (vol. 1). Arayú.
- Zamora, J. C. (1954). Historia de una cátedra. *Anuario de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público*, 9-18. Universidad de La Habana.

ENTORNO



COMENTARIOS, DE INTERÉS GENERAL,
PARA LA CIENCIA JURÍDICA,
NACIONAL E INTERNACIONALMENTE

ACCESO A LA JUSTICIA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿LOW COST?

ACCESS TO JUSTICE AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A LOW-COST APPROACH?

■ **DR. EDUARDO FERNÁNDEZ MENDÍA**

Abogado, Poder Judicial de La Pampa, Argentina¹

<https://orcid.org/0009-0009-8919-5492>

efmenda@gmail.com



Resumen

El texto analiza, críticamente, la relación entre la inteligencia artificial y el acceso a la justicia en el contexto posmoderno, caracterizado por la inestabilidad social, la aceleración tecnológica y la pérdida de referentes éticos. El autor plantea que la incorporación de herramientas tecnológicas en el ámbito judicial ofrece oportunidades para mejorar la eficiencia, transparencia y celeridad de los procesos, pero también introduce riesgos vinculados con la deshumanización, la dependencia digital y la posible afectación a la independencia judicial. Se advierte sobre la necesidad de mantener una supervisión humana permanente en la utilización de la inteligencia artificial y evitar delegaciones impropias de la función jurisdiccional. Asimismo, se subraya que la prudencia, la ética y la centralidad del ser humano deben prevalecer sobre la lógica algorítmica, para preservar la esencia axiológica del Derecho. En este sentido, el autor propone una reflexión sobre el equilibrio entre innovación tecnológica y valores republicanos, al recordar que la justicia solo puede sostenerse sobre una base moral y humanista.

Palabras clave: Ética; inteligencia artificial; Derecho; ponderación; prudencia.

- 1 En la actualidad, presidente del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa; miembro de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, de la Cumbre Judicial Iberoamericana; reconocido por su extensa trayectoria profesional.

Abstract

This article presents a critical reflection on the relationship between artificial intelligence and access to justice within the framework of contemporary postmodern society, marked by social instability, technological acceleration, and the weakening of ethical and cultural foundations. It argues that incorporation of technological tools in judicial practice offers significant opportunities to improve efficiency, transparency, and procedural speed, while also generating risks associated with dehumanization, digital dependency, and potential interference with judicial independence. The text emphasizes the importance of maintaining continuous human oversight in the use of artificial intelligence, preventing the improper delegation of judicial authority. It concludes that prudence, ethics, and the centrality of the human being must prevail over algorithms logic to preserve the moral and axiological essence of law. Ultimately, it calls for a balanced integration between technological innovation and republican values, reaffirming that true justice can only endure upon a moral and humanistic foundation.

Keywords: *Ethics; artificial intelligence; law; balancing; prudence.*

Sumario

I. Introducción; II. La persona del juez en la turbulencia atmosférica en la postmodernidad; III. La tecnología en la antesala de la Modernidad; IV. La tecnología en el *mare nostrum* de la globalización: El acceso a la justicia, sus auroras y sus crepúsculos; V. Conclusiones de coyuntura (mientras se viaja en el tren bala); VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La labor de intentar o ensayar un discurso relativo a la inteligencia artificial (IA), en la impartición de justicia, presupone al que escribe, a esbozar una visión lo más sólida posible, ante un escenario inestable como es esta etapa histórica de posmodernidad globalizada, en la que en cada esquina hay un desvío de tránsito, y a veces es muy difícil recuperar un rumbo, que no sea el que impone el nuevo orden mundial.

Dado el aluvional interés que tienen los efluvios de la IA, y su observación cuidadosa y atenta en tan diversos terrenos epistemológicos que «se pueden adquirir con confianza en cualquier tienda de barrio», el interés o propósito del autor, en esta especie de narrativa pedagógica y auto pedagógica algo temerosa, es como la primera estrofa de la canción equipaje de Jorge Drexler: «nos delata el equipaje y la duda al caminar, su prudencia pueblerina, mi silencio en catalán».

Esta precaución pospandémica y posmoderna se da en un escenario de permanente duda, sobre la inmunidad judicial en orden a una homeostasis perdida (equilibrio interno sano y estable de la integridad biológica) y a una resiliencia propia de vecino de pueblo periódicamente inundado.

Por eso, en este artículo se soslaya bibliografía relevante y necesaria, y se la sustituye por una maleta empírica con profana pretensión de diagnóstico y pronóstico para la población judicial distraída. No puede desconocerse el *mare magnum* de estudios realizados respecto a este fenómeno de la IA, asociada, por utilizar un eufemismo, a la alicaída administración de justicia que, tras una ilusión de búsqueda y recuperación del tiempo y prestigio perdidos, quiere aferrarse a la realidad artificiosa de la tecnología, en algunos casos y en muchos otros derivar su desempeño para alternar con otros semidioses de la modernidad.

El camino será como el de un ciudadano de esta aldea global, anoticiado por intermedio del sociólogo Zygmunt Bauman, en su obra *Modernidad líquida* (2003, p. 30), acerca de la licuación de la experiencia y las referencias permanentes en lo social y cultural, que lamentablemente debilitan la confianza, por el flujo e influjo de la novedad viralizada.

Como señala el sociólogo alemán Hartmut Rosa, se vive con la tiranía de la novedad que él denominó «aceleración social del cambio» (2016, p. 85) y que convierte la innovación en un fin en sí mismo. Así, el análisis de los efectos de la tecnología se posterga o se trivializa, porque el tiempo oculto de la ética no coincide con el tiempo brillante del mercado ni con el de la conectividad viral.

Desde una azotea o un mirador de simple observador razonable, por experiencia personal, doxa, que no pretende ser episteme o conocimiento científico, se acudirá a una esencial herramienta judicial, que son las máximas de la experiencia.

Señala Michele Taruffo (2002), en su obra *La prueba de los hechos*, que el juez utiliza las máximas de la experiencia como un científico se permite usar hipótesis inductivas. Generalmente, el itinerario racional de las máximas de la experiencia consiste en la generalidad y verificabilidad empírica, la razonabilidad, la fundamentación objetiva y la explicación del método utilizado. Por esa mutabilidad insustancial o intrascendente del aquí y ahora, de esta etapa actual de la realidad social, en la cual lo históricamente trascendente es soslayado por cierta teoría del progreso indefinido, muy legítima, por cierto, pero con ingredientes centrados en las ciencias y el avance tecnológico, en pro de una perfección materialista y antropocéntrica, con indudable distancia de los principios filosóficos y axiológicos permanentes.

La sociología y la psicología social recuerdan las mutaciones que se han ido generando en la cotidianeidad, como la que se da entre la identidad personal por la fluidez cultural, la libertad individual por la incertidumbre estructural en un contexto de desregulación y flexibilidad laboral e inestabilidad económica, la estandarización global y su contracara, el desarraigo de lo antes conocido y vivido, como una lamentable desvinculación social, la hiperconectividad casi permanente, para desembocar luego, en la soledad y la superficialidad, la angustia existencial, las posiciones iconoclastas y agresivas hacia lo distinto.

A ellos se añade la tendencia direccionada al hiperconsumo generalizado, *mutatis mutandi* en todos los estratos sociales, lo que genera una vida centrada compulsivamente en el poseer, el tener y el aparentar, en el pertenecer a un grupo social excluyente, todo un «paquete» que esconde un vacío existencial naturalizado, en esta sociedad global, obviamente, en las geografías en que ello resulta posible.

Finalmente, y sin agotar el elenco de tensiones posmodernas, crece la incidencia de riesgos de todo tipo, en lo conductual o actitudinal, con sensaciones de inseguridad y vulnerabilidad de envergadura, con mayor razón a partir de la experiencia pandémica, cuando la situación inmunitaria de todo tipo exhibió la desnudez del rey, aunque se siga presumiendo de una cosmopoliticidad caricaturesca e irreal.

¿Por qué se traen a colación estos fenómenos disruptivos o de innovación novedosa y extraña, por lo menos, para una mayoría popular? Solo para reconocer que la realidad psicosocial está afectada,

transversalmente, en amplios sectores de la comunidad, escenario de donde brotan muchos de los conflictos que, luego, terminan judicializados, por distintas razones, como las disputas interpersonales, los nuevos y complejos vínculos familiares y sociales, el trastorno en la toma de decisiones, la carencia de resiliencia o de habilidades de comunicación, entre tantos.

II. LA PERSONA DEL JUEZ EN LA TURBULENCIA ATMOSFÉRICA EN LA POSMODERNIDAD

En alguna parte de la geografía de este inefable y desconcertante escenario mundial globalizado se encuentra un juez investido para resolver conflictos con prontitud, con sabia completitud y fundamentos, como sería de desear, pero de respuesta liliputiense utilizando literariamente la novela *Los viajes de Gulliver* (Swift, 1726).

Cualquiera que sea la acepción que se tenga de asiento o ámbito de sus funciones judiciales, será difícil de encontrar alguno con la realidad pastoril o bucólica en este tiempo. Más bien, la complejidad será una rueda de molino con muchísimas aspas y, en esa situación, se podría decir metafóricamente, que el actual portafolios del juez debe albergar muchas más herramientas alternativas, que decálogos jurídicos y morales, además de la infaltable humildad, no siempre invitada a los estrados tribunalicios, por su apariencia rústica y, en lo fundamental, por su carencia de mundanidad.

Es que ya no es posible mantener de manera contumaz la perspectiva hermenéutica de la plenitud hermética del Derecho kelseniano, o la autosuficiencia intelectual, que en algunos casos inficiona la personalidad del juez, como boca intangible o dogmática de la ley (más allá de ciertas prótesis).

Esta tesitura positivista, en cierto modo anacrónica, limitante de las garantías de los derechos humanos, fundamentalmente, en cuanto a su progresividad y a los mandatos de optimización —por cierto, todo con la debida ponderación y sin soslayar el posible consecuencialismo de sus efectos— todavía convive como el trigo y la cizaña.

En esos términos lo sostuvo Antonio Cançado Trindade, exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Internacional de Justicia (2007, pp. 44-61).

Como esta opinión podrían agregarse las de muchos autores y cate-dráticos, los que reciben *in bonam parte*, el principio de tutela judi-cial efectiva, para el acceso a la justicia de los ciudadanos.

Ciertamente, no se trata de mutar el claro desempeño jurisdiccional con la metodología de discrecionalidad abierta o el gobierno de los jueces, sino de no quedarse con una interpretación literal de una nor-ma incompleta, ambigua, contradictoria, irrazonable o desanclada de la jerarquía de las normas, como lo plasmó la CIDH en el caso «Radilla Pacheco *versus* México», fallo en el que se exigió a los jueces inaplicar normas contrarias a la Convención americana. En línea con este pro-nunciamiento es preciso resaltar la manifestación, visibilidad y vigen-cia de los pactos o tratados de derechos humanos, en América Latina y Europa, con nuevos paradigmas de interpretación jurídica, en los cuales los filósofos del Derecho, expertos en Derecho internacional y Derecho procesal, deben incorporar una cuidadosa hermenéutica, con sus diferentes matices metodológicos y, según la jerarquía de las normas, acudir a una adecuada ponderación, circunstancia que pro-vo-ca un progresivo punto de inflexión, respecto del juspositivismo.

Podría decirse con beneplácito que el brocardo «dame los hechos que te daré el derecho», actualmente convive con un nuevo paradigma de interpretación, que da mayor sustrato al sentido y alcance de las normas en su conjunto.

El aforismo *da mihi factum dabo tibi ius* tiene su origen en el Dere-cho romano tardío, que abarca la segunda mitad del siglo tercero, después de Cristo, hasta la recopilación por Justiniano, como em-perador bizantino, y dirigido por el jurisconsulto Triboniano. Esto habla de la innegable perdurabilidad y eficiencia de aquel Derecho, actualizado por los filósofos y otras disciplinas vecinas.

Empero, distintas corrientes de humanización y moralización del dere-cho, de manos de sus doctrinarios, vienen a dar una nueva dimensión a la misión jurisdiccional (no de manera generalizada) y superan cierta tendencia individualista y solemnemente indiferente, a una axiología tutelar de los derechos humanos.

Actualmente, iusfilósofos como Alexy y Ferrajoli, al referirse a los he-chos, afirman que estos no son sucesos claros, sino el resultado de una labor argumentativa probatoria e interpretativa. En otras pala-bras, lo que ocurrió, no es igual a lo que puede demostrarse en juicio sobre lo ocurrido (Bonorino, 2012; García, 2017).

Esto significa que las verdades procesales no son absolutas, sino que, en el marco del debido proceso, la carga de la prueba, los estándares probatorios, la garantía de igualdad de las partes, etc., proporcionan un ámbito que impide que el juez reciba los hechos sin más, como si fueran asépticos. En la actualidad, después de una actitud dialógica garantista y de sana prudencia, se espera que el juez pueda expedirse sobre la conducencia jurídica de lo discutido, su congruencia y relevancia jurídica.

III. LA TECNOLOGÍA EN LA ANTESALA DE LA MODERNIDAD

La bipolaridad hemisférica en términos de poder, en todas sus expresiones, ha logrado instalar la diosa «Tecnología» en su cúspide valorativa, como ícono referente y preminente, en desmedro de otros valores cual el derecho y la ética, la cultura secular, las diferentes disciplinas científicas y artísticas, etc., sin necesidad de acreditación por su notoriedad transoceánica.

Los liderazgos geopolíticos están basados en primacías y presiones políticas, militares, económicas, de origen étnico o religioso, por influencias de antiguos colonialismos, en los que coadyuvan de manera notable, las disímiles tecnologías absorbentes e invasivas, como mascarón de proa.

Las tres disciplinas: el Derecho, la ética y las tecnologías, recorrieron la historia milenaria por distintos senderos, confluyendo o coincidiendo pocas veces, debido a que sus mentores discrepaban en la teleología y filosofía de sus acciones, y en sus objetivos.

Ya no sorprende la creciente presentación en los estrados tribunales o la opinión pública y publicada de dilemas, dudas y encerronas éticas, jurídicas y tecnológicas, desafíos todos con acento en la necesidad de acudir a la sabiduría y prudencia de juristas y observadores razonables para resolverlos.

Estos interrogantes harán necesario llamar, en auxilio de la construcción argumental, al derecho natural y positivo, la antropología, la filosofía del Derecho, la sociología jurídica, la semiología, la ética aplicada, la psicología social e individual, etcétera.

Esta tríada de Derecho, ética y tecnología, que se examina, exhibe en la actualidad, una preminencia sobreactuada y sobrevalorada: la tecnología, herramienta esencial del progreso indefinido, perseguido por el nuevo orden mundial, junto con el escenario macroeconómico y financiero, territorio en el que la mayoría de la población es ajena al metabolismo económico y sufre, además, las consecuencias negativas de las especulaciones cotidianas.

La tecnología como socia doméstica de la supervivencia del *homo faber* se constituye en la herramienta táctica de los gigantes tecnológicos, de las *big tech* (abusando de neologismos, podría hablarse, también, de las *big tabaco* o *big petróleo*). Desafortunadamente, estas empresas no tienen previsto el concepto fraterno de *prójimo* (parasitismo de mercado, que sería conveniente desterrar, por su ajenidad al tráfico de mercado, única acrópolis legitimada, para el ciudadano librecambista) y prefieren el de *consumidor*, *cliente*, *usuario*, o mercado meta, con comunicación despersonalizada y digital, y, en general, unilateral o con lenguaje tecno.

