

# REVISTA, JURÍDICA

SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS

Sete Lagoas - MG - BRASIL. jan./dez. 2023 / v. 9/ n. 1 / ISSN 2448-2021 / e-ISSN 2764-0817



FACULDADES  
**SANTO AGOSTINHO**  
SETE LAGOAS • MG



# REVISTA, JURÍDICA

SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS

ISSN 2448-2021 - e-ISSN 2764-0817

---

REVISTA JURÍDICA SANTO AGOSTINHO  
DE SETE LAGOAS

vol. 9, n. 1 - Anual - Sete Lagoas, MG - 2023

FACULDADES  
**SANTO AGOSTINHO**  
SETE LAGOAS • MG

**Afya** EDUCAÇÃO  
TECNOLOGIA  
SAÚDE

# REVISTA JURÍDICA SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS

Vol. 9 – jan./dez. - Ano 2023

## EDITOR:

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil - E-mail: [deilton.brasil@sete.fasa.edu.br](mailto:deilton.brasil@sete.fasa.edu.br)

## CONSELHO EDITORIAL

- Prof. Dr. Alejandro González-Varas Ibáñez, Universidad de Zaragoza, Espanha  
Prof. Dr. Alex Mungía Salazar, Universidad de Puebla, México.  
Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho, USP, São Paulo, Brasil  
Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz, UNIT, Aracaju, Brasil  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Yale, New Haven, Estados Unidos  
Prof. Dr. Cláudio Lúcio de Carvalho Diniz, FASASETE-AFYA/MG  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Cleide Calgaro, UCS, Caxias do Sul-RS, Brasil  
Prof. Dr. Dennis Verbicaro, UFPA, Belém, Brasil  
Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, UEA, Manaus, Brasil  
Prof. Dr. Fábio da Silva Veiga, UEM, Espanha  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Flávia Piva Almeida Leite, UNESP, São Paulo, Brasil  
Prof. Dr. Gentjan Skara, Bedër College of Law, Tirana, Albânia  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Giulia Parola, UNIRIO, Rio de Janeiro, Brasil  
Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira S. de Melo Bandeira, IPCA, Barcelos, Portugal  
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho, UFBA, Salvador, Brasil  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Loiane Prado Verbicaro, UFPA, Belém, Brasil.  
Prof. Dr. Luis Gustavo Gonçalves Ribeiro, ESDHC, Belo Horizonte, Brasil  
Prof. Dr. José Luis Quadros de Magalhães, PUCMinas, Belo Horizonte, Brasil  
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli, PUC/UNIVEM, São Paulo, Brasil  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha, João Paulo II, Porto Alegre-RS, Brasil.  
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago, UDF/IDP, Brasília, Brasil.  
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares, PUCMinas, Belo Horizonte, Brasil  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Paiman Ramzan Ahmad - University of Raparin, Kurdistan Region, Iraque  
Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Ranjana Ferrao Souza Cordeiro, V. M. Salgaocar College of Law, Goa, Índia  
Prof. Dr. Rafael Castillo Felipe, UMU, Universidad de Murcia, Espanha  
Prof. Dr. Rubén Gonçalves Miranda, ULPGC, Las Palmas de Gran Canaria, Espanha  
Prof. Dr. Sílvio de Sá Batista, FASASETE-AFYA, Sete Lagoas-MG, Brasil.  
Prof. Dr. Salvador Tomás Tomás, UMU, Universidad de Murcia, Espanha  
Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas, FUMEC, Belo Horizonte, Brasil  
Prof. Dr. Thiago Santos Rocha, UO, Oviedo, Espanha

## **CONSELHO EXECUTIVO**

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, FASASETE-AFYA/MG

## **PARECERISTAS AD HOC**

Profª Drª Emília Agnes Assis de Lima, Sete Lagoas, Brasil

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa, FASASETE, Sete Lagoas, Brasil

Profª Drª Gerlice Teixeira Rosa, Sete Lagoas, Brasil

Prof. Doutorando Luiz Antônio da Silva Bittencourt, Porto Alegre, Brasil

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, UIT, Itaúna, Brasil

Profª Drª Nívea de Matos Lacerda, FASASETE, Brasil

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida, UIT, Itaúna, Brasil

Profª Drª Renata Mantovani de Lima, UIT, Itaúna, Brasil

# SUMÁRIO

## Editorial v. 9, nº 1, jan.-dez., 2023

Deilton Ribeiro Brasil ..... 09

### **1. THE INVOLVEMENT OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN MITIGATING BIOTERRORISM THREATS**

**LA PARTICIPACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES  
PARA MITIGAR LAS AMENAZAS DEL BIOTERRORISMO**

Gulyaeva Elena Evgenyevna .....10-21

### **2. EI INTERNET EN LAS COSAS (I.O.T.) Y, EL I. O. B. (INTERNET OF BODIES) EN EL REGLAMENTO EUROPEO Y, SU INFLUENCIA EN LOS SEGUROS PRIVADOS MÉDICOS ESPAÑOLES**

**THE INTERNET OF THINGS (I.O.T.) AND THE I. O. B. (INTERNET OF  
BODIES) IN THE EUROPEAN REGULATION AND ITS INFLUENCE ON  
SPANISH PRIVATE HEALTH INSURANCE**

Salvador Morales Ferrer ..... 22-40

### **3. LA PENA DE MUERTE: ¿VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA?**

**THE DEATH PENALTY: VIOLATION OF THE RIGHT TO LIFE?**

Noelia del Pino Alonso Mendoza ..... 41-89

**4. DIGNIDAD HUMANA DE LAS PERSONAS LGBTIQ+ FRENTE AL EJERCICIO PUNITIVO DEL ESTADO COLOMBIANO EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

**THE HUMAN DIGNITY OF LGBTIQ+ PERSONS IN THE FACE OF THE PUNITIVE EXERCISE OF THE COLOMBIAN STATE IN THE FRAMEWORK OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM**

Adriana Cristina Morales Quiroga ..... 90-121

**5. LOS RETOS DEL DERECHO ANTE LAS UNIONES POLIAMOROSAS**

**THE CHALLENGES OF THE LAW REGARDING POLYAMOROUS RELATIONSHIPS**

Alex Munguía Salazar

Sofía González de la Calleja

Brenda Rosales Báez ..... 122-146

**6. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO**

**ARTIFICIAL INTELLIGENCE FROM THE PERSPECTIVE OF THE PHILOSOPHY OF LAW**

Miguel Brito Betancor

Haridian Martín Pulido ..... 147-202

**7. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL:  
UMA ANÁLISE DA OFERTA DO TRATAMENTO DE ESGOTO NAS  
CAPITAIS DA REGIÃO NORTE DO BRASIL**

**THE UNCONSTITUTIONAL ENVIRONMENTAL STATE OF THINGS: AN  
ANALYSIS OF THE OFFER OF SEWAGE TREATMENT IN THE CAPITALS OF  
THE NORTHERN REGION OF BRAZIL**

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

Aldo Reis de Araújo Lucena Júnior ..... 203-219

**8. LITÍGIOS CLIMÁTICOS E O DIREITO INTERNACIONAL: A  
BUSCA PELA CONCRETUDE DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**CLIMATE DISPUTES AND INTERNATIONAL LAW: THE SEARCH  
FOR THE CONCRETE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

Xenofontes Curvelo Piló

Deilton Ribeiro Brasil ..... 220-237

## EDITORIAL

É com alegria que é apresentado mais um número da Revista Jurídica Santo Agostinho. A revista é vinculada às Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE/AFYA). A publicação do **vol. 9, n. 1, jan.- dez., 2023** conta com artigos diferentes temáticas na seara do Direito. Dentre eles o leitor encontrará artigos sobre **A participação das Organizações Internacionais para mitigar as ameaças do bioterrorismo** de autoria de Elena Evgenyevna Gulyaeva da Academia Diplomática do Ministério das Relações Exteriores da Rússia; **A internet das coisas (I.O.T.) e a I.O.B. (internet of bodies) na regulação europeia e sua influência no seguro de saúde privado espanhol** de Salvador Morales Ferrer da Universidade de Valência, Espanha; **A pena de morte: violação do direito à vida?** de Noelia del Pino Alonso Mendoza da Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha; **Dignidade humana das pessoas LGBTIQ+ diante do exercício punitivo do Estado colombiano no âmbito do sistema interamericano de Direitos Humanos** de Adriana Cristina Morales Quiroga da Universidad Internacional de la Rioja, Espanha; **Os desafios do Direito frente as Uniões Poliamorosas** de Alex Munguía Salazar, Sofía González de la Calleja e Brenda Rosales Báez da Benemérito Universidad de Puebla, México; **A Inteligência Artificial desde a perspectiva da Filosofia do Direito** de Miguel Brito Betancor e Haridian Martín Pulido da Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha; **O Estado de coisas inconstitucional ambiental: uma análise da oferta do tratamento de esgoto nas capitais da região do Norte do Brasil** de Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho e Aldo Reis de Araújo Lucena Júnior do PPGD da Universidade Estadual do Amazonas.

Por último, ainda é abordada a temática sobre **Litígios climáticos e o Direito Internacional: a busca pela concretude dos Direitos Fundamentais** de Xenofontes Curvelo Piló e Deilton Ribeiro Brasil do PPGD da Universidade de Itaúna.

Aos leitores, uma boa leitura!

**Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil**  
Editor

# THE INVOLVEM ENT OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN MITIGATING BIOTERRORISM THREATS

## LA PARTICIPACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES PARA MITIGAR LAS AMENAZAS DEL BIOTERRORISMO

Gulyaeva Elena Evgenyevna<sup>1</sup>  
Diplomatic Academy of Russian Foreign Ministry

### ABSTRACT

The United Nations (UN) plays a central role in the global campaign against terrorism, with discussions about making it the primary coordinator in the international effort against this threat. The UN is vital for the preservation of international security, with mechanisms that include individual and collective security, regional agreements, and collective defense pacts. International cooperation is essential to address bioterrorism and emerging biological threats. Bioterrorism involves the intentional use of pathogenic microorganisms to cause terror. As a notable outcome, it is evident that international oversight to prevent the proliferation of biological weapons is an urgent concern, and the adoption of the Protocol to the 1971 Biological Weapons Convention is fundamental.

**KEYWORDS:** UN, Bioterrorism, Global Security, International Cooperation.

Received on: 05.10.2023

Accepted on: 05.11.2023

The United Nations (UN) plays a pivotal role in the global campaign against terrorism, prompting discussions among its member states about designating it as the central coordinator in the international effort to combat this threat<sup>2</sup>. Over the course of its existence, the UN has devoted significant attention to the issue of countering international terrorism, culminating in the establishment of a specialized entity within

---

<sup>1</sup> Candidate of Legal Science, Assistant Professor at International Law Department, Diplomatic Academy of Russian Foreign Ministry. E-mail: gulya-eva@yandex.ru ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0002-2708-8332>. Scopus Author ID: <https://www.scopus.com/authid/detail.uri?authorId=56906889200>.

<sup>2</sup> Bairamova N.A. The role of the UN in coordinating the actions of states in the fight against international terrorism // Human sciences issues. 2009. № 5. p. 252-257.

its framework at the onset of the 21st century. The UN Global Counter-Terrorism Strategy<sup>3</sup> was adopted to facilitate international cooperation in addressing terrorism, with specific reference to bioterrorism.

The UN Global Counter-Terrorism Strategy delineates five key domains of state activities in the realm of countering bioterrorism:

1. eradication of factors that foster the emergence and proliferation of bioterrorism;
2. developing state capacities for bioterrorism counteraction;
3. prevention and combating of bioterrorist behavior;
4. strengthening the role of the UN in international bioterrorism countermeasures;
5. the commitment to upholding human and civil rights as well as freedoms throughout the course of bioterrorism countermeasures.

In summary, it is evident that the contemporary global arena features an organizational and legal framework aimed at preserving international security, with the United Nations (UN) occupying a central role in this endeavor.

This mechanism is comprised of various components, including mechanisms for safeguarding individual security, a universal framework for ensuring collective security, a network of regional agreements and organizations, and pacts within the context of collective defense. It is noteworthy that the latter three components of this mechanism represent forms of collective security. Additionally, it is crucial to emphasize that the effective operation of all these elements within the institutional framework is contingent upon adherence to universally recognized principles and norms of international law, which underpin the feasibility of the organizational measures implemented.

---

<sup>3</sup> The UN Global Counter-Terrorism Strategy (adopted by UN General Assembly Resolution 60/288 of 08.09.2006) [Electronic resource]:<https://www.un.org/disarmament/ru/wmd/контртеррористическая-стратегия-орг/>

States must engage in close collaboration to proactively address and combat the threat of bioterrorism while also coordinating joint initiatives and responses to counter emerging biological hazards. Bioterrorism is defined as the intentional utilization of pathogenic microorganisms for the purpose of instigating acts of terror<sup>4</sup>. This cooperative effort is imperative for the maintenance of international peace and the preservation of global biosecurity. To this end, a mechanism for investigating alleged biological attacks has been established under the auspices of the UN Secretary-General, and ongoing efforts are directed towards establishing a robust international laboratory network dedicated to offering forensic biotechnology support for such investigations. The efficacy of genetic modification<sup>5</sup> detection in laboratories is presently suboptimal, necessitating potential reinforcement of the laboratory network through the incorporation of supplementary tools and enhanced access to extant technologies. Moreover, the 2021 report by the International Criminal Police Organization (INTERPOL), hereinafter referred to as Interpol, underscores the significance of “COVID-19 and biomedicine” as it assesses threats confronting the international community. Given the substantial potential for loss of life, INTERPOL has devised a strategy aimed at averting biosecurity transgressions related to biomaterials<sup>6</sup>. Consequently, a “Bioterrorism Planning and Response Guide” has been formulated. The establishment of an international oversight mechanism to monitor the non-proliferation of biological weapons remains an imperative concern. Furthermore, the adoption of the Protocol to the Convention on the Prohibition of the Development, Production, and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction<sup>7</sup>, commonly referred to as the 1971 Biological Weapons Convention (BWC), continues to be a pressing matter.

---

<sup>4</sup> Robertson AG, Robertson LJ. From asps to allegations: biological warfare in history. *Mil Med*. 1995. Pp. 369–373.

<sup>5</sup> Trikoz, E.N., Mustafina-Bredikhina, D.M., Gulyaeva, E.E. (2021) Legal regulation of gene editing procedure: USA and EU experience. *RUDN Journal of Law*. 25 (1), 67–86. (in Russian) DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-1-67-86

<sup>6</sup> Abashidze A.K., Malichenko V.S. International legal regulation of the circulation of dual-use biotechnologies // *RUDN Journal of Law*. - 2023. - Vol. 27. - N. 3. - P. 541-563. doi: 10.22363/2313-2337-2023-27-3-541-563

<sup>7</sup> “Each signatory State to this Convention commits unconditionally to refrain from engaging in the development, production, stockpiling, acquisition, or retention of microbiological or other biological

Following the disclosure of the contentious experiment conducted by Chinese geneticist He Jiankui, two international expert bodies were instituted in response. The United Nations World Health Organization (UN WHO) formed a multidisciplinary expert advisory committee tasked with examining a spectrum of concerns encompassing scientific, ethical, social, and legal facets associated with genome editing. Subsequently, this committee was mandated to formulate a comprehensive global framework for the regulation of legislation within this domain. In parallel, under the auspices of the United States Academy of Sciences, the United States National Academy of Medicine, and the Royal Society of London, an International Commission on the Clinical Application of Human Germline Genome Editing was convened.

It is essential to underscore the pivotal role played by the International Criminal Police Organization (INTERPOL), which places significant emphasis on countering international bioterrorism. Additionally, the significance of inter-State collaboration in averting the dissemination of viruses, bacteria, toxic agents, and other harmful vectors capable of causing harm or fatalities to humans, animals, and plants should be emphasized. According to official reports from Interpol authorities, there exists illicit correspondence within secluded and anonymous DARKNET channels. Within these channels, individuals, terrorist entities, and criminal organizations openly express their intent to employ biological weapons for the purpose of terrorizing populations. They also engage in transactions involving the purchase, sale, or exchange of information pertaining to weapons of mass destruction, encompassing bacteriological, biological, chemical, and nuclear categories. The inherent danger lies in the fact that infectious/viral diseases may have protracted incubation periods lasting one month or more, rendering the recognition of new disease variants and the preemptive development of vaccines, antibiotics, and medications exceedingly challenging. To effectively address

---

*agents or toxins, regardless of their source or production method, in quantities or types that are not designated for prophylactic, protective, or other peaceful purposes". Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction concluded 16.12.1971 // Collection of existing treaties, agreements and conventions concluded by the USSR with foreign states. Vol. XXXI. - M. 1977. p. 58 - 61.*

emerging bioterrorism threats, enhanced transparency between governmental entities and civilian institutions is imperative. Collaborative efforts among military, law enforcement, and healthcare institutions, with active involvement from the scientific and industrial sectors, are essential. Furthermore, Interpol's strategy to combat bioterrorism is structured around three fundamental pillars: prevention, preparedness, and response. In pursuit of prevention, Interpol has established a dedicated Bioterrorism Prevention Unit, tasked with thwarting the dissemination of bacteria, viruses, biological toxins, and the prevention of threats or harm to human, animal, or plant life and health. Within the organizational framework of this entity, several modes of collaboration with its member states are evident. These encompass the National Biosecurity Working Group, the establishment of Standard Operating Procedures, convening of Regional Biological Incident Response Plan Meetings, and fostering inter-agency cooperation amongst military, law enforcement, and public health agencies during situations of biological weapons-related emergencies and crises.

In the recent historical context, Interpol has extended its purview to encompass the mitigation and prevention of agro-terrorism activities as a distinct focus area. To this end, a Memorandum of Understanding was formalized between Interpol and the World Organization for Animal Health (WOAH) in March 2022. This collaborative initiative, titled "Building Resilience to Agrocrime and Agroterrorism", is designed to enhance the collective capacity of various sectors in responding to animal health crises. The project receives funding from International Relations Canada through the Global Partnership Against the Proliferation of Weapons and Materials of Mass Destruction. It is executed in partnership with the Food and Agriculture Organization (FAO) and the World Organization for Animal Health (WOAH).

The project has outlined six principal objectives with the aim of bolstering cooperation between law enforcement agencies and veterinary services, including:

- Enhancing the acquisition and utilization of evidential material.
- Augmenting the assessment and dissemination of intelligence.

- Curtailing the illicit trade in adulterated livestock products.
- Orchestrating coordinated and concerted actions to combat transnational agro-animal crimes.
- Raising awareness among authorities within the veterinary, environmental, and law enforcement domains.
- Advocating for the enactment of legislation and standards pertaining to animal welfare infringements.

Simultaneously, at the interstate level, ongoing deliberations are being conducted with the aim of formulating collective, tangible measures designed to preemptively mitigate threats to national, regional, and global security stemming from biological hazards. As an illustrative case, it is noteworthy that during a meeting held in Dushanbe, the Secretaries of the Security Councils representing member states of the Collective Security Treaty Organization (CSTO) reached a consensus to formulate strategies aimed at preempting biological threats<sup>8</sup>. Consequently, a preliminary draft of a Convention on Biological Security is presently under development within the framework of the CSTO<sup>9</sup>.

The European Union (EU), the Council of Europe (COE), and the Shanghai Cooperation Organization (SCO) have been instrumental in shaping the landscape of genomic research and the manipulation of human genetic resources. However, it is imperative that most BRICS (Brazil, Russia, India, China, South Africa) countries also

---

<sup>8</sup> URL: <https://iz.ru/1158527/2021-04-29/strany-odkb-dogovorilis-vyrabotat-meryu-predotvrashcheniiu-biougroz>

<sup>9</sup> The "Collective Security Strategy of the Collective Security Treaty Organization for the period until 2025" was officially ratified through a decision passed by the Collective Security Council of the Collective Security Treaty Organization on October 14, 2016. This document incorporates provisions strategically oriented toward the enhancement of the Convention on the Prohibition of Biological and Toxin Weapons. These provisions encompass a comprehensive examination of pertinent issues with the aim of advancing the proposition that, within the purview of this Convention, all member states commit to ensuring complete transparency in their biological activities conducted beyond their national borders.