La mayoría de los autores de la historia de la tecnología (*mechane* como los denominaban los antiguos) coinciden en establecer cuatro etapas de las llamadas revoluciones industriales o tecnológicas, camino este de doble sentido de circulación, en el que los beneficios y perjuicios han sido visiblemente asimétricos y desproporcionados para los habitantes costeros de la grieta económica y social.

La distribución mundial del progreso de la tecnología y los frutos de sus resultados evidentes se perciben, principalmente, en el hemisferio norte (occidental y oriental), y pocos países del continente asiático. En el resto del planisferio humano, se advierte una brecha tecnológica cada vez más notoria en el grado de desarrollo, para el cual la tecnología constituye el torrente sanguíneo inexorable. De hecho, los nuevos *technological civitatitus* pretenden transformarse en «espacios cerrados» a los que solo ingresan el turismo y los migrantes-golondrinas, como fuerza de trabajo. Así, se repite la realidad social de la primera y la segunda revoluciones tecnológicas, *mutatis mutandi*.

Entre los efectos adversos y colaterales de las tecnologías de producción, se advierte una gama de conflictos sociales, como la explotación laboral, el empobrecimiento y la marginación de sectores

importantes de trabajadores, el crecimiento abrupto y marginal de los centros urbanos, la disminución notable de la artesanía, los oficios y talleres, por ejemplo los tejedores manuales, los artesanos de ladrillos etcétera, sustituidos implacablemente por la producción mecanizada estándar o industrial.

Esta marea de desarrollo solo baña determinadas playas y ha ido generando una cultura o mentalidad tecnológica, con un sentido de excelencia utilitaria para pocos, un tipo de usuarios denominados *consumidores ostentosos* o *masstigio* (término que combina *mass*-masa y *prestige*-prestigio), más allá de algunas pocas estrategias de democratización o masificación, en orden a finalidades de rentabilidad.

No tiene el autor la intención de demonizar la tecnología ni alinear-se con opciones tecnofóbicas *versus* tecnofílicas porque, además de injusto, sería inconveniente y desbalancearía, subliminalmente, la grieta existente, cuya permanencia es imposible de negar. Pero dejar de lado los efectos, en algunos casos degradantes, que el fenómeno produce en la dignidad de las personas, es mirar solazados las luces y los sonidos de los fuegos artificiales del progreso indefinido de ciertas tecnologías y escenarios culturales y sociales solo asequibles a una porción minoritaria del prójimo, por una humanidad deshumanizada, por privilegios, hedonismo consumista e indiferencia ominosa, constructo de un *neocainismo moderno*, si se autoriza este barbarismo filológico y social.

Sirva como complemento en esta enunciación valorativa del fenómeno tecnológico y desde una perspectiva crítica histórica y coyuntural, surgida por la evolución desde la primera Revolución tecnológica, la pedagogía de la encíclica *Laudato Si': Sobre el cuidado de la casa común*, del pontífice católico Francisco, cuya lectura se recomienda, prescindiendo de cualquier pertenencia escatológica que tenga el lector, en orden a su visión social y política desprovista de sesgo religioso.

Se trata de un preclaro documento de cerca de 190 páginas, distribuido en más de 200 párrafos, con unidad temática y, ciertamente, encadenados en un itinerario formidable (como son los documentos pontificios). Se quiere resaltar solo dos párrafos; el 54, que reza:

Llama la atención la debilidad de la reacción política internacional. El sometimiento de la política ante la tecnología y las finanzas se muestra en el fracaso de las cumbres mundiales

sobre medio ambiente. Hay demasiados intereses particulares y muy fácilmente el interés económico llega a prevalecer sobre el bien común y a manipular la información para no ver afectados sus proyectos. En esta línea el Documento de Aparcida reclama que «en las intervenciones sobre los recursos naturales no predominen los intereses de grupos económicos que arrasan irracionalmente las fuentes de la vida». La alianza entre la economía y la tecnología termina dejando afuera lo que no forme parte de sus intereses inmediatos. Así solo podrían esperarse algunas declaraciones superficiales, acciones filantrópicas aisladas, y aun esfuerzos para mostrar sensibilidad hacia el medio ambiente, cuando en la realidad cualquier intento de las organizaciones sociales por modificar la cosa será visto como una molestia provocada por ilusos románticos o como un obstáculo a sortear. (Santo Padre, 2015, s.p.)

Para concluir la relectura de un segmento del documento magistral, el párrafo 110 recuerda:

La especialización propia de la tecnología implica una gran dificultad para mirar el conjunto. La fragmentación de los saberes cumple su función a la hora de lograr aplicaciones concretas, pero suele llevar a perder el sentido de la totalidad de las relaciones que existen entre las cosas, del horizonte amplio, que se vuelve irrelevante. Esto mismo impide encontrar caminos adecuados para resolver los problemas más complejos del mundo actual sobre todo del ambiente y de los pobres, que no se pueden abordar desde una sola mirada o desde un solo tipo de intereses. Una ciencia que pretenda ofrecer soluciones a los grandes asuntos necesariamente debería sumar todo lo que ha generado el conocimiento en las demás áreas del saber, incluyendo la filosofía y la ética social, pero este es un hábito difícil de desarrollar hoy. Por eso tampoco pueden reconocerse verdaderos horizontes éticos de referencia. La vida pasa a ser un abandonarse a las circunstancias condicionadas por la técnica, entendida como el principal recurso para interpretar la existencia. En la realidad concreta que nos interpela, aparecen diversos síntomas que muestran el error como la degradación del ambiente, la angustia, la pérdida del sentido de la vida y de la convivencia.

Así se muestra una vez más que la realidad es superior a la idea. (Santo Padre, 2015, s.p.)

IV. LA TECNOLOGÍA EN EL *MARE NOSTRUM* DE LA GLOBALIZACIÓN: EL ACCESO A LA JUSTICIA, SUS AURORAS Y SUS CREPÚSCULOS

El método analítico de ver, juzgar y obrar en este ciclo histórico inefable de la posmodernidad, podría ser analogado a la crisis o emergencia climática, como epifenómeno de las etapas de las revoluciones tecnológicas.

La asimilación es solo de carácter mínimamente propedéutico en lo evidente: indetenibilidad, irreversibilidad, imprevisibilidad, globalización disruptiva etcétera, propias de la volatilización acultural, sin conciencia temporal ni histórica. Ciertamente, se habla del hombre y sus circunstancias despersonalizantes en la actualidad, con lo cual es muy difícil pensar en un nuevo antropocentrismo cultural.

Es que aparecen en esta etapa histórica, como una creciente incógnita, diversas anomalías o patologías sociales, con su frecuente propagación viral. Son ciertas tendencias a la *fragmentación*, en relación a marcos estables de personalidad, que se truecan en identidades dispersas y mutantes. Como diría Bauman (2003), el yo posmoderno es una constelación de instantes, no una sustancia (pp. 132-136).

A la «macedonia» alarmante de signos y síntomas sociales y culturales, abordados por la psicología y la sociología modernas, solo ha de agregarse otra expresión, la de *hibridación existencial*, en sus distintas manifestaciones, que ha incidido en la *yoidad* de manera centrífuga, lo cual concita la atención multidisciplinar.

Dicho esto, puede señalarse que las opiniones sobre la incidencia de la tecnología en la realidad jurídica deben contrastarse con las observaciones de la sociología, el Derecho procesal y la teoría general del proceso, el Derecho constitucional y convencional, la ética judicial y la gobernanza, el Derecho de la tecnología y protección de datos, la sociología y filosofía del Derecho, la antropología jurídica y cultural, y la psicología social.

La lenta especialización de las competencias materiales de los tribunales sigue muy de lejos a las angustiantes salas de espera de los

estrados tribunales, colmados de conciudadanos que esperan ser oídos, para la determinación de sus derechos y su correlato. Las dificultades y los desafíos que ensombrecen el desempeño judicial son tan heterogéneos y cuantiosos que generan continuas perplejidades e impotencias tanto en sus operadores como en la gente que espera la respuesta.

La complejidad judicial se ha tornado versátil e impredecible y fluctúa desde las condiciones logísticas y laborales cambiantes y precarias, los conflictos multiculturales y sociales, una inflación o hipertrofia legislativa, a veces asistemática y contradictoria, con fluctuantes presiones externas, pero intrarrepúblicas, la creciente deslegitimación y pérdida de confianza hacia la judicatura, la indiferencia, banalización y prevaricación de la ética judicial y su fruto, la amoralidad de ciertos procesos, el confuso impacto de las nuevas tecnologías y la IA en la adopción de decisiones, la tensión iusfilosófica entre seguridad jurídica y justicia material, la injustificable distorsión del lenguaje claro y jurídico, y la opacidad en la comunicación institucional, como también carreras judiciales sinuosas y a veces con inequidad, con reiteración lamentable desesperanzadora. Igualmente, puede mencionarse la diversificación de actividades extrajudiciales de los magistrados, indiferentes al compromiso de su juramento, y su preocupante incidencia en el desempeño como mandato mundano y social, la participación y las tensiones en el asociacionismo judicial, la delegación necesaria razonable y sus posibles distorsiones, los conflictos de intereses y la imparcialidad, entre tantos otros fenómenos.

Este amplio conjunto de situaciones merodea en variados estrados judiciales y su influencia dependerá del compromiso, la conciencia y la integridad de la persona del juez. El intenso sonido intermitente repercute en la vida tensionada de la judicatura. En esa realidad mosaica, el juez debe impartir justicia, ciertamente, sin la asepsia necesaria y con el apoyo humano y logístico disponible, lejos de ser óptimo.

La memoria histórica podrá ayudar a recordar cómo aparecen en este proceso evolutivo las nuevas tecnologías, y de un modo particular la IA, como herramienta visible o socia oculta en la gestión jurisdiccional, con suerte variada, pero como un gran aporte para la sustanciación de determinado volumen de causas, en las que la responsabilidad *intuitu personae* no es indispensable, como lo sería en otras.

Dada la finalidad de estas reflexiones, no será necesario mencionar la evolución de ese fenómeno tecnológico *ad intra* de los tribunales, por su distinta incidencia, según el mapa tecnológico del que se disponga o de sus cartógrafos. Sí podrían reseñarse, en parte, aspectos positivos, y no tantos, pero ese posible desbalance no está solo en la relación cuantitativa, la cual puede ser susceptible de mejoramiento, sino en algo más serio y relevante, la autoridad preminente y republicana de la independencia y dignidad de la judicatura, preocupada e inquieta, de no tener instalados caballos de Troya tecnocráticos con teleologías disímiles y opuestas del dar a cada uno su derecho, por decisión del señorío del juez independiente. Y esto nadie está en condiciones de asegurarlo en la actualidad.

El ingreso paulatino de la tecnología a los tribunales ha sido un fenómeno invaluable en términos utilitarios, en un escenario de bien común, pero a la vez se convierte en un mercado cautivo deshumanizante, con un efecto híbrido, no siempre mensurable con claridad. La cautividad de la que se habla deriva de las procedencias *cuasi* monopólicas de los proveedores de la tecnología.

Resultan más que evidente algunos resultados beneficiosos y, si se permite usar un concepto propio de la medicina hospitalaria, puede aludirse al *triage judicial*, concepto que, a semejanza de su par hipocrático, permitiría clasificar la urgencia de los asuntos, según su tipo y los recursos disponibles, algo necesario en las realidades jurisdiccionales, apelando a la metáfora.

En lenguaje jurisdiccional, pueden ser mencionadas todas aquellas tareas automatizadas y mecanizadas que facilitan la gestión procesal y le imprimen mayor velocidad; eso es de un gran valor instrumental y administrativo.

Debe valorarse, en ese sentido, el estudio y seguimiento de algunos organismos sobre el desempeño jurisdiccional continental, en aras de poder inferir parametrizaciones necesarias para una adecuada gestión y gobernanza. Resulta muy útil consultar los informes de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, el National Civil Justice Institute y la Cumbre Judicial Iberoamericana, por medio de sus comisiones, como son la de Calidad para la Justicia y la Iberoamericana de Ética Judicial.

No se pueden desconocer la cantidad y calidad de resultados y frutos del aporte tecnológico, los cuales generan una evidente mejoría en

la respuesta jurisdiccional, aunque como sucede con todo recurso logístico, no existe una distribución equitativa y se da el agravante de espacios geográficos desiertos en tecnologías, que ahondan la brecha digital, como también los guiones de discursos de gurúes enfrentados, en lo atinente a la conveniencia de la participación tecnológica o no.

La constatación de concreciones, en el aporte tecnológico y tecnocrático es como ese refrán español que dice «cada uno habla de la feria según cómo le fue en ella», pero pueden rescatarse, sin entrar en precisas parametrizaciones, el notorio incremento de eficacia procesal o de gestión, una importante optimización en la recolección de datos y evidencias, y la producción y sustanciación probatoria.

Es imposible asegurar que estos avances son derrotas definitivas a las asignaturas pendientes de la justicia, como tampoco cabe considerarlos victorias pírricas, frente a cierta permanencia y vigencia de la importantísima deuda de la justicia ante la ciudadanía.

Estos vientos de cambios tecnológicos no logran todavía disipar las nieblas del retardo o la denegación de respuesta de una magistratura aun objeto de las caricaturas análogas a las de Honoré Daumier, célebre dibujante-pintor-ilustrador marsellés que denunciaba, con notable mordacidad, la corrupción de una parte de la judicatura francesa a mediados del siglo XIX, situación que, lamentablemente, mantiene cierta vigencia *aggiornada*.

El aire fresco que puede generar la IA sobre los aspectos más críticos de celeridad, precisión y transparencia y otras ventajas de la tecnología tiene, sobre sus espaldas, el enfrentamiento a, por lo menos, *dos leyendas negras*: el lado oscuro de la tecnología y el lado oscuro de la justicia.

Hoy ya no es la hora del juez clásico con su problemática dual, del proceso a la sentencia justa. Emerge como respuesta a la modernidad globalizante, el juez postmoderno, más desnudo que arropado, metafóricamente comandando una nave espacial con mameluco prestado y sin conocer demasiado el destino, el juez prudente judicial, como una mezcla mitológica de Prometeo y Dédalo, por la audacia tecnológica del primero y la prudencia creativa del segundo.

V. CONCLUSIONES DE COYUNTURA (MIENTRAS SE VIAJA EN EL TREN BALA)

El desafío ético de ser juez en esta selva globalizada, en la que lo natural se confunde con lo plástico o digital, es de una complejidad tal que solo con la ayuda de la prudencia humilde, la sabiduría en un contexto de universalidad del conocimiento, la sana y recíproca colegialidad, y por qué no, la ayuda tecnológica, podrá buscar la salida y las soluciones al laberinto borgiano de los procesos.

Este extraño meollo ha sido afectado y complicado por una situación que la *termodinámica* denomina *entropía*, entendida, en sentido físico, como la tendencia natural de los sistemas a ciertos desórdenes y a la pérdida de energía necesaria y constructiva.

En este des[orden] mundial con caracteres derribantes de cierta solidez jurídica conceptual, aunque imperfecta, irrumpe la entropía jurídica judicial, que genera una tendencia de los sistemas legales institucionales y éticos a perder racionalidad lógica y previsibilidad, con la aparición del sucedáneo que representa la acelerada autonomía y opacidad de las nuevas tecnologías, si no se aprende a ser piloto de tormentas, espacio de la inefable entropía por excelencia.