For reference, a specific instance illustrating this commitment occurred on May 6, 2021, when the Government of the Russian Federation and the Government of the Republic of Armenia formally inked an intergovernmental memorandum focused on the reinforcement of the shared biological security framework.

[URL:[https://odkb-csto.org/documents/statements/strategiya\\_kollektivnoy\\_bezopasnosti\\_organizatsii\\_dogovora\\_o\\_kollektivnoy\\_bezopasnosti\\_na\\_period\\_do\\_/](https://odkb-csto.org/documents/statements/strategiya_kollektivnoy_bezopasnosti_organizatsii_dogovora_o_kollektivnoy_bezopasnosti_na_period_do_/)]

institute specialized ethical committees dedicated to the domain of genomic research and the manipulation of human genetic resources. These committees will be tasked with evaluating the adherence of genetic scientists and clinicians to ethical and humanistic principles in the execution of pioneering advancements and genetic technologies.

In the context of rapid advancements in science and technology, coupled with a robust thrust towards experimental medicine, the BRICS nations are gradually formulating legal and ethical frameworks to oversee genomic research and safeguard genetic integrity<sup>10</sup>. While most of these countries maintain stringent state oversight over scientific research within the realm of the human genome, significant legislative and clinical practice gaps persist in terms of ensuring the security of genomic research and the broader sphere of national biopolitics.

Within the post-Soviet region, there exists a dearth of normative-legal instruments specifically designed to govern the domain of genomic research. Consequently, the importance of investigating the safety of genomic research within the member states of the Commonwealth of Independent States (CIS) is heightened. Notably, the "Recommendations on Ethical and Legal Regulation and Safety of Genetic Medical Technologies in the CIS Member States," which were endorsed in 2007, serve as an illustrative case in point. These recommendations were formally adopted during the twenty-ninth plenary session of the Interparliamentary Assembly of the CIS member states<sup>11</sup>.

As articulated by E.K. Moskovina and P.D. Golysheva in their article titled "Legal Aspects of Ensuring the Security of Genomic Information in the Post-Soviet Space"<sup>12</sup>, it is noteworthy that the aforementioned Recommendations constitute the sole normative-legal document within the CIS that directly addresses the utilization

---

<sup>10</sup> Travieso J.A., Ferraro A.V., Trikoz E.N., Gulyaeva E.E. Bioethical Aspects of Human Rights in Modern Latin America. *Kutafin Law Review*. 2021;8(1):85-98. <https://doi.org/10.17803/2313-5395.2021.1.15.085-098>

<sup>11</sup> Resolution of the Interparliamentary Assembly of the CIS Member States N 29-12 of 31 October 2007 // Information Bulletin. 2007. №41. p. 257.

<sup>12</sup> Moskovina E.K., Golysheva P.D. "Legal aspects of ensuring the security of genomic information in the post-Soviet space" // *International Legal Courier*. 2020. № 3-4 (39-40). p. 30.

and governance of genomic technologies. The 2007 Recommendations underscore the imperative need for specialized legal measures, not only at the regional level but also within the framework of national legislation, to safeguard the secure application of scientific advancements in this field. Furthermore, it is firmly established that the utilization of biotechnology must not infringe upon the sanctity, dignity, or fundamental rights of individuals<sup>13</sup>. It is noteworthy that the CIS Recommendations, despite the significant advancements in genomic and genetic technologies since their inception, have remained unaltered and unamended throughout their years of existence. This document serves as a form of accord among participating states, acknowledging the imperative of regulating the sphere of genomic advancements.

In the context of genomic research regulation, it is also noteworthy to mention the Model Law titled “On Protection of Human Rights and Dignity in Biomedical Research of the CIS Member States”<sup>14</sup>, dated November 18, 2005. This model law delineates guidelines for the operation of ethics committees and prescribes prerequisites for ensuring the safeguarding of the rights and lawful interests of participants in scientific research endeavors<sup>15</sup>. Consequently, it becomes apparent that, both within the post-Soviet space and on the international stage, the adoption of soft law instruments has been the prevailing approach. The CIS Recommendations primarily outline overarching principles for organizing research within the human genome domain, reiterating the provisions found in international normative legal documents, particularly those promulgated by UNESCO, and emphasizing the necessity of national legislative enactments.

In our assessment, the prevailing approaches to the regulation of safety within the realm of human genome advancements can be categorized into two primary groups. The first group comprises regions and nations characterized by stringent regulatory frameworks governing genomic research. This category includes the

---

<sup>13</sup> Resolution of the Interparliamentary Assembly of the CIS Member States N 29-12 of 31 October 2007 // Information Bulletin. 2007. № 41. p. 257-258.

<sup>14</sup> Model Law of the Interparliamentary Assembly of the CIS Member States of 18 November 2005. “On Protection of Human Rights and Dignity in Biomedical Research of the CIS Member States” // Newsletter. 2006. № 37. p.312.

<sup>15</sup> Ibid.

member states of the European Union (EU), as well as the United States, Canada, Australia, and the United Kingdom, often referred to as developed countries. The second group encompasses regions and nations where legislative frameworks in this domain are either nascent or entirely absent. In this context, it becomes imperative for international organizations such as the United Nations, UNESCO, the World Health Organization (WHO), and other related associations, along with the ethical committees established under their auspices, to proactively encourage countries worldwide to undertake requisite legal measures. This encouragement should extend to the development of regional and national legislation aimed at ensuring the comprehensive protection of the human genome, safeguarding the rights and lawful interests of research participants, and mitigating genetic-based discrimination.

An alternative approach to the regulation of genomic research safety is observed in countries situated within the Middle East. This distinctive approach primarily stems from the principles and tenets of the Islamic faith, which exerts substantial influence over nearly all facets of societal interactions in this region. Nevertheless, it cannot be definitively asserted that a uniform legal framework governing genomics-related matters prevails within this geographic region. Presently, Kuwait stands as an active participant in the development of a legal framework pertaining to the regulation of genomic research. In 1981, Kuwait hosted the inaugural International Conference on Islamic Medicine, during which the Islamic Code of Medical Ethics and Health Care, predicated on the precepts found in the holy book of Muslims, was officially ratified. Notably, this Code underscores that medical knowledge is an integral facet of Divine knowledge, and the exploration of medical practices equates to an understanding of the Divine will<sup>16</sup>. This document holds significant prominence as a guiding reference for numerous states in shaping their policies pertaining to genomics.

Furthermore, Kuwait serves as the domicile for the Islamic Organization for Medical Sciences, an institution that consistently includes genomics on its agenda. In

---

<sup>16</sup> The IOMS Achievements First International Conference. URL: <http://islamset.net/the-first-international-conference-on-islamic-medicine/?lang=en>

a conference conducted under the auspices of this organization in October 1998, guidelines were established under the title “Genetics, Genetic Engineering, the Human Genome, and Genetic Therapy: An Islamic Perspective<sup>17</sup>”. These guidelines constitute an important doctrinal framework adopted in the domain of genomics, providing ethical and legal guidance grounded in Islamic principles.

The region has witnessed the establishment of biomedical research centers and bioethics committees aimed at overseeing various aspects of genomic research. In Jordan, for instance, genomic research is subject to oversight by a dedicated Institutional Review Board operating under the purview of the Jordanian Ministry of Health. This board conducts assessments to ascertain the scientific validity of research, the voluntary consent of patients, the requisite qualifications of the scientific team, and other pertinent criteria.

Furthermore, Saudi Arabia introduced a national genome study program in 2013, with the primary objective of creating a comprehensive genome database and identifying the underlying causes of genetic disorders within the local population. A parallel initiative has been launched in Qatar, where specialized units have been established under the auspices of the Qatari Ministry of Health, including a genetic research unit and a clinical unit. Guidelines for genetic research have been endorsed under the aegis of the Al-Shafallah Public Health Centre in Qatar. These guidelines prescribe that the Qatar Biobank assumes responsibility for the security and ethical conduct of research conducted within the state. The document underscores the significance of securing informed voluntary consent from research subjects and the necessity for pre-diagnostic evaluations, with particular attention directed toward safeguarding individuals lacking the capacity to provide informed consent<sup>18</sup>. It is noteworthy that comparable principles are employed at the global level to regulate the safety of genomic research. Furthermore, the establishment of expert centers and commissions to scrutinize the ethical and legal dimensions of genomic research

---

<sup>17</sup> Ar Abdallah, S., Al Khitamy, A. Binsumeit. Bioethics for Clinicians: 21 Islamic Ethics // Canadian Medical Association Journal. 2001. Vol. 164 (1). p. 60–63.

<sup>18</sup> Novikova R.G. Islam and genetics: issues of religion, ethics and law // Vestnik RUDN. Series: Legal Sciences. 2019. V. 23. № 4. p. 571-576.

is becoming increasingly prevalent in Middle Eastern nations. This paradigm aligns with the European experience, as many states in the Arab region are signatories to international agreements that encompass various aspects of genomics.

Evidently, there exists a lack of standardized legislation across the Middle East region pertaining to the safety of genomic research. Predominantly, the documents governing this domain assume the form of advisory guidelines. The foundational principles and mechanisms that underpin the regulation of genomic research in Islamic countries bear some semblance to European principles and mechanisms, primarily due to the participation of certain Middle Eastern nations in international conventions within this sphere. However, owing to the pronounced influence of religion in Middle Eastern countries, it is deemed essential that the objectives and principles of genomic research align with Islamic tenets.

Hence, terrorism represents one of the most formidable challenges confronting numerous nations across the globe. The utilization of weapons of mass destruction by individuals and terrorist organizations poses an eminent, worldwide peril. This necessitates the implementation of specialized safeguards specifically tailored for biological and toxin materials, as their utilization holds the potential to yield functional weaponry. As highlighted by Professor A.V. Yakovenko in his monograph<sup>19</sup>, “there is a resurgence in the significance of biopolitics, denoting the manner in which elites perceive the populace as a collective biomass”. Additionally, the author underscores that “the escalating influence, particularly as a primary source of economic gains, of the Big Pharmaceutical Business sector, which leverages human health as a resource for economic expansion while simultaneously engaging in the development of biological weaponry, is a cause for considerable concern”.

## **BIBLIOGRAPHY**

Abashidze A.K., Malichenko V.S. International legal regulation of the circulation of dual-use biotechnologies // RUDN Journal of Law. - 2023. - Vol. 27. - N. 3. - p. 541-563. doi: 10.22363/2313-2337-2023-27-3-541-563

---

<sup>19</sup> Yakovenko A.V. Geopolitical Discord and Russia: Insights from the New Foreign Policy Concept - A Monograph - Moscow: Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia, 2023. - 144 p. p. 21.

Ar Abdallah, S., Al Khitamy, A. Binsumeit. Bioethics for Clinicians: 21 Islamic Ethics // Canadian Medical Association Journal. 2001. Vol. 164 (1). p. 60–63.

Bairamova N.A. The role of the UN in coordinating the actions of states in the fight against international terrorism // Human sciences issues. 2009. №5. P. 252-257.

Model Law of the Interparliamentary Assembly of the CIS Member States of 18 November 2005. “On Protection of Human Rights and Dignity in Biomedical Research of the CIS Member States” // Newsletter. 2006. № 37. p. 312.

Moskovina E.K., Golysheva P.D. “Legal aspects of ensuring the security of genomic information in the post-Soviet space” // International Legal Courier. 2020. № 3-4 (39-40). p. 30.

Novikova R.G. Islam and genetics: issues of religion, ethics and law // Vestnik RUDN. Series: Legal Sciences. 2019. V. 23. № 4. p. 571-576.

Resolution of the Interparliamentary Assembly of the CIS Member States N 29-12 of 31 October 2007 // Information Bulletin. 2007. № 41. p. 257.

Resolution of the Interparliamentary Assembly of the CIS Member States N 29-12 of 31 October 2007 // Information Bulletin. 2007. № 41. p. 257-258.

Robertson AG, Robertson LJ. From asps to allegations: biological warfare in history. *Mil Med.* 1995. p. 369–373.

The IOMS Achievements First International Conference. URL: <http://islamset.net/the-first-international-conference-on-islamic-medicine/?lang=en>

Trikoz, E.N., Mustafina-Bredikhina, D.M., Gulyaeva, E.E. (2021) Legal regulation of gene editing procedure: USA and EU experience. *RUDN Journal of Law.* 25 (1), 67–86. (in Russian) DOI: 10.22363/2313-2337-2021-25-1-67-86

Travieso J.A., Ferraro A.V., Trikoz E.N., Gulyaeva E.E. Bioethical Aspects of Human Rights in Modern Latin America. *Kutafin Law Review.* 2021;8(1):85-98. <https://doi.org/10.17803/2313-5395.2021.1.15.085-098>

Yakovenko A.V. Geopolitical Discord and Russia: Insights from the New Foreign Policy Concept - A Monograph - Moscow: Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia, 2023. - 144 p. p. 21.

# **EI INTERNET EN LAS COSAS (I.O.T.) Y, EL I. O. B. (INTERNET OF BODIES) EN EL REGLAMENTO EUROPEO Y, SU INFLUENCIA EN LOS SEGUROS PRIVADOS MÉDICOS ESPAÑOLES**

## **THE INTERNET OF THINGS (I.O.T.) AND THE I. O. B. (INTERNET OF BODIES) IN THE EUROPEAN REGULATION AND ITS INFLUENCE ON SPANISH PRIVATE HEALTH INSURANCE**

**Salvador Morales Ferrer<sup>1</sup>**  
Universidad de Valencia

### **RESUMEN**

Los cambios producidos, mundialmente en este Siglo XXI, el internet tiene un valor inmenso desde el internet en las cosas (I.O.T.), hasta el internet of bodies (I.O.B.), por lo cual sea aplicado a las personas en sus nuevas tecnologías como WhatsApp o, videoconferencias por lo que las aseguradoras médicas privadas están utilizando estos medios en España. Por lo que, estos asegurados están más en contacto con los médicos, tanto de día, como de noche sin tener que acudir a los consultorios médicos, o la realización de llamadas telefónicas. Aparte, lo que ofrecen los chips de los aparatos electrónicos es la geolocalización, de los posibles pacientes. Por tanto, es un adelanto para los pacientes respecto a no tener que acudir a los consultorios médicos que existen grandes listas de espera.

**PALABRAS CLAVE:** Internet en las cosas, Internet en el cuerpo, videoconferencia, Reglamento Europeo, seguros médicos privados.

Recibido el: 01.10.2023

Aceptado en: 04.11.2023

### **1. INTRODUCCIÓN**

El internet of Bodies en adelante (I. O.B.) o cuerpo conectado, su propósito es captar, analizar, comprender y dar una respuesta para todo comportamiento

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por el programa de Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología por la Universidad de Valencia, con la calificación Apto Cum Laude. Doctor Honoris Causa por el Claustro Nacional de Doctores de México (Unam). Doctor Honoris Causa por la Academia Jurídica de Baja (México). Colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Alicante. Profesor colaborador de la Universidad Federal de Bahía (UFBA) Brasil; e- mail: smorales-ferrer@icali.es

humano de esta forma permite seguir dichos comportamientos de las personas utilizando innovaciones tecnológicas emergentes y, desarrollos de algoritmos, por lo cual se monitorean los comportamientos de las personas. Por tanto, la verdadera relevancia del (I.O.B.), es que no es solamente descriptivo, como analizar el comportamiento humano, sino también su sistema proactivo atendiendo a las variables médicas de las personas por lo que será efectivo tanto en los relojes inteligentes, así como en los teléfonos móviles en este último medio mediante videoconferencias o, WhatsApps para las personas con seguros médicos privados. Lo que implicará una gran interconexión entre el médico y el paciente. Por lo que, la nueva generación de dispositivos móviles o, incluso los relojes inteligentes irán interconectados y, el (I.O.T.) internet en las cosas pues hoy en día es muy utilizado el internet para la comunicación entre las personas, e incluso las personas que están aseguradas mediante seguros privados y viajan a los diversos países de la Unión Europea e incluso en los países extracomunitarios. Con el presente artículo se pretende realizar un análisis descriptivo de los efectos jurídicos de las nuevas tecnologías aplicadas tanto a los móviles y los relojes inteligentes mediante sus respectivas aplicaciones para los usuarios de las aseguradoras médico privadas que viajen por España la Unión Europea y otros países extracomunitarios mediante la óptica de la legislación europea, legislación española para la protección de sus datos personales. El artículo tiene la siguiente estructura: el primero trata sobre la introducción; el segundo esboza la influencia del (O.I.B.) en el Reglamento Europeo; el tercero aclara el derecho al acceso del interesado a la base datos de su seguro privado médico; el cuarto analiza la posible aplicación de los datos del paciente y su visita online; el quinto trata los tratamientos de datos por interés público en el ámbito de la salud transfronteriza; el sexto trata sobre la transparencia del interesado en el seguro privado médico; el séptimo analiza la información que se tendrá que facilitar cuando los datos personales no sean obtenidos por el interesado; el octavo aclara ¿qué ocurrirá si el asegurado chatea sin darse cuenta a la empresa aseguradora de salud, o robo de identidad y sus efectos en el (R.P.G.D)?; el noveno trata sobre la usurpación

de identidad en WhatsApp a efectos penales en España; el décimo analiza las consideraciones finales; el undécimo aclara las Referencias.

## **2. EL (I.O.B) EN EL REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS**

Así, cabe mencionar el (REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos pps.: L119/3-L119/4) en adelante (R.G.P.D.)<sup>2</sup> en su Considerando 18 que manifiesta

Entre las actividades personales o domésticas cabe incluir la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades. No obstante, el presente Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas.

Por tanto, cabe mencionar la Resolución, de 3 de noviembre de 2020<sup>3</sup> en sus Fundamentos de Derecho que manifiesta

Al pedir e introducir el PIN, sería la verificación o autenticación a través de la cual el sistema reconoce que el usuario es quien dice ser y da el permiso para efectuar la operación.

Por lo que, que siguiendo el (R.G.P.D. p.: L119/38)<sup>4</sup> en su artículo 9 párrafo 1º señala

---

<sup>2</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. pps.: L119/3-L119/4 <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 29 de marzo de 2022).

<sup>3</sup> Resolución, de 3 de noviembre de 2020, de la Agencia Española de Protección de Datos. P.S.Nº E/05310/2020 LA LEY 1797/2020. (acceso el 29 de marzo de 2022).

<sup>4</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. p.: L119/38 <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 1 de mayo de 2022).

Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud.

Al respecto, cabe mencionar al autor (López (2017)<sup>5</sup> “Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos. p. 47) que aporta

Una maquina no es más que un conjunto de algoritmos. Lo que significa que las máquinas no tienen la libertad que las personas tenemos. Si vas a usar algoritmos en un entorno social creo que tienes que poner sus límites, de la forma que nosotros tenemos límites sociales.

Por otro lado, cabe mencionar a la autora (Lecouna (2020) “Aspectos éticos, legales y sociales del uso de la inteligencia artificial y el Big Data en la salud en un contexto de pandemia”. pps. 145-146)<sup>6</sup> que señala

El acceso a datos personales confiere un poder extraordinario a terceros, bien sea la iniciativa pública o privada, sobre los titulares de estos y pueden dar lugar a usos no deseados, y a discriminaciones, algunas de ellas encubiertas. El solucionismo tecnológico que entiende la aplicación de tecnología per se cómo solución a los problemas y retos de nuestro tiempo, y el ajetreo que provoca la velocidad a la que se desarrolla la tecnología digital banalizan el uso de datos personales y el significado de la intimidad y la confidencialidad en nuestra sociedad. Si bien la intimidad debería tratarse como un valor esencial y un bien común a proteger, la tendencia es a entender la información personal.