Es indudable que la cultura líquida y entrópica vive o sobrevive en un presente perpetuo, sin memoria ni proyección, ni anclaje de ningún tipo, porque la historia comienza con la *genuinidad* de la modernidad, con un neoantropocentrismo vacío, plural y diverso, incompatible con las referencias y categorías pasadas, propias de la *solidez anacrónica*, como se denomina, con cierta petulancia, a las tradiciones culturales.

Es algo comprobable, sensorialmente, que la luz y el ruido emitidos, en general, por un fenómeno no constituyen lo esencial de este, sino solo su visibilidad. De inmediato, acude a la memoria un dicho muy elocuente: *el BIEN no hace ruido y el ruido no siempre hace bien*.

¿Qué se quiere decir con esto?, que la obligación vocacional sigue siendo —con tecnología o sin ella— el vivir honestamente, él no dañar a otros y el dar a cada uno lo suyo.

Dicho esto, debe considerarse que todos los aportes que se hagan al hombre juez, cualquiera que sea su naturaleza, serán siempre accesorios, en mayor o menor grado, porque la *centralidad humana*

consustancial al juez deberá evaluar su pertinencia, su valor y sus efectos. La obligación primordial del juez es *intuitu personae* y solo delegable en los supuestos regulados.

Esta «médula espinal» viene desde los albores fundacionales del Derecho y la república, y es lo que le da unicidad e identidad legitimante a la figura.

En esa línea, la IA constituye una innovación complementaria muy disruptiva en la impartición de justicia y despierta un agudo interés, en orden a ciertas y prolongadas deficiencias indisimulables de la respuesta judicial, como acceso a la justicia.

Su potencial como fenómeno y epifenómeno tecnológico, para optimizar y acelerar procesos de simple o mediana complejidad, como también para ampliar el acceso a la información jurídica en todos los segmentos de un proceso justo, resulta innegable, si se dan los presupuestos de atendibilidad.

El desempeño honorable del juez siempre requerirá la intervención de otros operadores auxiliares y la técnica necesaria, en su manufactura jurisdiccional, impregnada de la connatural juridicidad y eticidad.

Empero, la pertinencia de esta irrupción tecnológica, destinada a intervenir supletoriamente en la manufactura del juez y sus auxiliares, dada su naturaleza y función adventicia, no siempre aprehensible y cognoscible, en orden a su ajenidad inicial al proceso, debe ser examinada de manera lógica y técnica, máxime si tal intervención puede originar consecuencias dañosas.

Por la agilidad y relevancia operacional de las nuevas tecnologías se han motivado muchos pronunciamientos preventivos y algunos proactivos que la judicatura debe conocer e incorporar a su labor de una manera atenta. ¿Otra ocupación más para el juez? Sí, aunque no sea personal; ello es necesario, sin duda, para conocer esa tecnología que se hace propia y se incorpora a la responsabilidad jurisdiccional, aunque sea por vía indirecta.

A partir de la observación histórica con relación a las revoluciones tecnológicas, desde la Edad Moderna y su aporte a la humanidad toda, se constata, claramente, la desproporción estructural de poder decidible entre las plataformas tecnológicas, pocas veces mensurables, y su desconocida trazabilidad operacional, con respecto a los

habitantes usuarios, solos o de manera asociada, pero con una notoria dependencia asimétrica, irreversible en muchos casos.

Un neologismo conceptual que emerge en esta era pretendidamente tecnotrónica, denominado *feudalismo tecnológico*, presupone una soberanía territorial digital, un vasallaje legal y tecnológico, una dependencia informática, no siempre al servicio del bien común, y cierta inexplicabilidad u opacidad de su itinerario trazable, en orden a su incidencia en la tarea judicial responsable, desprovista de altruismo y desinterés social.

So riesgo de reiteración, este fenómeno debe ser observado con singular cautela por la gobernanza judicial y por el propio juez en el marco de sus atribuciones, porque indudablemente pueden colisionar con la independencia judicial los *intereses crematísticos* de las empresas o plataforma jurídicas, algunas autoproclamadas *conglomerado multinacional*, dado que, bajo la sombrilla de proporcionar herramientas para la toma de decisiones, se podrían esconder objetivos políticos y empresariales de cierta opacidad, aunque con rentabilidades inequívocas.

Ciertamente, la soberanía o independencia jurisdiccional en esta modernidad sigue siendo una exigencia republicana que garantiza el desempeño de la judicatura con total autonomía.

La responsabilidad epistémica, institucional y ética, en la intervención técnica de la IA, presupone para el juez, un *balancing test* de legitimidad, ética, credibilidad institucional y responsabilidad política, en el que quede transparentada la trazabilidad de la deliberación del juez y del elemento coadyuvante.

El sistema judicial ya no tiene espacio para dar lugar a una opacidad funcional o algorítmica, por una asociación culposa o desaprensiva que desestabilice el disminuido margen de confianza ciudadana.

Es necesario subrayar, enfáticamente, la perentoriedad de la supervisión humana en el uso de la tecnología, como también el aventamiento de la delegación impropia, con transferencia de poder resolutorio y menoscabo espurio al juramento de desempeño ético de la judicatura.

Deben tenerse, siempre, a mano los prospectos medicinales para la utilización de la IA, elaborados, con prudencia, por la Cumbre Judicial Iberoamericana, próximos a ser aprobados con una formidable propuesta, la recomendación de la UNESCO sobre la ética de la IA y

los documentos europeos, aunque puedan contener superposiciones o sobreabundancia.

Todos estos indispensables documentos son una carta de navegación para lo esencial del tránsito jurisdiccional, con el acompañamiento instrumental y accesorio de la IA, que permitirá exhibir transparencia, trazabilidad, capacitación, igualdad de armas, sin brechas tecnológicas.

A mayor abundamiento, es necesario recomendar la lectura y aprehensión de los dictámenes noveno y vigésimo cuarto de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, de la Cumbre Judicial Iberoamericana por su reflexiones pedagógicas y propedéuticas, con respecto a la utilización de las nuevas tecnologías.

Las expresiones de preocupación e inquietud por este fenómeno auxiliar cooperante del desempeño judicial deben ser abordadas, como toda la labor jurisdiccional, con la mayor profilaxis ética; es decir, con una actitud noble y permanente del alma y del conocimiento en pro de la verdad y el bien común.

Nunca está de más recordar que el principio y la virtud de la prudencia señorean siempre en un proceso justo y su ausencia denota anomalías difíciles de superar, como si fuera la partícula de Dios (Bosón de Higgs), concepto extraído de la Física de Partículas.

Esta audaz licencia metafórica permite remarcar que la prudencia judicial es como la partícula de Dios en el cosmos axiológico del juez, físicamente invisible, pero proveedora ontológica del peso de todas las demás virtudes necesarias, su esencia y sentido, en el noble desempeño judicial.

A modo de profano, pero admirable homenaje a Aristóteles respecto a su criatura, la prudencia, ha de recordarse un pensamiento de José Manuel Chillón, catedrático de la Universidad de Valladolid, España, en su trabajo titulado «Heidegger y la prudencia aristotélica como protofenomenología» (2019), cuando señalaba, breve y sabiamente:

La prudencia es la virtud del hombre particular, que tiene que vérselas con decisiones no del todo seguras, con medios no del todo válidos, y con fines no del todo claros. La prudencia es la herramienta moral que acompaña al hombre ante el riesgo inherente a toda acción libre, ante la incertidumbre constitutiva que significa vivir, y por tanto tener que actuar. El

ejercicio de la razón y la vida humana vivida en verdad exigen la puesta a punto de disposiciones prácticas, orientadas por ingredientes como la instrucción o el conocimiento, la memoria de la experiencia pasada y vivida, la circunspección y, por tanto, el análisis de las circunstancias concretas, así como sopesar los riesgos que conllevan. Y, por último, la aplicación de la ley general o universal al caso particular. (pp. 133-152)

Esta hermana «prudencia», parafraseando a San Francisco de Asís, ayuda a enfrentar las tres esquinas de encrucijadas permanentes, la duda, la probabilidad y la certeza, generalmente calles de mano única.

No se olvide que los jueces no se mueven en un escenario dogmático de metafísica, sino en uno de hechos ya ocurridos, en el que la sana crítica racional debe ser evidentemente superior a las heurísticas y búsquedas algorítmicas de la IA.

Es habitual que los jueces se enfrenten a disyuntivas y urgencias, en una misma mañana, desde medidas que requieren solución inmediata a otras en las que, la necesaria reflexión deliberativa de sus mentes, transitan por un itinerario complejo y confuso, y deben desatar o cortar, muchas veces, un nudo gordiano como acto único y responsable.

Es que, en definitiva, todo acto humano singular y ordinario o excepcional tiene su génesis en una decisión adoptada con determinados propósitos, por el propio hombre, aunque sus consecuencias sean analizadas *a posteriori* en el limitado marco de un proceso.

Y este es el final del recorrido pedestre. Este diario del camino no disimula los sesgos cargados de cautela agorera, maquillada con prudencia, pero con ilusión de tener refutaciones fecundas y vencedoras. Es atrevido grabar en piedra: que el recorrido que se haga con la ayuda tecnológica (contingente o instrumental) no debe dejar aroma a metales o cables, sino a *presencia sólidamente humana*, con una moneda fuerte de valor que tenga en el anverso la estatua judicial y en el reverso al ciudadano, sin eclipses.

Contar con una neuroplasticidad común y, en algunos casos, extraordinaria como seres humanos, permitirá trabajar sin prejuicios hacia nada y nadie, pero con la responsabilidad consolidada de lo ajeno, que ha sido dado en custodia y administración. El juez siempre deberá ser experto en dificultades, en soluciones, con la mirada

empática intransferible de la centralidad humana hacia las acreencias ciudadanas.

Todas las instituciones de la república se autoperciben medulares y seguramente lo son, pero casi de una manera etérea; la jurisdiccional, en cambio, más callada, más humilde, mantiene la cercanía con el hombre y sus interrogantes, y así ha de continuar siendo.

V. REFERENCIAS

Bauman, Z. (2003). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.

Bonorino Ramírez, P. R. (Ed.). (2012). *Modelos argumentativos en la aplicación racional del Derecho*. Bubok Publishing.

Cançado Trindade, A. A. (2007). Hacia el nuevo Derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del Derecho internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, (50), 44-61. <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/pt/article/view/27>

Chillón, J. M. (2019). Heidegger y la prudencia aristotélica como protofenomenología. *Revista Colombiana de Filosofía*, 68(169), 133-152. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6760902>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Radilla Pacheco vs. México. Serie C, No. 209. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

García Amado, J. A. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. Tirant Lo Blanch.

Rosa, H. (2016). *Alienación y aceleración: Hacia una teoría crítica de la temporalidad en la modernidad tardía*. Katz Editores.

Santo Padre Francisco. (2015). Carta encíclica *Laudato si'*, sobre el cuidado de la casa común. Librería Editrice Vaticana. https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

Swift, J. (1726). *Los viajes de Gulliver*. Benjamin Motte.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Trotta.

DERECHOS PROCESALES DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

PROCEDURAL RIGHTS OF OLDER ADULTS

■ DR. LUIS OCTAVIO VADO GRAJALES

Director, Escuela Judicial Electoral,
Escuela Nacional de Formación Judicial,
Poder Judicial de la Federación, México

<https://orcid.org/0000-0002-4810-0612>

luis.vadog@te.gob.mx

■ M. SC. MARTHA LETICIA MERCADO RAMÍREZ

Profesora investigadora, Escuela Judicial Electoral,
Escuela Nacional de Formación Judicial,
Poder Judicial de la Federación, México

<https://orcid.org/0000-0002-1641-9397>

martha.mercador@te.gob.mx



Resumen

Los derechos procesales de las personas adultas mayores se refieren al conjunto de garantías, salvaguardas y mecanismos legales destinados a asegurar que las personas de 60 o más años puedan participar, de manera plena y efectiva, en los procedimientos judiciales y administrativos, ejercer sus derechos y recibir un trato igualitario y digno durante todo el proceso. Estos derechos se sustentan en principios fundamentales como la igualdad, la accesibilidad, la no discriminación, los ajustes razonables, el respeto a la autonomía y la protección de la dignidad.

Palabras clave: Personas adultas mayores; igualdad y no discriminación; dignidad; ajustes razonables; acceso a la justicia.

Abstract

The procedural rights of older adults refer to the set of guarantees, safeguards, and legal mechanisms designed to ensure that

individuals aged sixty and over can meaningfully participate in judicial and administrative proceedings, exercise their rights effectively, and receive equal and dignified treatment throughout the process. These rights are grounded in fundamental principles such as equality, accessibility, non-discrimination, reasonable accommodation, due respect for autonomy, and the protection of dignity.

Keywords: *Older adults; equality and non-discrimination; dignity; reasonable adjustments; access to justice.*

Sumario

I. Introducción; II. Marco internacional; III. Acceso efectivo a la justicia; IV. Las personas adultas mayores en México; 4.1. Legislación nacional; 4.2. Suprema Corte de Justicia de la Nación; V. Derechos procesales específicos de las personas adultas mayores; VI. Igualdad sustantiva y justificación liberal de la especificación procesal; VII. Estándar para jueces constitucionales; VIII. Conclusiones; IX. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La población mundial envejece y el crecimiento de esta tendencia podría alcanzar su punto álgido a finales de siglo. Prácticamente, todos los países del mundo experimentan un aumento del número y de la proporción de personas mayores.

Según las «Perspectivas de la población mundial 2024», publicadas por la Organización de Naciones Unidas (ONU, 2024) se estima que el crecimiento demográfico continuará durante los próximos 50 o 60 años, y alcanzará un máximo de unos 10 300 millones de habitantes hacia 2085, frente a los 8 200 millones de 2024, antes de disminuir gradualmente hasta los 10 200 millones en 2100.

La organización internacional refiere que, para finales de la década de 2070, la población mundial de 65 o más años alcanzará los 2 200 millones y superará en número a los menores de 18 años. Por ello, a mediados de la década de 2030, habrá 265 millones de personas mayores de 80 años, más que niños. Incluso, las naciones de rápido crecimiento experimentarán un aumento de la población anciana en los próximos 30 años (ONU, 1991; ONU, 2024).

La perspectiva de derechos humanos aplicada a las personas adultas mayores (PERAM) se debe caracterizar por reconocer sus derechos y la capacidad para ejercerlos, así como las obligaciones de las autoridades al respecto, entre ellas la de incluirlas para conciliar sus intereses y visibilizarlas.

La vejez es un curso biográfico temporal universal, que no necesariamente deriva en limitación, pero sí altera condiciones típicas como la energía disponible, la capacidad para sostener ritmos largos o la tolerancia a trámites sucesivos, entre otros. Por ello, la especificación procesal para PERAM no se justifica como extensión del régimen de discapacidad, sino cual consecuencia de la dimensión temporal del envejecimiento: la variable lesiva es el tiempo mismo. El sistema de justicia que no corrige esa asimetría perpetúa una desigualdad estructural. En consecuencia, la vejez exige reglas procesales específicas, no como privilegio, sino como traducción constitucional del principio de igualdad sustantiva.

En México, el discurso de derechos humanos ha permeado intensamente el análisis de la vejez; en cambio, la dimensión procesal jurisdiccional permanece casi inédita. El envejecimiento ha sido teorizado mediante los derechos sociales (cuidados, seguridad social, salud), pero no se ha trasladado metodológicamente al espacio en el que se decide si ellos derechos son exigibles: el procedimiento mismo. Esta omisión produce un vacío estructural: si el grupo en situación de vulnerabilidad es reconocido en la norma, pero no se adapta el diseño procesal de los tribunales, la tutela jurisdiccional efectiva se pierde justo donde debiera operar más intensamente.

Un estándar procesal específico requiere ser visto como consecuencia de la igualdad sustantiva. La tesis es que, tratándose de procesos jurisdiccionales, el derecho debe activar ajustes razonables procesales y tiempos procesales acelerados, porque la neutralidad procedimental perpetúa la desigualdad material. En el presente trabajo se expondrán los fundamentos convencionales de los derechos procesales de las PERAM y se precisará cuáles son estos; se mencionará la manera en que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) los han abordado. Después, se mostrará la legislación nacional, para ocuparse de casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y proponer conclusiones con un estándar modelo —derivable

de convencionalidad e igualdad— que traduce este mandato en criterios operativos para los tribunales.

La exploración se realizó mediante un enfoque cualitativo-documental, centrado en el análisis de criterios relevantes del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; se revisaron resoluciones seleccionadas por su impacto jurídico y relevancia institucional, utilizando como fuentes el Semanario Judicial Electoral y bases oficiales. Los casos fueron examinados mediante técnicas de categorización temática para identificar líneas jurisprudenciales y estándares constitucionales en materia de derechos político-electorales, debido proceso y libertad de expresión.

La metodología permitió identificar estándares nacionales sobre los derechos procesales de las PERAM y generar categorías comparables con otros países. Al basarse en principios universales de derechos humanos, los ejes analizados (debido proceso, igualdad, accesibilidad y ajustes procedimentales) son replicables en contextos latinoamericanos y sistemas jurídico-constitucionales afines mediante la revisión de la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales.

II. MARCO INTERNACIONAL

Si bien es una obviedad, vale la pena recordar que las PERAM gozan de los mismos derechos fundamentales que cualquier persona (Ferrajoli, 2021). Para este grupo poblacional, tales derechos se fundamentan en la dignidad humana, como reconocen, expresamente, los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad (ONU, 1991).

Por su parte, la Declaración universal de derechos humanos —Artículo 25, párrafo 1 (1948)—, así como el Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) —Artículo 17 (1988)—, también refrendan la especial protección hacia los derechos de las PERAM.

A nivel universal, desde 1991 los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad han constituido el documento más importante en el reconocimiento de sus derechos.

Ahora bien, para precisar las prerrogativas con que cuentan las PERAM en un proceso judicial y poderlas estudiar de forma sistemá-

tica, resulta útil el principal instrumento convencional acerca de los derechos del grupo etario de mayor edad, la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (2023). Este tratado considera persona mayor a aquella de sesenta años o más; y, en su artículo tercero, inciso n), establece el principio de protección judicial efectiva, el cual desarrolla en el número 31, en el que se fijan los siguientes derechos:

- Acceso efectivo a la justicia, que implica recibir un trato preferencial y con la debida diligencia. Además, el deber de que la actuación judicial sea particularmente expedita, cuando existan riesgos para la vida o la salud.
- Realización de los ajustes necesarios en el procedimiento.
- Otros.

III. ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA

En específico, se prohíbe la discriminación por motivo de edad, lo que convierte cualquier trato diferenciado negativo que impacte en el acceso a la justicia de las PERAM en una categoría sospechosa (Cruz, 2017); se considera, así, que el diseño normativo suele basarse en un tipo ideal pensado para personas jóvenes, así como que la edad, por sí misma, pone a las personas en el riesgo de vivir situaciones de vulnerabilidad tales como dependencia, abandono familiar y discriminación.

Varias tesis jurisdiccionales sustentan esta perspectiva; para la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), «los adultos mayores, al pertenecer a una categoría sospechosa, opera en su favor la suplencia de la queja deficiente, conforme al Artículo 79, fracciones VI y VII, de la Ley de amparo» (2017, p. 2752). De igual forma, el alto foro ha señalado que este segmento etario «al constituir un grupo vulnerable, merece una especial protección por parte de los órganos del Estado» (2015c, p. 573). De manera coincidente se pronuncia la Observación general N.º 6, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, «los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores» (1995).

Como ha firmado la CIDH, no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana. En todo caso, el

principio de igualdad es vulnerado, si la distinción de trato no tiene una justificación objetiva y razonable. De no cumplir con estas características, se le puede considerar arbitraria.

— *Realización de ajustes necesarios en el procedimiento*

Se debe asegurar que la PERAM tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso, mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. Para ello, se podrán desarrollar y fortalecer políticas públicas y programas dirigidos a promover mecanismos alternativos de solución de controversias y capacitación en tal sentido del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el policial y penitenciario.

La Observación general N.º 32, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, constituye el instrumento autorizado para interpretar el Artículo 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, relativo al debido proceso y las garantías judiciales (2009). En efecto, dicho instrumento reconoce que los Estados deben remover las barreras que tengan como consecuencia convertir el proceso en un ejercicio impracticable o desproporcionadamente oneroso para la persona.

En el caso de las PERAM, dicha interpretación adquiere implicaciones específicas: el envejecimiento puede producir obstáculos derivados del tiempo, la salud, las capacidades tecnológicas o la comprensión jurídica; de modo que la garantía de acceso a justicia debe operar como mandato de ajuste razonable procesal y de aceleración temporal, cuando el paso del tiempo convierte la tutela jurisdiccional en ilusoria.

El Comité enfatiza que la igualdad no se satisface con un escenario abstracto de neutralidad, sino con condiciones materiales que permitan a la persona participar en el procedimiento en términos razonablemente equivalentes. Esto abre la puerta conceptual para entender que la configuración procesal no es estática: puede y debe ajustarse, cuando las circunstancias de la persona involucrada así lo exigen.

Deben considerarse, también, las Reglas básicas de acceso a la justicia de las personas vulnerables (2018), adoptadas en la Declaración de Brasilia, que permite considerar a las PERAM como *vulnerables*. La sección cuarta de dicho texto vincula con el acceso efectivo a la

justicia los derechos de recibir información para la tutela de sus derechos, la asistencia legal, la gestión judicial, orientada al acceso a la justicia, y la prioridad o pronta resolución de los asuntos.

Su relevancia reside en que abandona, expresamente, una lectura formal del debido proceso, y construye una noción de acceso a justicia en clave de efectividad real, que impone deberes positivos al Estado para eliminar obstáculos que impidan que la persona pueda preparar en verdad su caso, y presentarlo ante la autoridad judicial.

Desde esta perspectiva, el acceso a justicia supone la existencia de procedimientos equitativos, comprensibles y oportunos.

— *Cortes internacionales*

El TEDH ha considerado la necesidad de una particular diligencia de las autoridades, atendiendo a que intervengan PERAM en calidad de partes en el proceso, como se puede verificar en los asuntos *Cordarcea vs. Rumania* (2009), y *Jablonská vs. Polonia* (2004), en los que se consideró que la avanzada edad de los accionantes requería de una especial diligencia de las autoridades en la resolución del proceso, como se estimó, por igual, en los casos *Styranski vs. Polonia* (1998), y *Krzak vs. Polonia* (2004). Tales sentencias influenciaron la justicia interamericana, en la forma que se precisa más adelante.

La instancia europea abordó los casos que involucraban a PERAM, aplicando los derechos protegidos por el Convenio europeo de derechos humanos. Al respecto, las quejas se referían a violaciones como la lentitud de los procesos judiciales, debido a la edad del solicitante, desaparición, protección a la propiedad y cuidados a largo plazo. El Convenio considera la edad como factor a tomar en cuenta en las decisiones y aborda la necesidad de medidas para garantizar un trato digno y adecuado a dichas personas.

La CIDH, en el caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria vs. Perú* (2020) precisó la importancia de resolver con celeridad los juicios en los que sea parte uno o varios adultos mayores, sobre todo, cuando estos se vinculen con el acceso a los recursos económicos de los cuales dependen.

Destaca, también, el caso *García Lucero y otras vs. Chile* (2013), en cuya sentencia se precisa la importancia de la celeridad en asuntos en los que una de las partes sea una persona mayor (párrafo 246).

Dicho de otra forma, el retraso en la tramitación del expediente y su resolución se convierten en una denegación de justicia agravada.

Como puede observarse, el derecho a una justicia más pronta y expedita no siempre se sujeta a la condición de vulnerabilidad, sino exclusivamente al hecho de que la parte sea adulta mayor.

En las ya citadas Reglas básicas se encuentra expreso el deber de los tribunales de realizar ajustes en el procedimiento y proporcionar formatos para el fácil ejercicio y entendimiento de los derechos.

IV. LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES EN MÉXICO

4.1. LEGISLACIÓN NACIONAL

En relación con las PERAM, la única mención de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos corresponde a una reforma de 2020, en la que se señala que las personas mayores de 68 años tienen derecho a recibir del Estado una pensión no contributiva en términos de la ley; en el caso de los indígenas y los afromexicanos, tal prestación se otorga a partir de los 65 años de edad —Artículo 4, párrafo 15 (2025, s. p.)—.

En el ámbito federal, México cuenta con la Ley de los derechos de las PERAM (2024), cuyo objeto, conforme se declara en el Artículo 1, es garantizar que estas personas puedan ejercer sus derechos y regular la política pública nacional que así lo asegure. Asimismo, la disposición tiene el fin de dictar principios, objetivos, programas, responsabilidades e instrumentos que la Administración pública federal, las entidades federativas y los municipios deben observar en la planeación de la política pública nacional y su aplicación. Igualmente, contiene un amplio catálogo de derechos como integridad, dignidad y preferencia, certeza jurídica, entre otros (Artículo 5) y, a la vez, principios que se deben articular con el resto del marco jurídico mexicano.

En ese orden de ideas, esta ley constituye un instrumento federal de orden público que garantiza el ejercicio de los derechos de las PERAM, y establece bases, objetivos, programas, responsabilidades e instrumentos para su cumplimiento.

También, la Norma oficial mexicana NOM167SSA11997 se ocupa de la instrumentación de acciones a favor de menores y adultos mayores

sujetos a asistencia social, lo que muestra que el Estado ha sido capaz de normar protocolos específicos para la vejez, pero solo en el plano asistencial, no en el procesal (Secretaría de Salud, 1999). Además del marco federal, muchos Estados han adoptado su propia ley de protección de las PERAM, entre ellos los de México y Nuevo León.

El reciente Código nacional de procedimientos civiles y familiares, con referencia a las PERAM prevé:

1. La posibilidad de la suplencia de oficio, en caso de que ellas revelen encontrarse en una situación de vulnerabilidad.
2. La recepción de sus declaraciones en el lugar en que se encuentren, sin que sea necesario que acudan al juzgado o tribunal.
3. La posibilidad de realizar ajustes en el procedimiento, cuando la PERAM forme parte de un grupo vulnerable.

El órgano jurisdiccional, mediante la aplicación de este test y frente a la falta de manifestación de la parte adulta mayor, podrá determinar si esta se encuentra en una situación de vulnerabilidad, y proceder entonces, con plena justificación, a realizar los ajustes necesarios en el procedimiento.

Resumidamente, ello comprende varios elementos:

1. Identificar si la persona se encuentra en algún estado o situación de vulnerabilidad.
2. Tomar en consideración sus intereses y derechos, a fin de protegerlos con particular cuidado, si pudieran resultar menoscabados o transgredidos.
3. Respetar la autonomía individual.
4. Respetar la libertad de expresión, incluso cuando, por la situación de vulnerabilidad en que la persona se encuentre, se estime que no está en condiciones para manifestarse.
5. Suplir la deficiencia de la queja para tutelar sus derechos (Díaz-Tendero, 2022, pp. 36-37).

No se contempla un catálogo cerrado de ajustes que pueda dictar el juzgador, sino que se le deja en libertad para que, atendiendo a la situación concreta de vulnerabilidad, realice los necesarios.

Este marco normativo permite el reconocimiento legal de derechos sustantivos de las PERAM, de manera que es legítimo y compatible

que existan derechos procesales específicos. Los derechos sustantivos deben tener reflejo en las garantías procesales.

4.2. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El diseño constitucional del Poder Judicial de la Federación en México tiene una función específica que es la de corregir asimetrías estructurales que el legislador y la Administración no reparan. Esa capacidad institucional no es solo semántica, sino temporal. Si la jurisdicción constitucional operase fuera del tiempo vital relevante para la PERAM, la promesa contramayoritaria se degradaría a un acto meramente declarativo.

La Corte ha reconocido que las discusiones en torno a la igualdad y la no discriminación transitan por tres ejes:

1. La necesidad de adoptar ajustes razonables para lograr una igualdad sustantiva entre las personas y no una meramente formal.
2. La adopción de medidas especiales o afirmativas, llamadas acciones afirmativas.
3. El análisis de actos y preceptos normativos que directa o indirectamente, o de forma tácita, sean discriminatorios.

La escena institucional típica no puede partir de la existencia de que el procedimiento constitucional tarde más que la vida de quien reclama. Entonces, incluso sentencias «ganadas» *ex post* generan una situación trágica: el órgano que debía ser el espacio correctivo convierte la tutela judicial efectiva en un símbolo sin eficacia material. Esta es la premisa fáctica de fondo: sin sincronía temporal mínima entre decisión y vida, la jurisdicción constitucional deja de ser un instrumento de igualación y se vuelve una fuente de daño adicional.

La SCJN de México ha desarrollado, desde hace por lo menos una década, una teoría constitucional del acceso a la justicia en clave de grupos en situación de vulnerabilidad. Esta línea jurisprudencial, originalmente construida para casos de mujeres, niñas, personas indígenas y personas con discapacidad, tiene un denominador común: la perspectiva no es una categoría retórica, sino una exigencia de configuración procedimental.

El tribunal ha sostenido que la perspectiva de grupo debe traducirse en reglas procesales concretas, tales como flexibilización de

cargas probatorias, valoración reforzada del contexto, eliminación de formalismos irrazonables e imposición de deberes positivos a las autoridades para garantizar que la persona pueda participar efectivamente en el procedimiento.

En esa matriz argumentativa, la extensión hacia las PERAM se presenta como un tránsito lógico y obligado: si el reconocimiento constitucional de la vulnerabilidad exige reconfigurar procedimientos para ciertos grupos, ese mismo deber se activa con respecto a la vejez, dado que el envejecimiento introduce condiciones materiales y temporales que afectan de manera específica la posibilidad de ejercer derechos en sede administrativa o jurisdiccional. En consecuencia, el estándar constitucional que ya existe para otros grupos debe operar, por mandato de igualdad y de convencionalidad, como marco, también, para las PERAM.

En el amparo directo en revisión 1399/2013, la Primera Sala de la Suprema Corte consideró que la edad, por sí misma, resulta insuficiente para acreditar un estado de vulnerabilidad, sino que, además, es necesario que este se vincule con circunstancias concretas de la persona, debido a capacidades funcionales, que le dificulten ejercer sus derechos (SCJN, 2015a). Similar criterio se sostiene en la sentencia del expediente del amparo directo en revisión 5112/2016 (SCJN, 2016), y el mismo razonamiento en el asunto 4398/2013 de la propia Sala (SCJN, 2014), en el que se incluye la posible necesidad de la suplencia de la queja. Por otra parte, en el amparo directo en revisión 1672/2014, el mismo órgano jurisdiccional realiza un análisis de los derechos de las PERAM y reconoce que no existe un paradigma único acerca del envejecimiento, así como la necesidad de adoptar medidas de protección en los casos concretos, según la situación particular en que aquellas se encuentren (SCJN, 2015b).