### **3. EL DERECHO AL ACCESO DEL INTERESADO EN LA BASE DE DATOS RESPECTO A SU SEGURO POLIZA MÉDICA EN EL SEGURO PRIVADO DE SALUD**

En el momento de la firma de seguros médicos privados el interesado o, interesados tendrán derecho a obtener del responsable del tratamiento su

---

<sup>5</sup> López Calvo, José (2017) “Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos “. Editorial Sepín (Las Rozas). Madrid. p.45

<sup>6</sup> De Lecuna, Iztia (2020) “Aspectos éticos, legales y sociales del uso de la inteligencia artificial y el Big Data en la salud en un contexto de pandemia”. Editorial Universidad de Barcelona. pps. 145-146.

confirmación si están o, no tratando sus datos personales y, acceder a sus datos personales y al mismo tiempo a la información, como menciona el artículo 15 apartados a), c), d), e) f) párrafos 3º y 4º del (R.G.P.D p.: L119/43)<sup>7</sup>

los fines del tratamiento; los destinatarios o las categorías de destinatarios a los que se comunicaron los datos personales; de ser posible, el plazo previsto de conservación de los datos personales o, de no ser posible, los criterios utilizados para determinar este plazo (en este último caso cuando expire la póliza de seguro médico). La existencia del derecho a solicitar del responsable la rectificación o supresión de datos personales o la limitación del tratamiento de datos personales relativos al interesado, o a oponerse a dicho tratamiento; el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control; El responsable del tratamiento facilitará una copia de los datos personales objeto de tratamiento. El responsable podrá percibir por cualquier otra copia solicitada por el interesado un canon razonable basado en los costes administrativos. Cuando el interesado presente la solicitud por medios electrónicos, y a menos que este solicite que se facilite de otro modo, la información se facilitará en un formato electrónico de uso común. El derecho a obtener copia mencionado en el apartado 3 no afectará negativamente a los derechos y libertades de otros.

Por tanto, es un elemento muy importante el establecimiento de los plazos de expiración del seguro privado médico para no mantener sus datos personales y, especialmente el derecho de la persona asegurada a obtener una copia de sus datos personales para así, proceder a ejercer las posibles acciones si son incumplidas. Al respecto, los autores (Martín y Murphy (2020) Derecho de acceso e información desestructurada: ¿acceso o exceso? p.1)<sup>8</sup> aportan

La licitud y legitimidad de los tratamientos de datos personales responde, con carácter general, a la «necesidad» de los mismos (bien sea para cumplir con las obligaciones que derivan de un contrato con la persona a la que se refieren esos

---

<sup>7</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. p.: L119/43 <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 1 de mayo de 2022).

<sup>8</sup> Bartolomé Martín y Claire Murphy (2020) Derecho de acceso e información desestructurada: ¿acceso o exceso?. Diario La Ley, Nº 9755, Sección Tribuna, 16 de diciembre de 2020. Wolters Kluwers Las Rozas Madrid. p.1

datos —el interesado—, para cumplir obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, para cumplir para salvaguardar los intereses vitales del interesado o de otra persona) y, de forma mucho más excepcional, a la expresión de la libre voluntad del interesado o a la persecución de intereses de terceros (sean la persona o entidad responsable del tratamiento u otra persona o entidad), siempre que esos intereses prevalezcan sobre el derecho a la privacidad de los interesados).

Puesto, que sí no expiran los plazos del asegurado una vez que hubiese este renunciado a la póliza de seguros, tendrá que tomar las medidas pertinentes para el derecho a la supresión de sus datos.

#### **4. LA POSIBLE APLICACIÓN DE LOS DATOS MEDICOS DEL PACIENTE Y LA POSIBLE VISITA ONLINE EN LA SANIDAD PRIVADA ESPAÑOLA**

Por lo cual, como bien algunos seguros privados de salud entre ellos cabe citar (Generali, p.1)<sup>9</sup> en España señala

Videoconferencia. La vía de comunicación que no sólo está de moda, sino que ha llegado para quedarse. Ofrece la posibilidad de contactar en tiempo real con el equipo médico, favorece la interacción y la cercanía y ayuda al profesional a realizar su diagnóstico contando con el apoyo de la imagen. La videoconsulta médica es muy completa pues suele permitir también el envío de documentación, fotografía y video. La importancia del móvil. Los grandes protagonistas del presente son los smartphones, aparatos electrónicos que más tiempo y con más frecuencia utilizamos. Conscientes de esta realidad, las aseguradoras han trabajado en los últimos años en la creación de aplicaciones para los móviles. En el caso de los seguros de salud, pueden servir para ampliar las opciones a disposición del asegurado, que tiene a mano solicitar asistencia médica desde cualquier lugar. Las opciones básicas son llamada y video llamada. También podemos usar otros dispositivos como el ordenador o la tableta.

Por tanto, los seguros médicos privados en España podrán por cualquier medio ya sean por medio de móviles, relojes inteligentes los médicos y los pacientes tener videoconferencias o chats para tratar las dolencias que puedan sus

---

<sup>9</sup> La vanguardia. generali es /blog/tuasesorsalud/consulta-medica-online. p.1 (acceso el día 4 de mayo de 2022)

pacientes, puesto que el sistema de la Seguridad Social, se aplican estos medios por lo tanto la importancia tanto del (I.O.B.), así como el (I.O T.), en este Siglo XXI.

Por otro lado, la (Sentencia del Tribunal Constitucional Español)<sup>10</sup> en sus Fundamentos de Derecho 7 manifiesta

Permitió la celebración por videoconferencia.

Por lo cual, atendiendo a la Jurisprudencia Española es válido este tipo de consultas por medio del (I.O.B.) y el (I.O T.), asimismo cabe indicar el (R.G.P.D. p.: L119/6)<sup>11</sup>, en su Considerando 35 que señala

todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios.

Por lo que, se refiere el (R.G.P.D.) al número de identificación de la póliza de la persona asegurada. Por tanto, en esta línea de datos de la salud de las personas que son miembros de los Estados de la Unión Europea no perturben los la libre circulación de estas personas que están pagando sus seguros privados y, si se desplazan puedan tener directamente cobertura médica en cualquier Estado miembro, mediante la atención de videoconferencia o, chat, ya sea por medio del (I.O.B.) y el (I.O T.). De la misma forma, cabe indicar que el artículo 9 del (R.G.P.D. p. L.119/38)<sup>12</sup> parte del principio inicial de la prohibición que decaerá en ciertos casos así cabe mencionar sus apartados siguientes

---

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional 148/2021. Fecha 14/07/2021 (Sala Pleno) (Magistrados: Don Juan José González Rivas, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón) Tirant Online TOL 8.518.747. Ecli: ECLI:ES:TC: 2021: 148

<sup>11</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. p.: L119/6 <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 2 de mayo de 2022).

<sup>12</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. p.: L119/ 38. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 3 de mayo de 2022)

a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados y, c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado.

Por lo cual, el interesado en el momento de firmar la póliza de su seguro particular debe de dar el consentimiento para la protección de sus datos, siempre que no esté discapacitado en este caso intervendrá su curador o, tutor. Por tanto, se puede pensar que, si una persona discapacitada intelectualmente con un treinta tres por ciento de minusvalía intelectual después de contratar la póliza de seguro médico a posteriori deberá comunicarlo su tutor o, curador en territorio español y, para que sea más efectiva su circunstancia sí viaja a un tercer país tanto de la Unión Europea, así como un país extracomunitario.

## **5. LOS TRATAMIENTO DE DATOS POR INTERÉS PÚBLICO EN EL ÁMBITO DE LA SALUD TRANSFRONTERIZA**

En este, ámbito cabe mencionar la seguridad de la asistencia médica en los países comunitarios donde la persona que tiene una póliza de seguros de salud contratados desee visitar tendrá la presunta videoconferencia o, chat con el médico de su aseguradora para demostrar la dolencia que padece y así, poder prestarle atención en las distintas clínicas u, hospitales que tendrán convenios como su aseguradora privada. Por lo cual, cabe señalar el (R.G.P.D. p.: L119/10)<sup>13</sup> en su Considerando 52 que matiza

con el fin de garantizar la calidad y la rentabilidad de los procedimientos utilizados para resolver las reclamaciones de prestaciones y de los servicios en el régimen de seguro de enfermedad.

Por lo que, este precepto mencionado anteriormente deberá interpretarse mediante el Considerando 54 del (R.G.P.D. p.: L119/11)<sup>14</sup> que señala

---

<sup>13</sup>REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. p.: L119/10. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 4 de mayo de 2022)

<sup>14</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva

o no debe dar lugar a que terceros, como empresarios, compañías de seguros o entidades bancarias, traten los datos personales con otros fines.

Por tanto, el (R.G.P.D) limita la excepción al consentimiento en el tratamiento de datos relativos a la salud por razones de interés público, respecto también en las aseguradoras privadas de salud. Por lo que, se contempla la posibilidad de uso de datos en salud y al mismo tiempo en sanidad pública puesto que también estaría interconectados los estados miembros por el (I.O.T.). Por lo cual, está la posibilidad de uso de los datos en salud y sanidad pública para hacer frente y responder a los supuestos específicos de los seguros de enfermedad que estén contratados, por lo que queda excluido el tratamiento de datos de salud de forma general, por terceras empresas de seguros.

## **6. LA TRANSPARENCIA DEL INTERESADO EN EL SEGURO PRIVADO MÉDICO**

Este principio de transparencia es un elemento fundamental en el (R.G.P.D. p.: L119/12.)<sup>15</sup> como menciona su Considerando 60

Los principios de tratamiento leal y transparente exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines. El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales

Por otro lado, cabe matizar sobre los datos que el interesado procedió a entregar a la aseguradora médica como menciona el artículo 13 párrafo 1º apartados a), b) y c) del (R.G.P.D. p.: L119/40)<sup>16</sup>

---

95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. p.: L119/ 11. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 4 de mayo de 2022).

<sup>15</sup>REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. p.: L119/40. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 4 de mayo de 2022).

<sup>16</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva

Cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él, el responsable del tratamiento, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación: la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante; los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso; los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento.