Ahora bien, si el derecho a los ajustes razonables en el procedimiento, que incluye diversas medidas entre las que se abarca, incluso, la suplencia de la queja, depende de que la PERAM se encuentre en una situación de vulnerabilidad, la pregunta es cómo determinar que se presenta dicha situación.

Esto lo responde la Suprema Corte en el amparo directo en revisión 1754/2015 (SCJN, 2015d), en el que fija el parámetro a seguir

en casos que impliquen los derechos de las PERAM, según el contexto de envejecimiento específico de la persona y sus circunstancias de vulnerabilidad, que justifiquen la realización de ajustes razonables.

V. DERECHOS PROCESALES ESPECÍFICOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

La noción de derechos procesales de las PERAM puede ser conceptualizada como el conjunto de garantías que aseguran que el diseño de los procedimientos administrativos o jurisdiccionales, su trámite y ejecución no neutralicen la agencia y dignidad de la persona debido al envejecimiento. Este contenido no es ajeno al debido proceso general, pero requiere una especificación que atienda las condiciones materiales de la vejez.

El trato digno procesal implica reconocer que el tiempo no opera de manera neutra. La asimetría temporal hace que la espera procesal genere un daño mayor. Ello exige ritmos y plazos procesales acelerados: la justicia tardía no solo es injusticia, sino injusticia agravada.

Así, los ajustes razonables procesales no deben limitarse a supuestos de discapacidad. El envejecimiento genera necesidades específicas que pueden traducirse en modalidades diferenciadas de notificación, audiencias remotas accesibles o simplificación de requerimientos formales.

En ese sentido, la flexibilidad probatoria supone reducir cargas onerosas, cuando la aportación o producción de ciertos medios de prueba resulta excesiva o irrazonable para la PERAM, sin sacrificar la racionalidad de la decisión.

Por ello, la ejecución reforzada es indispensable: la obtención de una resolución favorable que no se cumple o se dilata indefinidamente equivale a violencia institucional procesal. El contenido procesal de la vejez, por tanto, exige no solo acceso a un procedimiento justo, sino la garantía de un resultado oportuno y ejecutable en condiciones que respeten la dignidad y agencia de la PERAM.

VI. IGUALDAD SUSTANTIVA Y JUSTIFICACIÓN LIBERAL DE LA ESPECIFICACIÓN PROCESAL

En México, se tiene un derecho de vejez «declarativo», pero se carece aún de un derecho procesal de vejez «operativo», pues los textos reconocen derechos, pero el procedimiento sigue construido bajo el presupuesto joven-adulto, y esa neutralidad es, estructuralmente, discriminatoria. La exigencia de ajustar el procedimiento para PERAM es una consecuencia directa del principio liberal de igualdad de oportunidades.

El envejecimiento introduce variaciones objetivas en las capacidades y la disponibilidad de tiempo, lo cual hace que la competencia procesal —entendida como la posibilidad efectiva de actuar en el procedimiento— no sea igual entre quienes envejecen y quienes no.

En términos de igualdad sustantiva, la neutralidad procedimental termina beneficiando más a quienes poseen condiciones materiales óptimas para litigar. Bajo esta premisa, el deber constitucional es compensar a los que llevan la desventaja para restablecer la igualdad de oportunidades. Lo que se iguala, institucionalmente, no es la forma, sino las posibilidades reales de ejercicio: si el tiempo, la carga probatoria y los rituales procesales afectan más intensamente a la PERAM, el Derecho debe corregir la asimetría.

La legislación mexicana en materia de PERAM presenta un claro desfase estructural entre el reconocimiento normativo de derechos sustantivos y la construcción de reglas procesales aptas para garantizarlos. En estricto, la construcción legal (constitucional, convencional, federal) enuncia contenidos y obligaciones relevantes —acceso a servicios, trato digno, protección frente a violencia y discriminación—, pero ello no se traduce en un diseño procedimental diferenciado: no hay plazos especiales ni cargas probatorias moduladas, tampoco ajustes razonables procesales ni ejecución reforzada, y no existe un régimen de prioridad temporal en función del daño agravado que genera el paso del tiempo. Esta neutralidad procesal —que trata igual al joven que a la persona de 75 años— no es igualdad, sino una forma de discriminación estructural por indiferencia de técnica procesal. El derecho mexicano de vejez es hoy declarativo; todavía no es operativo.

VII. ESTÁNDAR PARA JUECES CONSTITUCIONALES

El sistema interamericano no contiene reglas procesales textuales para la vejez, sino que comprende principios, vectores y razones públicas materiales para organizar el debido proceso como herramienta de igualdad sustantiva.

En la impartición de justicia se deberá:

1. Identificar los principios relevantes (igualdad sustantiva, deber reforzado de tutela, no discriminación por edad);
2. Proyectarlos en su traducción procesal concreta; y,
3. Derivar estándares de diseño y adjudicación.

Así, se reconoce que el mandato no está ausente, sino implícito, y exige construcción. De la misma manera que se construyó el estándar de debido proceso interseccional para mujeres o personas indígenas, la vejez exige similar movimiento: construcción desde los principios.

Para el juez constitucional, la vejez debe operar como categoría jurídica con efectos directos en la configuración del debido proceso. Ello exige reconocer que el parámetro de control (constitucional y convencional) impone un deber de razonabilidad procesal situada, en la cual las decisiones jurisdiccionales deben asumir, como dato normativo, que el envejecimiento transforma la relación de la persona con el tiempo, la prueba y los rituales procesales.

Un estándar para la judicatura constitucional debe, al menos, integrar las siguientes operaciones analíticas y decisorias:

1. *Identificación constitucional del factor edad como categoría procesalmente relevante.* Desde el primer contacto con el asunto, el órgano jurisdiccional debe verificar si la persona promovente es adulta mayor, para activar la lectura reforzada de la Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores.

2. *Test de igualdad sustantiva procesal.* El juzgador ha de evaluar si la aplicación rígida de una regla procesal (plazo, carga probatoria, formalidad) produce un impacto materialmente desproporcionado para la PERAM. Si la respuesta es afirmativa, entonces la regla no puede aplicarse sin ajuste, porque equivaldría a igualar lo desigual.

3. *Ajustes razonables procesales como deber, no como facultad discrecional.* La pregunta no es si el órgano jurisdiccional puede ajustar, sino si está obligado a ajustar para que la persona pueda participar efectivamente en el procedimiento. Esto incluye adecuar tiempos procesales, simplificar requerimientos, adoptar lenguaje claro y facilitar medios remotos accesibles.

4. *Presunción a favor de la aceleración.* El paso del tiempo debe presumirse en contra de la PERAM. Cuando existan dudas, la opción razonable y constitucionalmente exigida es acelerar (no ralentizar) la tutela jurisdiccional.

5. *Ejecución reforzada como dimensión del debido proceso.* El derecho no se agota en la emisión de una sentencia favorable. Para PERAM, la falta de ejecución o la ejecución tardía constituye una lesión autónoma al derecho al debido proceso. La función constitucional del juez es asegurar que el resultado jurisdiccional sea real y oportuno.

El órgano jurisdiccional, mediante la aplicación de este test y frente a la falta de manifestación de la parte adulta mayor, podrá determinar si la persona se encuentra en una situación de vulnerabilidad y proceder a realizar, entonces, con plena justificación los ajustes necesarios al procedimiento.

Este estándar postula el cumplimiento estricto del deber de igualdad sustantiva. Si el envejecimiento altera las condiciones materiales de ejercicio de la acción, la neutralidad procedimental deviene inconstitucional. La función del juez constitucional es, luego, corregir esa neutralidad aparente, para restituir las condiciones efectivas de agencia procesal de la PERAM.

VIII. CONCLUSIONES

El análisis demuestra que el Derecho mexicano reconoce formalmente los derechos de las PERAM, pero se encuentra pendiente de construcción un Derecho procesal de vejez operativo capaz de garantizar el ejercicio real de aquellos. La neutralidad procedimental vigente —plazos rígidos, cargas probatorias uniformes, ritualidad formal y ausencia de ajustes razonables— genera en los hechos una desigualdad estructural, que descansa en lo que se podría llamar el *modelo implícito del litigante joven-adulto*. Ello contraviene el princi-

pio constitucional de igualdad sustantiva y el deber de remover obstáculos que afectan desproporcionadamente a quienes envejecen.

Es posible confirmar que el envejecimiento transforma de modo verificable la relación de la persona con el tiempo procesal, la capacidad probatoria y las exigencias formales, por lo que el procedimiento solo puede considerarse constitucional, si incorpora mecanismos que compensen tales desventajas; de ahí que los tribunales deban adoptar un estándar de razonabilidad procesal situada, en el cual la edad funcione como una categoría jurídica relevante que activa deberes reforzados de tutela.

El estándar propuesto —identificación del factor edad, test de igualdad sustantiva procesal, ajustes razonables obligatorios, presunción de aceleración y ejecución reforzada— proporciona un marco funcional para que la judicatura traduzca principios universales (igualdad, no discriminación, tutela judicial efectiva) en decisiones concretas. Su aplicación permite superar la ficción de neutralidad y reconstruir el debido proceso como herramienta de igualdad.

En suma, la constitucionalidad del proceso exige reconocer que tratar igual a quienes están, objetivamente, en condiciones diferentes constituye discriminación por indiferencia. El papel del juez constitucional es corregir la asimetría y garantizar que la persona adulta mayor pueda ejercer de forma plena, efectiva y oportuna su agencia procesal. Solo así el derecho de vejez dejará de ser declarativo para convertirse en uno verdaderamente operativo.

IX. REFERENCIAS

Código nacional de procedimientos civiles y familiares. (Junio 7, 2023). *Diario Oficial de la Federación*. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpfc/CNPFC_orig_07jun23.pdf

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (Julio 27, 2009). Observación general N.º 32, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. <https://www.refworld.org/es/leg/coment/ccpr/2007/es/53583>

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (Diciembre 8, 1995). Observación general N.º 6, los derechos económicos,

sociales y culturales de las personas mayores. <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-6-derechos-economicos-sociales-y-culturales-personas-mayores>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2024). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (actualizada hasta la reforma de 15 de octubre de 2025, según el *Diario Oficial de la Federación*). (2025). *Justia* [repositorio en línea]. <https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/>

Convención americana sobre derechos humanos. (1978). https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores. (2023). *Diario Oficial de la Federación*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5686151&fecha=20/04/2023#gsc.tab=0http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Agosto 28, 2013). Caso García Lucero y otras vs. Chile. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_267_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Octubre 8, 2020). Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria vs. Perú. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_413_esp.pdf

Cruz Quiroz, O. A. (2017). *La opinión de los jueces*. Ubijus.

Declaración universal de los derechos humanos (1948). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Díaz-Tendero Bollain, A. (Coord.). (2022). *Manual para juzgar casos de personas mayores*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/>

<files/Publicaciones/archivos/2022-11/Manula%20para%20juzgar%20casos%20de%20personas%20mayores.pdf>

Ferrajoli, L. (2021). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.

Ley de los derechos de las personas adultas mayores. (2024). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LDPAM.pdf>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1995). Observación general N.º 6: Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores. <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-6-derechos-economicos-sociales-y-culturales-personas-mayores>

Organización de Naciones Unidas. (1991). Resolución 46/91: Ejecución del plan de acción internacional sobre el envejecimiento y actividades conexas. <https://undocs.org/es/A/RES/46/91>

Organización de Naciones Unidas. (2024). Envejecimiento. <https://un.org/es/global-issues/ageing>

Pacto internacional de derechos civiles y políticos. (1966). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. (1988). <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. (2018). <https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://brasilia100r.com/wp-content/uploads/2020/07/Reglas-de-Brasilia-actualizaci%C3%B3n-2018.pdf>

Secretaría de Salud, Estados Unidos Mexicanos. (Septiembre 14, 1999). Norma oficial mexicana NOM167SSA11997, para la prestación de servicios de asistencia social para menores y adultos mayores. https://hgm.salud.gob.mx/descargas/pdf/dirgral/marco_juridico/normas/nom_09.pdf

- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Abril 2, 2014). Amparo directo en revisión 4398/2013. https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2013/10/2_159865_2204_firmado.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala). (Abril 15, 2015a). Amparo directo en revisión 1399/2013. https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/ozlP3ngB_UqKst8oJR2s/%22Juristas%22
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Abril 15, 2015b). Amparo directo en revisión 1672/2014. https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2014/10/2_164830_2702_firmado.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Junio 26, 2015c). Tesis 1.^a CCXXIV/2015 (10.^a). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (libro 19, t. 1, p. 573). <https://bj.scjn.gob.mx/documento/tesis/2009452>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala). (Octubre 14, 2015d). Amparo directo en revisión 1754/2015. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/comunicacion_digital/2023_02/S-ADR-1754-2015.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2016). Amparo directo en revisión 5112/2016. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/Paginas-Pub/DetallePub.aspx?AsuntoID=203696>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Agosto 11, 2017). Tesis XXVII.3o.121K (10.^a). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* (libro 45, t. 4, p. 2752). <https://bj.scjn.gob.mx/documento/tesis/2014880>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1998). Caso Styranski vs. Polonia. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Styranski%20v.%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Styranski%20v.%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER)
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2004). Caso Jablonská vs. Polonia. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22Jablonska%20v.%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Jablonska%20v.%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER)
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2004). Caso Krzak vs. Polonia. <https://hudoc.echr.coe.int/>

eng#{"%22fulltext%22:["%22Krzak%20v.%22],%22documentcollectionid%22:["%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2009). Caso Codarcea vs. Rumanía. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"%22fulltext%22:\["%22Codarcea%20v.%200Romania%22\],%22documentcollectionid%22:\["%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

LA FÓRMULA DE RADBRUCH EN LA AUTORIZACIÓN DE LA EUTANASIA

RADBRUCH'S FORMULA IN THE AUTHORIZATION OF EUTHANASIA

■ LIC. JAIME RENÉ TERUEL HERNÁNDEZ

Profesor instructor, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana;

Juez profesional, Tribunal Municipal Popular de La Habana Vieja, Cuba

<https://orcid.org/0009-0000-3445-9846>

teruelherdzjaime@gmail.com



Resumen

El presente artículo analiza, desde una perspectiva iusfilosófica, el alcance y contenido de la Fórmula de Radbruch y la pertinencia de su implementación en sede judicial. Además, estudia el concepto de eutanasia y la regulación que se ha dado a esta institución en el Derecho comparado y en el patrio. Finalmente, evalúa la posibilidad de aplicar la Fórmula de Radbruch en los tribunales cubanos, específicamente, para autorizar el tránsito hacia la muerte digna a pacientes en estado terminal.

Palabras clave: Fórmula de Radbruch; eutanasia; justicia; dignidad humana; derecho a la vida.

Abstract

This article analyzes, from a iusphilosophical perspective, the scope and content of Radbruch's Formula and the relevance of its implementation in judicial settings. Besides, the concept of euthanasia and the regulation that has been given to this institution in comparative law and Cuban law are studied. Finally, the possibility of applying Radbruch's Formula by Cuban courts is evaluated, specifically to authorize the transition to dignified death for terminally ill patients.