Por tanto, primeramente conllevará la importancia del representante de la empresa que ofreció el contrato de seguro médico privado y el responsable del tratamiento de los datos de la empresa puesto que el interés legítimo tiene una base jurídica para el tratamiento, cobrando un gran relevancia. Cuando las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas, especialmente debido a su carácter repetitivo, la autoridad de control podrá establecer una tasa razonable basada en los costes administrativos o negarse a actuar respecto de la solicitud. La carga de demostrar el carácter manifiestamente infundado o excesivo de la solicitud recaerá en la autoridad de control. Lo que implica, que el responsable del tratamiento facilite al interesado, tanto si obtiene los datos del mismo como si no los ha obtenido del interesado, la información de los datos, por lo que la empresa aseguradora médica tendrá que informar de los datos al interesado. Por lo que, cabe citar a los autores (Martín y Murphy (2020) Derecho de acceso e información desestructurada: ¿acceso o exceso? p.1)<sup>17</sup> que manifiestan

La transparencia para con el interesado se manifiesta en su derecho a conocer cómo se tratan sus datos personales, así como los datos sobre su persona objeto de tratamiento. Ese derecho a saber del interesado se traduce en un deber de informar del responsable, tanto de forma espontánea (típicamente, al tiempo de recabar los datos) como en respuesta a una solicitud del interesado.

---

95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. p.: L119/12. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 4 de mayo de 2022)

<sup>17</sup> Bartolomé Martín y Claire Murphy (2020) Derecho de acceso e información desestructurada: ¿acceso o exceso?. Diario La Ley, Nº 9755, Sección Tribuna, 16 de diciembre de 2020. Wolters Kluwers Las Rozas Madrid.

Así mismo tiempo, cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo Español<sup>18</sup> que manifiesta en su Fundamento de Derecho Tercero

Concretamente, la recurrente reprocha que la sentencia una corresponsabilidad en el tratamiento de datos personales objeto de recurso con el argumento de que esta compañía conforman una "unidad de negocio" o "unidad material, añade la aplicación de la doctrina de los "actos propios" en el sentido ha reconocido su condición de responsable del tratamiento al actuar como tal frente a terceros.

Por lo que, la sentencia analógicamente aclara que son una unidad material, la empresa aseguradora médica tendrá en todo momento que informar a los interesados los tratamientos de datos que se ceden a otra empresa, que tengan convenio en el caso que viajen los asegurados aún país tanto comunitario, así como extracomunitario.

## **7. LA INFORMACIÓN QUE SE TENDRÁ QUE FACILITAR CUANDO LOS DATOS PERSONALES NO SEAN OBTENIDOS POR EL INTERESADO**

Como se había comentado anteriormente, el interesado o, interesados asegurados en seguro médico desean viajar aún tercer país de la Unión Europea y, no lo comunican a la aseguradora de salud. Por tanto, el (R.G.P.D. pps.: L119/40-L119/41)<sup>19</sup> lo aprecia muy bien en su artículo 13 párrafo 1º apartado f) que señala

Cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él, el responsable del tratamiento, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación: en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas.

---

<sup>18</sup> Tribunal Supremo (Sala Tercera de lo Contencioso- Administrativo) (Sección 6ª) (Ponente: Herrero Pina, Octavio Juan) (Sentencia 1802/2016 de 18 de Julio) Rec.1302/2015. ECLI: ES:TS:2016:3667. LA LEY 88270/2016

<sup>19</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. pps.: L119/40-L119/41. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 7 de mayo de 2022).

Por tanto, se deberá atender a la (Decisión de Ejecución (UE) 2021/914 DE LA COMISIÓN de 4 de junio de 2021. p. L. 199/ 39)<sup>20</sup> relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo en su clausula 8 párrafo 1º i) y iii) manifiesta

Limitación de la finalidad. El importador de datos tratará los datos personales únicamente para los fines específicos de la transferencia. Solo podrá tratar los datos personales con otros fines: cuando haya recabado el consentimiento previo del interesado; cuando el tratamiento sea necesario para proteger intereses vitales del interesado.

Por lo cual, se extrae de esta decisión dos elementos primero las personas aseguradas deberán en el momento de firmar la póliza de seguros médicos privados deberán ceder todos sus datos personales y, la aseguradora médica cederá estos datos a las terceras aseguradoras o, clínicas u, hospitales que viajen los asegurados o, asegurado a estas entidades que tengan convenio en terceros países sean de la Unión Europea o, no.

## **8. ¿QUÉ OCURRIRÁ SI EL ASEGURADO CHATEA SIN DARSE CUENTA A LA EMPRESA ASEGURADORA DE SALUD, O ROBO DE IDENTIDAD Y SUS EFECTOS EN EL (R.P.G.D.)?**

Por lo que, esta cuestión se refiere qué ocurrirá cuando el tratamiento de datos se quiera realizar legítimamente para un nuevo tratamiento que no ésta previsto inicialmente generalmente por descuido desde un principio a causa de los avances tecnológicos como serían los teléfonos móviles, por lo cual será su transcendencia sobre la falta de información en este sentido. Por lo que, se tiene que remitir al artículo 6 párrafo f del (R.G.P.D. p.: L119/36)<sup>21</sup> que manifiesta

---

<sup>20</sup> Decisión de Ejecución (UE) 2021/914 DE LA COMISIÓN de 4 de junio de 2021, de 4 de junio de 2021 relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. p. L. 199/ 39. <https://www.boe.es>buscar>id=DOUE-L-2021-80...> (acceso el 9 de mayo de 2022).

<sup>21</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva

el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales.

Por tanto, se puede considerar, que, teniendo el interés legítimo, se pueda considerar infringido únicamente el principio de información respecto al asegurado. Por otra parte, cabe reseñar en la (R.G.P.D. p.: L119/36)<sup>22</sup> en su artículo 6 en su apartado 2 a) que manifiesta

Los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento con respecto al tratamiento, fijando de manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo, con inclusión de otras situaciones específicas.

Al respecto, es muy difícil de señalar puesto que las empresas que mencionen el plazo durante se conservarán los datos, frente a las difíciles posibilidades de diferente tipo. De este modo cabe mencionar el periódico la Vanguardia<sup>23</sup> que menciona

La única manera de eliminar por completo una conversación de WhatsApp es borrando la aplicación. Un programador de iOS ha descubierto que la app de mensajería no borra los chats “eliminados” por los usuarios, sino que los retiene y almacena en el dispositivo.

Por tanto, pueden darse actos de robos de identidades o conductas inadecuadas por parte de terceros, pues que es un gran problema para el asegurado médico privado respecto a su intimidad. De esta forma como manifiesta el artículo 6 apartado d) que señala

---

95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. p.: L119/36. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 9 de mayo de 2022).

<sup>22</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. p.: L119/36. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. (acceso el 9 de mayo de 2022)

<sup>23</sup> <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20160729/403554577740/whatsapp-no-borra-elimina-chats-conversaciones.html>. p.1 (acceso el 10 de mayo de 2022).

el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado

Por otro lado, como manifiesta el autor (Magro Servet, Vicente (2017) La tipificación penal de suplantación de identidad en los medios de las redes sociales". p.1)<sup>24</sup> aporta

La utilización de las redes sociales para causar actos dañinos a terceros es una de las vías de comisión de ilícitos penales más habitual en nuestros días, al punto que nuestro legislador ha tenido que estar fino para evitar que hechos que consideramos rechazables queden fuera del derecho penal y en situación de impunidad. Así, en todas las reformas del Código penal se han realizado esfuerzos por el legislador para ir incluyendo en el texto penal las manifestaciones de hechos considerados ilícitos penales, pero que no tenían un adecuado reflejo en el texto penal. para evitar que se lleven a cabo medidas de ataques a los ciudadanos. Y es que en efecto es sabido que cuando un ciudadano es afectado por ataques en internet y este se dirige a los prestadores de servicios on line resulta muy difícil que se acepten medidas de retiradas en la red.

## **9. LA USURPACIÓN DE IDENTIDAD EN EL WHATSAPP A EFECTOS PENALES EN ESPAÑA**

Al respecto, cabe mencionar la (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica p.90211)<sup>25</sup>, en su artículo 588 ter j que señala

Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial. Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable

---

<sup>24</sup> Magro Servet, Vicente (2017) La tipificación penal de suplantación de identidad en los medios de las redes sociales" Diario La Ley Nº 9005, Sección Doctrina, 21 de junio de 2017. Wolters Kluwers Las Rozas Madrid. p.1

<sup>25</sup> Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Jefatura del Estado. (BOE) Madrid. N. Boletín 239.p.90211. [https://www.boe.es >diario\\_boe>txt](https://www.boe.es >diario_boe>txt). (acceso el 10 de mayo de 2022).

para la investigación, se solicitará del juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión.

Por lo que, los datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios se permite la autorización judicial para descubrir los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónica.

Del mismo modo cabe mencionar la (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.p.90211)<sup>26</sup>, en su artículo 588 ter K que señala

Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 ter e, la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso.

Por lo que, de esta manera se interesará del juez la autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos. Y al mismo tiempo en la (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y

---

<sup>26</sup> Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Jefatura del Estado. (BOE) Madrid. N. Boletín 239.p.90211. [https://www.boe.es >diario\\_boe>txt](https://www.boe.es >diario_boe>txt). (acceso el 10 de mayo de 2022).

la regulación de las medidas de investigación tecnológica. p.90209)<sup>27</sup>, en su artículo 588 ter e manifiesta

Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, al Ministerio Fiscal y a los agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas para facilitar el cumplimiento de los autos de intervención de las telecomunicaciones. Los sujetos requeridos para prestar colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades. Los sujetos obligados que incumplieren los anteriores deberes podrán incurrir en delito de desobediencia.

Por lo que, como manifiesta la (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. p.90209) será la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso como lo manifiesta el artículo 588 ter d apartado c que señala

La localización geográfica del origen o destino de la comunicación.

Y finalmente cabe mencionar en la (Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. p.90210)<sup>28</sup> en su artículo 588 ter l que señala

---

<sup>27</sup> Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Jefatura del Estado. (BOE) Madrid. N. Boletín 239.p.90209. [https://www.boe.es >diario\\_boe>txt](https://www.boe.es >diario_boe>txt). (acceso el 10 de mayo de 2022).