Keywords: *Radbruch's Formula; euthanasia; justice; human dignity; right to life.*

Sumario

I. Introducción; II. Alcance y contenido de la Fórmula de Radbruch; 2.1. Análisis teórico; 2.2. Aplicación judicial; III. La eutanasia como problema jurídico; 3.1. Aproximación a un concepto; 3.2. Distintas posiciones en el Derecho comparado; IV. La Fórmula de Radbruch y la eutanasia en Cuba; 4.1. Regulación de la muerte digna en el contexto nacional; 4.2. En el eje central de la cuestión; V. Conclusiones; VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Gustave Radbruch (1990) concibió su famosa fórmula como un medio por el cual condenar aquellas conductas que, amparadas por la ley, generasen situaciones de injusticia extrema. La fórmula, a grandes rasgos, establece que el Derecho manifiestamente injusto no es Derecho, la que, en manos de los tribunales, puede llegar a ser una herramienta harto eficiente, siempre que se use bien.

Por otro lado, la *eutanasia* comprende todas aquellas prácticas médicas que ayuden a los pacientes aquejados de enfermedades incurables a transitar hacia una muerte digna, con el menor sufrimiento posible. La idoneidad de la implementación de la eutanasia es actualmente un debate que continúa abierto, en el que se pueden encontrar posiciones muy distintas, e implica el enfrentamiento de disímiles concepciones políticas, jurídicas, ideológicas y hasta religiosas.

En este artículo se realiza un estudio doctrinal sobre las principales posiciones asumidas en el campo de la Filosofía y la Teoría del Derecho sobre la Fórmula de Radbruch, se identifican sus presupuestos fundamentales y se valoran las ventajas que esta ofrece para la impartición de justicia. De igual forma, se estudia la eutanasia como concepto y el tratamiento que se le ha dado tanto en el Derecho patrio como en el comparado. Con ello, se persigue determinar si en el contexto cubano actual podría autorizarse la eutanasia en sede judicial, mediante el empleo de la Fórmula de Radbruch como sustento iusfilosófico para fundamentar su decisión, o no.

II. ALCANCE Y CONTENIDO DE LA FÓRMULA DE RADBRUCH

2.1. ANÁLISIS TEÓRICO

A lo largo de la historia de la filosofía del Derecho ha prevalecido —fundamentalmente desde el siglo xix— la dualidad entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo como corrientes contrapuestas, sobre las que se sustentan la mayoría de las interpretaciones realizadas por los filósofos que han estudiado la Teoría del Derecho.

El iusnaturalismo encuentra sus inicios en la filosofía de la Grecia antigua y estudia las relaciones entre el Derecho positivo, dictado por los órganos facultados para ello y un Derecho superior consustancial a las reglas del universo. Esta corriente fluctúa en el tiempo como legitimadora u opositora del orden social. El iuspositivismo —surgido en el siglo xix— propone el análisis del Derecho aislando a este de otros fenómenos. Su principal exponente —ya en el siglo xx— fue Hans Kelsen, impulsor de la doctrina del normativismo, que buscaba analizar científicamente las normas jurídicas, a las que veía como elemento esencial del Derecho y, a partir de ahí, crear una teoría del derecho que pudiera ser aplicable a cualquier sistema, independientemente de las características específicas que tuviese.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, el pensamiento iusfilosófico da un giro contrario al positivismo predominante en la primera mitad del siglo xx, debido al cuestionamiento de la efectividad del normativismo como corriente descriptiva del Derecho. El cambio estuvo causado por el repudio a los crímenes cometidos por el régimen nazi, que pese a ser legal en toda regla, era injusto, por lo cual se entendía contrario a Derecho. Uno de los principales exponentes de esta doctrina fue el alemán Gustave Radbruch (1990) quien defendía que el Derecho manifiestamente injusto no podía ser considerado como tal.

Sin embargo, antes de ahondar en el análisis de la Fórmula de Radbruch es necesario hacer algunas precisiones en cuanto a la forma en que este autor entiende el Derecho. Los estudios posteriores sobre sus teorías tienden a dividirlas en dos grupos; el primero se corresponde con sus primeros años, en los que estuvo afiliado al positivismo, en tanto el segundo es posterior a la Segunda Guerra

Mundial y califica como no positivismo. Radbruch fue una figura política relevante durante la República de Weimar. Afiliado al partido Socialdemócrata alemán, llegó a ser diputado al Parlamento y a ocupar la cartera de ministro de Justicia. Por su orientación política, cuando el Partido Nacional Socialista llegó al poder, en 1933, debió marchar al destierro y abandonar la vida pública; a partir de aquí, al constatar los derroteros tomados por el Estado alemán inició su separación del ideal positivista (Bretones, 2003).

Según Alexy (2007, pp. 495-520), uno de los principales aportes de Radbruch a la Teoría del Derecho fue concebirlo como un fenómeno tripartito, integrado por la seguridad jurídica, la racionalidad de los fines de las disposiciones normativas y la justicia. En primera instancia, este concepto resulta bastante ilustrativo y ofrece una vista panorámica sobre las concepciones de Radbruch, que lo alejan del positivismo —o por lo menos del normativismo—. La inclusión de la justicia y el mandato de racionalidad en el Derecho sugieren cierto desapego al puro imperio de la ley, y dejan la puerta abierta a concepciones axiológicas que, por su necesaria vinculación con la moral, resultan extrañas al positivismo puro.

Radbruch (1990) entendía que «la ciencia de una época no solo abarca sus conquistas científicas, sino también sus errores [...]» (p. 8), lo cual es de importancia cardinal para entender la concepción del autor sobre el *Relativismo jurídico*. Esta idea en la actualidad resulta muy provechosa para el análisis de la evolución histórica de determinadas instituciones jurídicas. Con cierto aire *neokantiano*, Radbruch sostenía que las ciencias sociales —y el Derecho entre ellas— están sujetas a la apreciación subjetiva, la que, a su vez, está sometida a las concepciones morales y culturales predominantes en cada lugar o época en particular. Por tanto, el Derecho está condenado a un juicio constante de racionalidad, llevado a cabo por sus interlocutores, cuyas conclusiones estarán en constante variación en el tiempo y el espacio.

Tal proposición debe relacionarse con el concepto tripartito de Derecho de Radbruch, para luego derivar hacia su controvertida fórmula. Como se explicó con anterioridad, el primer elemento a tomar en cuenta es la seguridad jurídica, entendida como el respeto a las normas jurídicas positivas y la aplicación efectiva de estas, como presupuesto indispensable para lograr la estabilidad en un Estado.

Radbruch (1990) entendía que la seguridad jurídica debía estar colocada en «una posición intermedia entre justicia y conveniencia [...]» (p. 30), de forma tal que será Derecho toda regulación fundada en la igualdad —presupuesto indispensable para la justicia— que pueda aplicarse de forma efectiva, y, además, tenga utilidad para el pueblo o, por lo menos, para las personas a las que va dirigida.

De esta forma se establece un orden de prelación entre los tres elementos del Derecho; en primer lugar se coloca la seguridad jurídica y, en último, la conveniencia de los fines, pues «de ninguna manera es Derecho todo lo que es útil al pueblo, sino que en último término solo es útil al pueblo lo que es Derecho, lo que crea seguridad jurídica y tiende a la justicia» (Radbruch, 1990, p. 33), pero paradójicamente todo aquello que aspire a ser Derecho deberá —en última instancia— traducirse en un bien mayor.

Este análisis puede derivar en escenarios en que los tres elementos entren en conflicto y en los que, en un primer momento, sería aplicable el orden de prelación consignado anteriormente. Sin embargo, el propio Radbruch (1990) estableció una excepción a la regla:

El conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse como «falso derecho», y ceder el paso a la justicia. (p. 39)

Aquí se encuentra lo que Alexy (2007, p. 76) denomina la «fórmula de la intolerancia»; llegado este punto, Radbruch se encuentra totalmente desligado del positivismo.

Estas ideas fueron concebidas —o por lo menos fortalecidas— con la situación a la que fue sometida Alemania durante el nazismo; pero la fórmula es aplicable a cualquier contexto en el que las normas dictadas por el Estado sean totalmente contrarias a los preceptos de la justicia y la conveniencia, especialmente, cuando se hayan promulgado sin el objeto de crear una situación de igualdad o con la intención declarada de transgredir este valor.

La aplicación práctica de la fórmula se enfrenta a dos inconvenientes. El primero de ellos tiene un carácter subjetivo y radica en que resulta especialmente difícil definir el punto exacto en que el contenido de

una norma injusta puede resultar manifiestamente insoportable. La disyuntiva es resuelta —al menos en parte— por la segunda parte del enunciado, que indica:

Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es solo «Derecho injusto», sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica. (Radbruch, 1990, p. 39)

Esta segunda parte es conocida como la fórmula de la negación (Alexy, 2001, p. 76) y, aunque aporta elementos que pueden vencer las reservas referentes a la adecuación de la fórmula, sigue sin ser del todo clara. Las supuestas normas arbitrarias generalmente están precedidas de una motivación con la que el Estado busca dotar de cierta corrección formal al Derecho que se pretende injusto. De lo anterior se colige que para la aplicación de la fórmula siempre será necesario negar la racionalidad de esta, lo que solo puede llevarse a cabo a partir de una interpretación que —a falta de disipaciones contrarias— se valga de la moral. Por esta razón, desde un punto de vista positivista será del todo imposible aplicar la fórmula, porque esto sería ajeno a Derecho.

La segunda barrera ante la que choca la fórmula es de naturaleza objetiva, pues esta, aun siendo oportuna, nunca será aplicada por el ente de poder que promulgó la norma arbitraria. Como explica Alexy (2001), «una vez establecido definitivamente con éxito un Estado injusto, los conceptos de Derecho ya no pueden conseguir gran cosa» (p. 89). Por tanto, la solución dependerá de la intervención de un poder superior o, como ocurre en muchas ocasiones, de que el contexto material cambie, en otras palabras, estará sujeta al *Relativismo jurídico*. Siguiendo a Rodríguez (1963), «si la filosofía del Derecho quiere ser útil a la vida, no tiene más remedio que liberarse de este maleficio de la investigación incesante sobre sus propios métodos e intentar constituirse en un sistema de juicios de valor» (p. 80), entre los que resultará de vital importancia la aplicación de los principios generales del Derecho, tarea que solo puede ser llevada a cabo por entes ajenos

a los que originan el «derecho injusto»; de ahí que muchas veces el daño no pueda ser reparado en su totalidad.

2.2. APLICACIÓN JUDICIAL

La Fórmula de Radbruch constituyó el núcleo conceptual en el que se basaron los juicios de Núremberg, llevados a cabo en Alemania con posterioridad al fin de la Segunda Guerra Mundial, por los crímenes del régimen nazi. Los casos más relevantes tuvieron por objeto la revisión de aquellas decisiones tomadas por oficiales, funcionarios y jueces del régimen que se basaron en el ordenamiento jurídico vigente en la época, pero cuya validez quedó en tela de juicio producto de su claro desapego con la justicia (Pérez, 2007).

En su momento, los tribunales que aplicaron la fórmula llevaron a cabo un ejercicio de ponderación entre dos valores de igual importancia: la seguridad jurídica y la justicia. En estos casos, no fue difícil determinar el estado de injusticia extrema exigido por la fórmula de la intolerancia, al quedar más que claro que todo el ordenamiento jurídico sobre el que se sustentaba el nacionalsocialismo guardaba fines discriminatorios, y con ello se complementaba, entonces, la fórmula de la negación.

El ideal nazi de la raza aria y la política antisemita promovida por el partido de Hitler perseguían el exterminio de un sector de la población entero a manos de otro, lo cual se contrapone totalmente a la igualdad y, a partir de ahí, a la justicia. De igual forma, el «derecho nazi» nunca tuvo presente la finalidad de utilidad para el pueblo alemán, producto de que excluía a una buena parte de sus nacionales. Siguiendo esta línea, en el derecho dictado por el Tercer Reich se anularon la justicia y la conveniencia de los fines que representaban las dos terceras partes del concepto de Derecho de Radbruch; por tanto, no se le podía considerar Derecho en sí.

La Fórmula de Radbruch se volvió a utilizar en Alemania luego de la caída del Muro de Berlín. En esta ocasión fueron juzgados dos centinelas que, en cumplimiento del deber, asesinaron a un joven que intentaba cruzar de la República Democrática Alemana hacia la Federal (Pardo, 2022, pp. 39-42). Este supuesto resulta más complejo, pues los soldados estaban autorizados e, incluso, obligados a disparar a todo aquel que intentara cruzar ilegalmente la frontera.

En este caso, la argumentación de los jueces se centró en que la injusticia extrema radicaba en privar a una persona de su derecho a la vida, razonamiento que se fortalecía, según Alexy (2001), en que «esa muerte se ocasionó porque el fugitivo quería abandonar un país en el que, por voluntad del poder político, debía permanecer toda su vida bajo circunstancias que no quería y que probablemente detestaba» (p. 91).

El uso de la fórmula en ambos supuestos y su aplicación en la actividad judicial en general no deja de tener detractores. El cumplimiento del deber en sí ya pudiera ser un buen argumento a favor de los funcionarios del régimen nazi y los soldados del Muro. En este apartado resulta interesante la opinión de Farrell (2015, p. 309), según el cual «el soldado puede ser increpado bajo la premisa de que “una orden es una orden”». El juez también tiene necesidad de obedecer porque «una ley es una ley». Desde este punto de vista podría alegarse que es manifiestamente injusto condenar a una persona por no abstenerse de llevar a cabo una acción que es lícita bajo las leyes vigentes y que, en el caso de no ejecutarla, podría tener consecuencias inmediatas para el individuo e, incluso, trascender a su entorno cercano. De aceptar esta perspectiva, podría sostenerse que la fórmula termina anulándose a sí misma, sobre todo cuando en la mayoría de los casos no se logra una reparación del bien jurídico lesionado, sino más bien el castigo de los responsables inmediatos.

Como bien explica Atienza (2007), «los sistemas jurídicos constituyen no realidades inmutables, sino históricas, cuyo contenido es establecido y modificado por actos humanos» (p. 21). Estas palabras del destacado antipositivista encierran una realidad incontestable; sin embargo, son un arma de doble filo, dado que la Fórmula de Radbruch también puede criticarse desde el *Relativismo jurídico*. Partiendo de la idea de que las concepciones sobre el Derecho se encuentran en constante fluctuación, a la par de las narrativas imperantes en la sociedad, podría darse el caso en que la opinión mayoritaria referente a un mismo supuesto varíe más de una vez con el paso del tiempo. En este orden de ideas, se pondría en peligro la seguridad jurídica de forma sostenida, y no solo en casos aislados, lo que a la larga podría derivar en la inestabilidad y la anarquía. Finalmente, la situación atentaría contra las garantías jurídicas básicas del Estado de Derecho e, incluso, limitaría la independencia de los jueces en su toma de decisiones por temor a represalias futuras.

Otro punto controvertido en el tema de la aplicación de la fórmula radica en que esta entra en contradicción con principios del Derecho que resultan cardinales para la conformación del Estado constitucional, específicamente con el de *nullum crimen et nulla poena sine previa lege penale*. En cuanto a esto explica Hart (1963): «Si hemos de introducir fisuras en este principio para impedir algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente» (p. 267).

Lamentablemente, como ya se explicó, la fórmula jamás logrará ser esclarecedora por completo, y a partir de aquí queda a discrecionalidad de los jueces el aplicarla o no. La libertad judicial no es siempre aceptada, en este mismo caso; por ejemplo, los detractores de la fórmula podrían alegar que la excesiva autonomía del poder judicial podría transgredir el principio de tripartición de poderes, y con ello el orden constitucional. Como es natural, la excesiva discrecionalidad del órgano judicial puede derivar en que este se extralimite en sus funciones, y en vez de imperar el Derecho termine por prevalecer aquello que Hart denominaba el *arbitrio del tanteador*.¹

Para concluir este acápite, es importante señalar que el Derecho no es una ciencia exacta; por tanto, resulta difícil definir de antemano cuándo podría ser empleada la Fórmula de Radbruch y cuándo no. Sin embargo, la posibilidad de acudir a esta solución en la vía judicial no es una herramienta que pueda desecharse, ya que —aún con sus contras— ofrece una alternativa de corrección para nada despreciable. Siempre que la fórmula se utilice será necesario llevar a cabo un ejercicio de ponderación en el que se conceda más importancia a la justicia que a otros valores igual de relevantes desde un punto de vista general; de ahí que su implementación sea factible solamente en casos especialísimos en los que exista una violación flagrante de los derechos humanos y esta sea demostrada.

La fórmula se convierte en un arma poderosísima en manos de los jueces, quienes deben actuar como veladores de la democracia y no

1 Hart utiliza este término como una analogía al deporte, en el que, generalmente, hay un árbitro o tanteador que como tercero resuelve las disputas que se suscitan en el juego aplicando las reglas deportivas; en caso de que el árbitro se separe de las reglas del juego y aplique aquellas que estime convenientes se dejaría de estar practicando ese deporte y pasaría a practicarse ese *arbitrio del tanteador*. De esta forma, un juez que falla de acuerdo con sus concepciones propias, termina desvinculándose del Derecho (Hart, 1963, pp. 180-183).

como sus dueños. Como adelanta González (2020), «siempre que el actuar de [los] jueces no se distorsione, mientras no se utilice la interpretación para postular políticas sectoriales y antidemocráticas, no deben existir contratiempos que vulneren los valores fundantes que informan el fenómeno jurídico» (p. 320).

Siguiendo esta línea, debe apoyarse un modelo de juez activo, que pueda ejercer un control efectivo de constitucionalidad y verificar juicios de valor encaminados a lograr el bien de la mayoría, o en otros términos, el mal menor. La fórmula de Radbruch, en un sistema judicial bien organizado, se convierte indirectamente en un elemento disuasor de posibles conductas que busquen vulnerar la igualdad en la sociedad, al tiempo que evita la promulgación de normas arbitrarias fundadas en intereses injustos.

III. LA EUTANASIA COMO PROBLEMA JURÍDICO

3.1. APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO

El Derecho en su aplicación práctica vive en constante interacción con otras ciencias. El fenómeno jurídico debe alcanzar a regular todas las actividades desarrolladas por los seres humanos en sociedad. La medicina no es la excepción; como explica Arencibia (2025), aquí el Derecho «proporciona un marco normativo en el que se deben basar las actuaciones de los profesionales de la salud y los individuos en general» (p. 152).

La eutanasia es uno de los temas médicos más polémicos sobre los que se ha tenido que pronunciar el Derecho en la actualidad. Etimológicamente, este vocablo proviene de la unión de las voces griegas *eu* —que significa buena— y *thanator* —que se refiere a la muerte—, por lo cual tiende a ser entendida como la *buena muerte*. La eutanasia es la acción u omisión llevada a cabo por el personal sanitario, con el objetivo de privar de la vida a un paciente en estado terminal que desea tener una muerte digna.

Existen varios tipos de eutanasia, diferenciados entre sí según los fines con los que se lleva a cabo, la voluntad del paciente, los procedimientos utilizados o el agente que la acometa (Momblanc, 2022, pp. 253-255). Esto deriva en que, a lo largo de la historia, la eutanasia

ha estado vinculada con muchos conceptos similares, pero de implicaciones distintas.

En primer lugar, es importante diferenciar la eutanasia de la eugenesia, que se refiere al acto de privar de la vida a una persona que sufre de una enfermedad incurable, pero no por motivos humanitarios, sino eminentemente prácticos, como el ahorro de recursos o la «limpieza racial». Otro concepto similar es la ortotanasia, también conocida como cuidado paliativo, que encierra todos los tratamientos llevados a cabo por el personal sanitario con el objetivo de aliviar el malestar del paciente, pero sin perseguir la cura. En varios ordenamientos jurídicos, el Derecho penal regula, también, un tipo penal parecido: el auxilio al suicidio, aunque en este caso se hace referencia a personas que no necesariamente están en un estado terminal, lo cual encierra una diferencia muy importante con la eutanasia.

3.2. DISTINTAS POSICIONES EN EL DERECHO COMPARADO

Analizado desde el punto de vista jurídico, el dilema de la eutanasia enfrenta dos derechos fundamentales: la vida y la dignidad. A partir de aquí se generan numerosas opiniones a favor o en contra de ponderar un derecho sobre el otro; por un lado, se entiende que el derecho a la vida es el más importante que tiene el ser humano; este es irrenunciable e imprescriptible, además del peso que adquieren innumerables cuestiones vinculadas con las creencias individuales, la religión y la moral.

Por otro lado, quienes están a favor de la eutanasia esgrimen argumentos humanitarios como el derecho a vivir dignamente y a que cada persona tenga la facultad de decidir si desea continuar con una vida de sufrimientos, causados por una enfermedad terminal. Incluso, la situación puede volverse más compleja cuando median personas en situación de discapacidad, menores o adultos mayores que, en ciertos casos, no pueden expresar su voluntad de forma inequívoca.

España es un ejemplo de los países en que, desde hace largo tiempo, existe el debate en torno a esta figura. La Constitución hispana (1978) establece el derecho a la vida y la dignidad humana como derechos fundamentales (artículos 15 y 10, por su orden), con la aclaración expresa de que este último acompaña a la persona hasta la muerte.

El Código penal español de 1995 regulaba la eutanasia como una variante más del auxilio al suicidio, aunque con una condena menor. En 2006, se sometió al Parlamento de Cataluña una propuesta de reforma en la que se pretendía la exoneración de los médicos que practicasen la eutanasia, de acuerdo con la voluntad de pacientes en estado terminal, la que no llegó a ser aprobada (Chinea, 2020).

En este apartado, merece una mención la Ley 41 de 2002, relativa al derecho del paciente a recibir información clara sobre su dolencia y en la que se establece, también, que, a partir de los principios de autonomía de la voluntad y dignidad humana, el paciente puede negarse a recibir el tratamiento médico. Como explica Chinea (2020), en España, «cuando el enfermo solicita la eutanasia, lo que está pidiendo realmente es que le practiquen la ortotanasia y que se evite el encarnizamiento terapéutico [...]» (p. 13), lo cual resultaría una alternativa que, sin ser perfecta, reduciría el sufrimiento innecesario de la persona.

Para permitir la eutanasia, el legislador español debió llevar a cabo un ejercicio de ponderación para los casos de enfermedad terminal y sopesar la dignidad y la autonomía de la voluntad por encima del derecho a la vida. El Estado español llegó a esta resolución en el año 2021, cuando reguló el derecho a la eutanasia y las garantías que deberán observarse por las entidades de salud que lleven a cabo el procedimiento (Ley Orgánica 3/2021).

Otro ejemplo interesante en el contexto europeo es el de los Países Bajos, donde en el año 2000 se reformaron los artículos 293 y 294 del Código penal, referentes al auxilio al suicidio. La modificación eliminó la punibilidad cuando este fuera llevado a cabo por un médico, a voluntad del propio paciente y respetando lo regulada en la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida, promulgada ese mismo año (Dornewaard, 2001, pp. 51-70).

La nueva ley establecía un procedimiento previo para lograr la autorización necesaria para llevar a cabo la eutanasia, el cual buscaba que la decisión del paciente fuese suficientemente meditada, además de que requería de un dictamen favorable de un médico distinto al que fuese a llevar a cabo el proceso. Según Dornewaard (2001), «dos terceras partes de todas las peticiones de eutanasia que reciben los médicos son denegadas. A menudo hay tratamientos que ofrecen una solución, y en ocasiones el paciente llega al proceso agónico

antes de que se haya decidido sobre la petición» (p. 54). Como puede verse, el proceso para llevar a cabo la eutanasia en los Países Bajos no es totalmente abierto. Sin embargo, el hecho de que exista es un adelanto, además de que ofrece garantías al paciente de que su enfermedad, verdaderamente, no tendrá cura y asegura que su decisión sea lo más sopesada posible.

Resulta muy ilustrativo en cuanto al comportamiento de la jurisprudencia sobre el debate de la eutanasia el caso estadounidense. Siguiendo a Scott (2001), «*active euthanasia as practiced in the Netherlands is not legally permissible anywhere in the United State. A large majority of states make assisting in suicide a crime, whether the assistance is by a physician or anyone else*»² (p. 25). La Corte Suprema se ha mantenido en contra de la eutanasia activa, aunque existen casos en los que los tribunales inferiores han permitido la ortotanasia.

Por ejemplo, el caso de 1989, *Wons vs. Public Health Trust*, presentado ante la Corte Suprema de la Florida, en el que la señora Norma Wons ingresó a un hospital de Miami con un sangrado uterino y se rehusó a recibir una transfusión de sangre —lo que ponía en riesgo su vida— por motivos religiosos. El esposo de la paciente estaba de acuerdo en que esta no se sometiera al tratamiento, aun cuando la pareja tenía dos hijos menores de edad. En un primer momento, el caso estuvo en manos del tribunal del distrito, que acogió la petición del Public Health Trust y permitió la transfusión. Después de esto, la señora Wons apeló a la Corte Suprema del Estado, aquí el tribunal debía decidir qué pesaba más: la obligación del personal de salud de preservar la vida de los pacientes, el interés superior de los menores de edad que serían afectados por la decisión y la prevención al suicidio, o el derecho a la libertad religiosa y la autonomía de la voluntad. Finalmente, la Corte Suprema de la Florida decidió que «*the state's interest in maintaining a two parents home for the benefit of minor children does not override Mrs. Won's constitutional rights of privacy and religion [...]*»³ (Scott, 2001, p. 29).

- 2 La eutanasia activa, tal como se practica en los Países Bajos, no está legalmente permitida en ningún lugar de Estados Unidos. La gran mayoría de los estados tipifica el auxilio al suicidio como un delito, ya sea cometido por un médico o por cualquier otra persona [N. del E.].
- 3 El interés del Estado en mantener un hogar con dos padres en beneficio de las personas menores de edad no anula los derechos constitucionales de la Sra. Won a la privacidad y la religión [N. del E.].

En sentido contrario se pronunció la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso de *Cruzan vs. Director*. En 1983, Nancy Cruzan sufrió un accidente de tránsito que la dejó en estado comatoso permanente, por lo que sus padres solicitaron a la Corte Suprema del Estado de Missouri una orden judicial para retirar la asistencia alimentaria y evitar la prolongación de su sufrimiento. La Corte Suprema de Missouri rechazó la petición, al alegar que «*her parents could not exercise substituted judgment...*»⁴ (Scott, 2001, p. 31) y, por tanto, no estaban legitimados para solicitar la ortotanasia en nombre de su hija; además, explicaba que la Constitución obligaba al Estado a preservar la vida del paciente, sin hacer especial mención a la dignidad. Finalmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ratificó la decisión de la corte regional y obligó a los padres a buscar pruebas de que su hija, de haber estado en condiciones de decidir, no habría deseado vivir en estado comatoso.

El *Common Law*, como sistema de Derecho, se nutre de aquellos casos polémicos cuya solución en los tribunales sienta un precedente aplicable a situaciones posteriores. En los dos ejemplos analizados con anterioridad los tribunales estadounidenses debieron llevar a cabo un ejercicio interpretativo que fue más allá del Derecho positivo, en el cual integraron a la argumentación elementos relacionados directamente con la moral. En el sistema romano-germano-francés resulta más complicado llegar a un análisis de este tipo, producto de que los tribunales deben atenerse al Derecho positivo; por eso en determinados supuestos herramientas como la Fórmula de Radbruch pueden resultar de gran utilidad.

Por otro lado, un caso similar al español es el de Uruguay. En este país se busca proteger el bien jurídico de la vida sobre todas las cosas; de ahí que la Constitución de 1967 eliminara la pena de muerte como sanción. Siguiendo esta línea, el Código penal (Artículo 315) prevé el auxilio al suicidio como delito. La inclusión de esta figura ha complicado aún más el proceso de legalización de la eutanasia, al guardar ciertas similitudes con esta.

Sin embargo, resulta interesante que la norma penal citada antes regule el *homicidio piadoso* (Artículo 37), que faculta a los tribunales uruguayos para exonerar de castigo a los sujetos autores de homicidio cometido por motivos humanitarios y mediante petición de la

4 Sus padres no podían sustituirla en la manifestación de su voluntad [N. del E.].

víctima. Se trata de una disposición que se encuentra sometida totalmente a la interpretación de los jueces y debe utilizarse en casos excepcionales. Esta previsión del legislador uruguayo puede llegar a englobar casos de eutanasia en los que los jueces ponderen el valor dignidad por encima del derecho a la vida, en particular, cuando se trate de personas que vivan en constante sufrimiento. Aun así, como explica Correa (2022) «el médico que cometa homicidio piadoso es un delincuente. Aunque se exonera de pena, comete el delito [...]» (p. 270), de ahí que bajo ningún concepto pueda interpretarse este artículo como una despenalización de la eutanasia, a pesar de que supere la regulación del tema en otros estados.

Uruguay cuenta, además, con la alternativa regulada en la Ley 18473 (2009), sobre «la voluntad anticipada», que permite a las personas abstenerse de recibir tratamientos médicos, cuando presenten enfermedades incurables y así lo manifiesten, mediante un procedimiento por la vía notarial, muy similar a un testamento.

En 2022, se presentó ante el Senado uruguayo un proyecto de ley que ya había sido aprobado por la Cámara de Representantes, cuyo objetivo fundamental era legalizar la eutanasia y regular un procedimiento para llevarla a cabo. Al proceso podrían acceder las personas mayores de edad psíquicamente aptas que sufrieran una enfermedad incurable. Para que la solicitud del paciente fuese aprobada debería contar con un aval previo de especialistas. El proyecto no fue aprobado. Recientemente, en octubre de 2025, esa nación se convirtió en la primera de América Latina en autorizar la muerte digna para casos de enfermedad incurable y sufrimiento extremo (Díaz, 2025, s.p.).

El estudio comparado realizado antes permite extraer conclusiones interesantes. En primer lugar, para implementar la eutanasia es necesario llegar a una definición cabal del concepto y evitar así que se confunda con otras instituciones. Esto es lo que ocurre en la mayoría de los estados con el suicidio asistido, previsto como delito en casi todos los códigos penales actuales y que, si se analiza fríamente, no tiene por qué englobar la eutanasia. En segundo lugar, resulta imprescindible hacer comprender que la aplicación de procedimientos para viabilizar el fin de la vida con fines humanitarios y siguiendo las orientaciones del paciente no ponen en duda la eficiencia del personal médico, sino todo lo contrario. Estos análisis, en los casos en que no exista un Derecho positivo claro, en última instancia, solo

podrán ser llevados a cabo mediante la actividad judicial, encargada de interpretar la ley y asentarla en la realidad social.