<sup>28</sup> Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Jefatura del Estado. (BOE) Madrid. N. Boletín 239.p.90210. [https://www.boe.es >diario\\_boe>txt](https://www.boe.es >diario_boe>txt). (acceso el 10 de mayo de 2022).

Siempre que en el marco de una investigación no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y este resulte indispensable a los fines de la investigación, los agentes de Policía Judicial podrán valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones. Una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, los agentes de la Policía Judicial podrán solicitar del juez competente la intervención de las comunicaciones. El tribunal dictará resolución motivada.

Por lo cual, será la identificación de la tarjeta donde se está chateando con la aseguradora médica, por medio de los agentes de la policía y, para que no exista usurpación de identidad se podrá a disposición judicial, siempre que el asegurado médico, la empresa aseguradora médica interponga la preceptiva denuncia.

## **10. CONSIDERACIONES FINALES**

En este Siglo XXI, el internet en las cosas y el internet en el cuerpo el uso de las aplicaciones telefónicas o, mediante relojes inteligentes médicas han ganado mucho terreno acercándose las aseguradoras médicas a los clientes, para estar comunicados los pacientes que tienen contratadas las pólizas de seguros mediante chats o, videoconferencias. Así, estos clientes no esperarán llamadas médicas, listas de esperas como ocurre en la Seguridad Social Española. Por lo que, el gobierno español debería utilizar más las nuevas tecnologías y con especial inclusión las Comunidades Autónomas. Puesto, que en la Seguridad Social tanto estatal, como autonómica hay poca inversión respecto a este tipo de plataformas, llevando estos a las antiguas usanzas. Por lo cual, estos medios deberían de aplicarlos, lo mismo que las aseguradoras privadas en España. Por otro lado, estos medios de comunicación están protegidos tanto por la legislación española, como por la legislación europea. Respecto, a la legislación europea por medio de sus herramientas jurídicas y, la legislación española por el ámbito

penal interno, pues cada país aplicará su legislación penal, en caso de usurpación de identidad. Al mismo tiempo, hay que recordar que los seguros privados tienen cobertura en países extracomunitarios es una gran ventaja puesto que España no tiene la cobertura en estos países. Por otro lado, es más ventajoso la cobertura de este tipo de seguros privados en países extracomunitarios puesto que sus usuarios mantendrán su comunicación mediante sus móviles o, relojes inteligentes con los médicos de las aseguradoras, y así redirigirlos a las compañías que tengan cobertura médica en estos países, incluso en la Unión Europea.

## **11. REFERENCIAS**

Bartolomé Martín y Claire Murphy (2020) Derecho de acceso e información desestructurada: ¿acceso o exceso? Diario La Ley, Nº 9755, Sección Tribuna, 16 de diciembre de 2020. Wolters Kluwers Las Rozas Madrid.

De Lecuna, Iztiar (2020) “Aspectos éticos, legales y sociales del uso de la inteligencia artificial y el Big Data en la salud en un contexto de pandemia”. Editorial Universidad de Barcelona.

Magro Servet, Vicente (2017) La tipificación penal de suplantación de identidad en los medios de las redes sociales” Diario La Ley Nº 9005, Sección Doctrina, 21 de junio de 2017. Wolters Kluwers Las Rozas Madrid.

López Calvo, José (2017) “Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos”. Editorial Sepín (Las Rozas). Madrid

## **LEGISLACIÓN EUROPEA Y LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

Decisión de Ejecución (UE) 2021/914 DE LA COMISIÓN de 4 de junio de 2021, de 4 de junio de 2021 relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo. <https://www.boe.es>buscar>id=DOUE-L-2021-80...>

Resolución, de 3 de noviembre de 2020, de la Agencia Española de Protección de Datos. P.S.Nº E/05310/2020 LA LEY 1797/2020.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Jefatura del Estado. (BOE) Madrid. N. Boletín 239. [https://www.boe.es >diario\\_boe>txt](https://www.boe.es >diario_boe>txt).

## **JURISPRUDENCIA**

Tribunal Constitucional 148/2021. Fecha 14/07/2021 (Sala Pleno)  
(Magistrados: Don Juan José González Rivas, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón) Tirant Online TOL 8.518.747. Ecli: ECLI:ES:TC: 2021: 148

Tribunal Supremo (Sala Tercera de lo Contencioso- Administrativo) (Sección 6ª)  
(Ponente: Herrero Pina, Octavio Juan) (Sentencia 1802/2016 de 18 de Julio)  
Rec.1302/2015. ECLI: ES:TS: 2016:3667. LA LEY 88270/2016.

## **PERIÓDICOS**

La vanguardia. generali es /blog/tuasesorsalud/consulta-medica-online

# LA PENA DE MUERTE: ¿VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA?

## THE DEATH PENALTY: VIOLATION OF THE RIGHT TO LIFE?

**Noelia del Pino Alonso Mendoza**

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

### **RESUMEN:**

Este Trabajo de Fin de Grado se fundamenta en un análisis actual de la regulación existente sobre el derecho a la vida y la pena de muerte tanto en Estados Unidos, como en nuestra propia legislación. Del mismo modo, se establece un desarrollo normativo proporcionado por las distintas Organizaciones Internacionales y la Unión europea para la defensa y protección del derecho a la vida frente a la pena de muerte. Asimismo, se analiza si los Estados que aun mantienen la pena de muerte en Estados Unidos violan la Octava Enmienda al aplicar dicho castigo. Por otro lado, se determina el punto actual en el que se encuentra España al tener consagrada en la Constitución una excepción a la pena de muerte para los tiempos de guerra. Por último, se relatan casos relevantes a lo largo de los años en ambos países con el único fin de proporcionar la realidad de este castigo.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la vida, pena de muerte, abolición, vulneración, Derechos Humanos.

Recibido el: 30.09.2023

Aceptado en: 01.11.2023

### **1. INTRODUCCIÓN**

Con el paso de los años y la evolución de la sociedad se ha ido generando cada vez más una controversia sobre la pena de muerte y el derecho a la vida de la que dispone cada ser humano. La cuestión objeto de debate es ver si una pena tan cruel e inhumana como es la pena capital impuesta por la comisión de ciertos delitos es tan justa como para prevalecer sobre un derecho inherente del ser humano como es el derecho a la vida.

Es a raíz de ello, por lo que, tras movimientos abolicionistas, y una era en la que nos encontramos donde los Derechos Humanos es la base fundamental

de una sociedad que avanza, las distintas Organizaciones Internacionales, así como la propia Unión Europea se han visto obligadas a intervenir y marcar ciertos límites en torno a esto. A través de sus distintas propuestas, resoluciones y marcos normativos instan cada día a los Estados que aún mantienen la pena de muerte a que de una vez prohíban este castigo hacia el ser humano o que en cierto modo establezcan una moratoria en cuanto a su uso.

Lo cierto es que, en la actualidad todavía hay quienes defienden que la pena de muerte es un castigo justo en ciertos aspectos, olvidando el respeto al derecho a la vida de cada persona. De este modo, algunos grupos argumentan, como veremos a la largo de este trabajo, que la vigencia de la pena de muerte protege de alguna manera que exista menos delincuencia, mientras que otros, en contraposición a los argumentos anteriores, abogan y justifican el derecho con el que cuenta una persona por el simple hecho de serlo y que no existe ninguna defensa a la hora de arrebatarse la vida a un ciudadano por cometer un delito.

En la siguiente investigación se lleva a cabo un análisis profundo tanto de la pena de muerte como del derecho a la vida a través de una revisión bibliográfica. Sentadas estas premisas los objetivos de esta investigación son establecer una definición clara y concreta del derecho a la vida y la pena de muerte, así como la regulación establecida por la Constitución de Estados Unidos.

Del mismo modo, se muestra que Estados de Estados Unidos siguen manteniendo la pena de muerte vigente, donde se aportan datos y cifras con respecto a esto, así como de que cada vez son más los Estados de Estados Unidos que defienden la abolición de la pena capital y apuestan por la prohibición de esta. Al igual que, analizar las diferentes posiciones de las Organizaciones Internacionales y la Unión Europea en relación con la pena de muerte y no alejarnos de la controversia suscitada entre el derecho a la vida y la pena de muerte que existe actualmente. Con la aportación de casos relevantes a lo largo de la historia, se muestra el peligro que conlleva la imposición de la pena capital.

Finalmente, se pretende comparar la posición actual que mantiene España con respecto a la pena de muerte y el proceso de abolición y la consagración del derecho a la vida en la Constitución de 1978, así como el análisis de distintos casos de relevancia cuando la pena de muerte seguía vigente.

La metodología empleada para la realización de este TFG ha sido a través de una revisión bibliográfica mediante el análisis de artículos y libros jurídicos donde se ha podido comprobar cómo afecta la pena de muerte al derecho a la vida de la persona. De este modo, baso mi análisis en la legislación establecida por los distintos países en torno a la pena de muerte y el derecho a la vida.

Además, para fundamentar este TFG he hecho uso de diversos casos importantes a lo largo de la historia y que han estado marcados por protestas públicas donde se ha reflejado de una manera clara que la pena capital no es un castigo justo. Para ello, me he apoyado en muchas ocasiones en la plataforma Web de Amnistía Internacional que presenta diversos documentos que muestran el problema y punto actual en el que se encuentra la pena de muerte, proporcionando datos sobre ello. Así como de la plataforma web Death Penalty Information Center que proporciona a final de cada año un informe en el cual señala el progreso de los diferentes países en cuanto a la pena capital.

En definitiva, mediante el presente trabajo se pretende llevar a cabo un estudio sobre todas las medidas adoptadas por las Organizaciones Internacionales y la Unión Europea frente a la pena de muerte y, por tanto, defensa del derecho a la vida. Del mismo modo, se hará ver como Estados Unidos, un país altamente desarrollado, sigue permitiendo esta pena capital, aún haciendo referencias en sus leyes la defensa del derecho a la vida.