IV. LA FÓRMULA DE RADBRUCH Y LA EUTANASIA EN CUBA

4.1. REGULACIÓN DE LA MUERTE DIGNA EN EL CONTEXTO NACIONAL

Durante la última década, se han realizado en Cuba numerosos estudios que abordan el tema de la eutanasia desde el punto de vista jurídico (Quintero y Rodríguez, 2015; Puig y Camejo, 2024; González y Mar, 2025; Momblanc, Mendoza y Jarrosay, 2022). Esto permitió que existiera un marco teórico bien definido sobre el tema, lo que hizo posible que la nueva Ley de Salud Pública buscara dar un tratamiento adecuado a la figura.

El Artículo 40 de la Constitución de la República de Cuba (2019) consagra la dignidad humana como valor supremo. Más adelante, el 45 reconoce el derecho a la vida, la integridad física y la salud; y el 46 recoge el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la solidaridad, de lo cual se deduce el principio de autonomía de la voluntad de los individuos y el respeto hacia esta por los terceros. A partir de la interpretación que se dé a esos tres preceptos podrá resolverse el tema de la eutanasia a nivel nacional.

En principio, podría entenderse que, como mismo ocurre en otros ordenamientos jurídicos, la despenalización de la eutanasia pondría en conflicto los artículos constitucionales 40 y 45. Sin embargo, ello requiere un ejercicio de ponderación en cada caso específico, por medio del llamado *test de proporcionalidad* (Alexy, 2007, p. 458), para definir qué derecho tendrá más peso en cada supuesto. Finalmente, deberá incluirse el análisis que se llevó a cabo en la argumentación de la decisión, como también la forma en que se emplearon los principios generales del Derecho y los valores en la elección por un derecho o el otro.

En opinión del autor, la situación no es tan complicada. De la forma en que están redactados los aludidos preceptos no puede deducirse un supuesto de contradicción entre ambos, ni siquiera con respecto a la eutanasia. La categoría de *valor supremo* que se da a la dignidad

configura un mandato de optimización para la interpretación y aplicación del Derecho, en el sentido de que este debe trascender más allá de su simple regulación y condicionar todo el ordenamiento jurídico cubano, así como el actuar de los operadores. El ejercicio de todos los derechos consagrados en el magno texto nunca podrá suponer un menoscabo a la dignidad. De igual forma, el Artículo 45 regula el derecho a la vida de conjunto con el derecho a la salud y la integridad física; en muchos casos de enfermedades terminales no pueden garantizarse todos juntos. Esto cobra más sentido cuando se agrega a la ecuación el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en sí mismo pondera el principio de autonomía de la voluntad y establece que esta se desarrolla a partir del respeto y la solidaridad.

A juicio del autor, de todo lo anterior se colige que, en el supuesto en que una persona se encuentre sufriendo una enfermedad incurable, que le suponga un impedimento para llevar una vida digna y, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, solicite al órgano pertinente poner fin a su sufrimiento, este estará obligado constitucionalmente a respetar tal decisión y proveer todos los medios necesarios para realizar el deseo de la persona.

En cuanto al auxilio al suicidio, el Código penal vigente, al igual que su predecesor de 1987, no reguló de forma específica una figura en la cual el sujeto activo fuera personal del sistema de salud y el acto se realizara producto de una enfermedad terminal; de ahí que no exista el obstáculo que se da en otros estados, como España, y que se facilite la regulación de la eutanasia.

Finalmente, el derecho a la «muerte digna» fue reconocido por el legislador cubano en la nueva Ley de salud pública, que ya se encuentra aprobada por la Asamblea Nacional, aunque no ha entrado en vigor, en cuyo Artículo 158 se reconoce «el derecho de las personas a una muerte digna, mediante el ejercicio de las determinaciones para el final de la vida» (p. 498), las que se consideran el «conjunto de opciones de las que dispone la persona para decidir respecto a los cuidados de su salud» (p. 498), entre las que se incluyen la adecuación del esfuerzo terapéutico, la reanimación, los cuidados continuos y paliativos y los procedimientos válidos que finalicen con la vida.

Esto resuelve en parte el problema, además de que coloca a Cuba en una posición líder en cuanto al tema de la eutanasia en el mundo.

Entre los puntos débiles de la Ley, está el de dejar para una norma futura la regulación de los procedimientos para llevar a cabo el tránsito hacia la muerte digna del paciente, de ahí que, en la práctica, pese a estar reconocido el derecho, los pacientes no podrán beneficiarse de él. Igualmente, se faculta al ministro de Salud Pública para determinar cuándo estarán listas las condiciones para practicar la eutanasia en Cuba y se difiere su regulación, mediante ley, hasta entonces (Artículo 161). Por ende, el logro de la nueva ley corre el riesgo de diluirse en el tiempo.

4.2. EN EL EJE CENTRAL DE LA CUESTIÓN

Llegado este punto, existen condiciones para responder al interrogante planteado al inicio de este trabajo: ¿En el contexto cubano actual podrían los tribunales autorizar a pacientes de una enfermedad terminal a llevar a cabo la eutanasia y sustentar su decisión en la fórmula de Radbruch?

Para dilucidar tal problemática es importante analizar el Artículo 1 de la Constitución de la República (2019), que establece que

Cuba es un Estado socialista de Derecho y de justicia social [...] organizado con todos y para el bien de todos [...] fundada en el trabajo, la dignidad, el humanismo [...] para el disfrute de la libertad, la equidad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva. (p. 71)

Este precepto encarna el fundamento legal para que los jueces cubanos puedan hacer uso de la fórmula de Radbruch; desde este punto, cualquier norma que suponga un menoscabo para el bienestar general y sea promulgada con el interés de vulnerar la igualdad de los ciudadanos cubanos puede —y debe— ser interpretada en sede judicial como *no Derecho*.

Siguiendo esta línea, el principio de supremacía constitucional del Artículo 7 también permitirá a los jueces fundamentar decisiones en las cuales termine por no observarse estrictamente lo estipulado en leyes inferiores, en aquellos casos en los que sea necesaria la aplicación directa de la Constitución para proteger derechos que, de lo contrario, serían vulnerados.

La carga axiológica que caracteriza el texto superior permite a los jueces interpretar las normas y aplicarlas de acuerdo con los valores consti-

tucionales, lo que transforma el Derecho en una herramienta mucho más versátil y operativa, que logre ajustarse a cualquier escenario.

En el parecer del autor, el derecho a la muerte digna podría ser reclamado ante los tribunales cubanos por medio del proceso de amparo constitucional. En este supuesto, la parte afectada pudiera alegar que, al no existir un proceso que le permita llevar a cabo la eutanasia, derecho ya reconocido en la Ley de salud pública, se vulnera su derecho constitucional a la dignidad, por la urgencia del caso y su trascendencia.

El órgano judicial pudiera interpretar, que el hecho de supeditar el ejercicio de un derecho a la autorización de una entidad administrativa, integra un supuesto manifiestamente injusto, que sería insoponible para la persona afectada. De esta forma, se podría configurar la fórmula de la intolerancia.

La situación se complica cuando se analiza la segunda parte de la fórmula. Aquí habría que ver si el objetivo de la previsión era colocar en una situación de desigualdad a los posibles beneficiarios del derecho a la muerte digna. La Ley de salud pública no faculta al ministro del ramo para determinar cómo y a partir de qué momento se podrán llevar a cabo procedimientos eutanásicos en los centros de salud cubanos con el objetivo de vulnerar el derecho de las personas; lo que la ley pretende es que estos procedimientos puedan ser realizados de forma segura y con las garantías pertinentes que necesitan los pacientes. De lo anterior se colige que la *ratio* de la ley no es crear una situación de injusticia y desigualdad, por tanto, no se configura la fórmula de la negación, lo que imposibilitaría la aplicación de la doctrina de Radbruch en dicho supuesto.

La propuesta del autor germano solo puede aplicarse en casos de injusticia extrema, en los que la intención del Estado sea satisfacer los intereses de un grupo en detrimento de los derechos de otro; de ahí que únicamente deba utilizarse en situaciones especialísimas, que obligan a los jueces a posicionarse por encima de la ley, como defensores del Derecho y la democracia, nunca como dictadores, siempre en la búsqueda reparar un daño y educar hacia el futuro.

Esto no quiere decir que los tribunales cubanos no puedan permitir a un paciente el tránsito hacia la muerte digna con la asistencia médica requerida; solo se defiende la idea de que esta decisión no podría sostenerse en la fórmula de Radbruch. A partir de la publicación

oficial de la Ley de salud pública, la eutanasia es legal y, aunque las condiciones para implementarla de forma sostenida en los centros de salud cubanos no estén creadas, el tribunal podrá autorizarla en casos específicos, basándose en la jerarquía normativa, aun cuando, con la ayuda de expertos, deberá establecer un procedimiento para llevarla a término en esos casos.

V. CONCLUSIONES

Hoy en día, la Constitución de 2019 dota al sistema jurídico cubano de un amplio catálogo de principios y valores que trascienden a los ejercicios de creación, interpretación y argumentación del Derecho, y hacen de este un ordenamiento más versátil, al tiempo que facilitan la búsqueda de la justicia.

La fórmula de Radbruch podría convertirse en este escenario en un medio de corrección de malas decisiones y, por ende, de gran utilidad, solución que es compatible con el Estado de Derecho y justicia social, en el que no pueden aplicarse normativas cuyo objetivo fundamental sea violar el principio de igualdad, y que generen situaciones de injusticia extrema.

En el caso concreto de la eutanasia, para lograr su correcta implementación, primero es imperativo sintetizar una correcta definición de la institución, para diferenciarla de otras figuras y regular concretamente los procedimientos que engloba, de forma tal que se ofrezca la seguridad pertinente a sus beneficiarios.

En la actualidad, en aquellos ordenamientos jurídicos que no regulan de modo expreso la eutanasia o la tipifican su práctica como delito, podría hablarse de la existencia de una situación de injusticia extrema, que pudiera fundamentar la utilización de la fórmula de Radbruch, de gran utilidad, cual argumento iusfilosófico, para que los tribunales determinen la antijuricidad de dichas normativas.

En el caso cubano, la fórmula de Radbruch deviene inaplicable a la cuestión de la eutanasia. En el contexto actual, ya existe un reconocimiento del derecho de los ciudadanos a una muerte digna y las vías para viabilizarlo se encuentran en desarrollo, de forma tal que no se da una situación de injusticia extrema que sirva de presupuesto para la utilización de la fórmula.

Aunque se hayan dado pasos de avance, aún queda un largo camino por recorrer para poder garantizar a las personas una alternativa digna de tránsito hacia la muerte.

VI. REFERENCIAS

- Alexy, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch (trad. Seoane, J. A.). *Anuario da Facultade de Dereitio da Universidade da Coruña*, 5, 75-96. <http://hdl.handle.net/2183/2109>
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra Editores.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, (27), 7-28. <https://isonnomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/384>
- Bretones Martínez, M. V. (2003). *Gustave Radbruch. Vida y obra*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/1154>
- Chinea Morales, M. (2020). *La eutanasia en España. El derecho a morir dignamente*. Universidad de La Laguna.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. extraordinaria, (5), 69-116.
- Constitución española. (1978). *Boletín Oficial del Estado*. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>
- Código penal de la República de Uruguay. (Marzo, 2025). <http://www.diputados.gub.uy/data/docs/LegActual/Repartid/R0691.pdf>
- Correa Blas, G. (2022). La eutanasia en el Derecho uruguayo, actualidad y proyección a futuro. *Revista de Derecho Universidad CLAEH*, 1(1), 265-287. <https://ojs/claeh.edu.uy/publicaciones/index.php/rderecho/article/view/697>
- Díaz Campanella, G. (Octubre 16, 2025). Uruguay aprueba la primera ley de eutanasia de América Latina. *El País*. <https://>

elpais.com/america/2025-10-16/uruguay-aprueba-la-primer-ley-de-eutanasia-de-america-latina.html

- Dornewaard, J. (2001). La política de eutanasia en los Países Bajos. En Cano Valle, F., Díaz Aranda, E. y Maldonado de Lizalde, E. (Coords.). *Eutanasia: Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Farrell Martin, D. (2020). *Discusiones de Filosofía del Derecho*, Universidad de Palermo.
- González Arencibia, M. G. y Mar Cornelio, O. (Enero-abril, 2025). Ética clínica, bioética y derecho en el contexto del principio y final de la vida. *UNESUM-Ciencias*, 9(1), 149-163. <https://doi.org/10.47230/unesum-ciencias.v9.n1.2025.149-163>
- González Monzón, A. (2020). *El juez y el derecho: El derecho por principios y la ponderación judicial*. Leyer.
- Hart, H. (1963). *El concepto de Derecho* (trad. Carrió, G.). Abeledo-Perrot.
- Ley No. 151, de 15 de mayo de 2022, «Código penal». (Septiembre 1.º, 2022). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, (93), 2557-2696.
- Ley No. 153, de 15 de mayo de 2022, «Del proceso de amparo de los derechos constitucionales». (Julio 15, 2022). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, (74), 2047-2054.
- Ley No. 165, de 22 de diciembre de 2023, «Ley de la salud pública». (Enero 23, 2026). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, ed. ordinaria, (9), 471-506. (2022).
- Ley 18473, sobre «la voluntad anticipada». (2009). <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18473-2009>
- Ley Orgánica 3, «De regulación de la eutanasia». (2021). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-4628>
- Momblanc, L. C., Mendoza Pérez, J. C. y Jarrosay Veranes, A. (2022). Despenalización de la eutanasia en Cuba. Vivir y morir con dignidad. *Lex*, 20(29), 245-266. <https://dx.doi.org/10.21503/lex.v20i29.2391>
- Pardo López, G. (2022). *La fórmula de Radbruch: El conflicto entre el Derecho positivo injusto y el deber de obediencia*. Universidad

- Pontificia Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/527336/retrieve>.
- Pérez Triviño, J. L. (2007). *Los juicios de Nuremberg*. UOC. <https://openaccess.uoc.edu/bitstream/10609/111646/9/Los%20juicios%20de%20Nuremberg%20CAST.pdf>
- Puig Caña, A. S. y Camejo Pérez, A. M. (2024). La eutanasia infantil en pacientes de oncología pediátrica: un dilema jurídico en la realidad cubana. I Jornada Científica Estudiantil Nacional Virtual de Oncología Pediátrica OncoSan 2024. <https://eventosoncologia.sld.cu/index.php/onco/2024/paper/view/70>
- Quintero Silverio, O. y Rodríguez Hernández, J. F. (2015). Implicaciones jurídicas para el debate cubano sobre eutanasia. *Revista Cubana de Salud Pública*, 41(3), 547-565. <https://revsaludpublica.sld.cu/index.php/spu/article/view/443>
- Radbruch, G. (1990). *Relativismo y Derecho*. Temis.
- Rodríguez Paniagua, J. M. (1963). El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política. *Revista de Estudios Políticos*, (128), s.p. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, (10). <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/11348>
- Scott, R. L. (2001). United States Legal Aspects of Euthanasia. En Cano Valle, F., Díaz Aranda, E. y Maldonado de Lizalde, E. (Coords.). *Eutanasia: Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*. Universidad Nacional Autónoma de México.

JUSTICIA Y DERECHO

✉ revistajd@tsp.gob.cu

🌐 <https://revistajd.tsp.gob.cu/index.php/JD>