## **1. ORIGEN Y NACIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

### **1.1 Evolución y significado del Derecho a la vida**

Antes de empezar a adentrarnos en qué consiste el derecho a la vida, habría que mencionar que se trata de un derecho humano consagrado por la

Organización de las Naciones Unidas. Concretamente se encuentra establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 3.

Se debe entender por Derechos Humanos las facultades que se atribuyen a cada ciudadano, reconocidas en primer lugar por el Derecho Internacional y, posteriormente, en muchas ocasiones consagradas en las distintas Constituciones de los diferentes países, para que así sean eficaces en el ordenamiento jurídico interno. Por tanto, el Estado es el principal encargado de velar por la vigencia de los derechos y de facilitar todas las medidas posibles para su protección y que no puedan ser violados. Si bien es cierto que, aunque sean inherentes a cada persona por naturaleza, en la realidad que se vive, tienen que ser reconocidos para que sean cumplidos, ya que como establece Kelsen en la Teoría Pura del Derecho<sup>1</sup>, “una norma es eficaz si, y sólo si, dadas las condiciones de aplicación de la misma, o bien es acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico, o bien los órganos jurídicos aplican la sanción que es parte de dicha norma<sup>2</sup>”.

Los derechos humanos gozan de una serie de características que hacen que se les reconozcan en cada momento. Se puede hablar del principio de universalidad, ya que todos tenemos el mismo derecho a disfrutar de ellos, independientemente de nuestra raza, ideología, religión, etc., sin discriminación alguna. Reconocerlos o no depende de qué orden jurídico rija en los diferentes lugares geográficos. Por tanto, son inalienables ya que no pueden perderse, ni transferirse por propia voluntad. Son irrenunciables, puesto que nadie puede desprenderse de ellos porque se adquieren con el simple hecho de nacer.

Por otro lado, se puede establecer una clasificación de los derechos humanos donde progresivamente se han ido recogiendo en cada una de las distintas generaciones los diferentes derechos según su nacimiento e importancia.

---

<sup>1</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 25.

<sup>2</sup> CALVO SOLER R., “La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del derecho”, *Isonomía*, 2007, nº 27, págs. 171-191.

En primer lugar, la primera generación surge con la Revolución Francesa y se encuentra determinada por los llamados derechos civiles y políticos. “Vienen considerados como derechos de defensa de las libertades del individuo, que exigen la auto limitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa<sup>3</sup>”. Aquí se enmarca el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, etc. En segundo lugar, la segunda generación es el resultado de la Revolución Industrial, -donde se empiezan a incluir los llamados “derechos colectivos”, es decir, los económicos, sociales y culturales. Son los derechos de participación, que demandan de los poderes públicos una participación activa para que garanticen su ejercicio, los cuales se realizan mediante la prestación de los servicios públicos y técnicas jurídicas<sup>4</sup>.

Por otro lado, se establece la tercera generación y surgen como respuesta a las necesidades de apoyo entre todos los pueblos. Esta generación de derechos es conocida como “derechos del pueblo o de la solidaridad” y se encuentra determinada por el derecho a la paz, al progreso de una vida digna, entre otros. Por último, es preciso mencionar una cuarta generación que se encuentra presente desde hace unos años atrás, donde se empieza a observar el gran auge de las tecnologías e innovaciones y, por tanto, surge la necesidad en la sociedad de regular los distintos derechos y libertades que poseen los ciudadanos con respecto a las tecnologías.

“La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones de los seres humanos con la naturaleza, las relaciones de los seres humanos entre sí y la relación del ser humano para consigo mismo. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos. Se han producido importantes desarrollos y mejoras en las condiciones vitales de la humanidad, contribuyendo a reforzar, en ocasiones, el disfrute y ejercicio de determinados derechos; pero como reverso a estos avances, determinados usos o abusos tecnológicos han supuesto una grave amenaza para las libertades, lo que ha

---

<sup>3</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 84 ss.

<sup>4</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 84 ss.

exigido la formulación de nuevos derechos o actualización y adecuación a los nuevos retos de los instrumentos de garantía de derechos ya existentes<sup>5</sup>". Cada Estado se ha visto obligado a regular este uso de la tecnología para la defensa de sus intereses y de sus ciudadanos a modo de protegerlos de los graves perjuicios en los que se pueden ver envueltos. A modo de ejemplo, esta generación estaría definida por el derecho a la seguridad digital, el derecho de cada persona a acceder a sus datos personales, etc.

Después de haber puesto en contexto qué son los Derechos Humanos, el objeto de este trabajo se centrará concretamente en el derecho a la vida. Antes de concretar en el concepto del "derecho a la vida", hay que realizar una pregunta, ¿qué se entiende por vida? Por vida se puede entender el derecho que tiene cada persona a existir física y biológicamente, encontrándonos en un estado de actividad constante.

El derecho a la vida sigue siendo hoy en día un concepto difícil de definir, ya que no existe una definición clara acerca de este derecho. Es tan sumamente importante para todos que se les brinda una protección prioritaria frente a otros, puesto que una vez se nos acabe este derecho, nada ni nadie, ni siquiera nuestro propio Estado puede devolver la posibilidad de volver a disfrutar de la vida. Por ello, se considera un daño irreparable para cada uno de los ciudadanos, siendo su violación irreversible, porque en tal caso desaparecería el titular del derecho, es decir, los seres humanos. Este derecho puede entender como el condicionante previo de todos los derechos humanos.

En relación con este derecho, al no definirse un concepto universal del derecho a la vida, hay varias opiniones al respecto. Cada persona, según su punto de vista y sus pensamientos, cree que existe derecho a la vida, y por tanto existe el ser humano, desde la concepción o en contraposición a esta idea, otros piensan que no se puede hablar de vida humana hasta que el embrión haya llegado hasta cierta fase o incluso haya nacido y adquiera personalidad jurídica.

---

<sup>5</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., "Las generaciones de los derechos humanos", *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 2013, vol. 2, nº.1, págs. 170-196.

Así, de este modo, J. Silva considera que el embrión es persona desde que tiene alma humana, y tiene alma humana desde la concepción<sup>6</sup>.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, atendiendo a sus sentencias, ha definido el derecho a la vida “como un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. Debido al carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él<sup>7</sup>”. Por tanto, a partir de esta definición, se puede afirmar que el derecho a la vida se puede considerar el más importante de todos los derechos garantizados a los seres humanos, teniendo indirectamente más poder frente a los demás. Sin una vida digna, no podrán ser reconocidos los demás derechos.

Se puede establecer que existen cinco formas de concebir el derecho a la vida que son, “el derecho a vivir, a permanecer con vida, otra forma sugiere que este derecho consiste en el derecho a vivir bien, o vivir con dignidad; una tercera propone entender que el derecho a la vida consiste en el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato; otra establece una forma de entender el derecho a la vida simplemente como el derecho a que no

---

<sup>6</sup> SILVA MACLVER, J., "El nasciturus y el derecho a la vida", *Revista de Derecho Público*, n°57/58, enero-diciembre, Santiago, 1995, pág. 186

<sup>7</sup> CORTE IDH Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de Fondo. 19 de noviembre 1999. Serie C No. 63; CORTE IDH Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de Fondo, reparaciones y costas. 6 de abril de 2006. Serie C No. 147; CORTE IDH Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de Fondo. 1 de julio de 2006. Serie C No. 148; CORTE IDH Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; CORTE IDH Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. 5 de julio de 2006. Serie C No. 150; CORTE IDH Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.

nos maten y por último, una postura suscribe la idea de que este derecho consiste en que no nos maten arbitrariamente<sup>8</sup>”.

De estas formas de entender el derecho a la vida, nos vamos a centrar en el derecho a vivir con dignidad, ya que, constituye uno de los pilares fundamentales del derecho a la vida y en general, de todos los derechos humanos, dado que la existencia y reconocimiento de la dignidad a los individuos, les da un mayor reconocimiento en la sociedad.

La dignidad humana constituye el valor que tiene una persona interiormente, siendo exclusiva para cada uno. La dignidad humana aparece regulada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la que se establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros<sup>9</sup>”.

En la actualidad, tener más o menos dignidad no depende del cargo que ostente el individuo, ya que esto era una condición en la Edad Media<sup>10</sup>. “Esta dignidad dependía exclusivamente del cargo, por lo que las relaciones sociales o jurídicas dejarían de estar afectadas por tales exigencias una vez abandonado<sup>11</sup>”. Además, en la sociedad que vivimos ahora nadie es superior al otro, sino que cada ser humano es valioso por sí mismo. Por tanto, como cada persona tiene un valor considerado en la sociedad, nadie puede ser privado de algún derecho que le es inherente por el simple hecho de nacer.

Con relación a esto, “Kant defiende un concepto utilitarista de la dignidad al basarla en la esencia misma de la persona. Con este concepto, Kant supera cualquier objeción que se pueda poner al fundamento de la dignidad y

---

<sup>8</sup> FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R. “Concepto de derecho a la vida”, *Ius et Praxis*, nº 14, vol. 1, 2008, págs. 261-300.

<sup>9</sup> United Nations. La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas.

<sup>10</sup> MEGÍAS QUIRÓS, J., “Dignidad, universalidad y derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 22, 2005, págs. 247-263.

<sup>11</sup> MEGÍAS QUIRÓS, J., “Dignidad, universalidad y derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 22, 2005, págs. 247-263.

proporciona una base desde la cual siempre será posible su defensa al ser ésta inherente al ser humano<sup>12</sup>”.

La dignidad es un presupuesto que nos ayuda a desarrollarnos como individuos, nos hace ser unos diferentes de otros, pero todos aceptados por igual. Lo único que nos iguala es la naturaleza de la que provenimos, donde de esta deriva y viene implícita la dignidad atribuida a cada uno de nosotros.

Por tanto, desde el punto de vista de la ontología, todo ser humano posee dignidad, por el simple hecho de ser existir. Como dice Spaemann, “es una idea relativamente tardía la de que el hombre como tal y por antonomasia tiene una dignidad que debe ser respetada y que no depende de determinadas funciones<sup>13</sup>”.

Considerando todo lo anterior, le toca a la autoridad la defensa y a impedir que existan normas por las que pueda ser violada la dignidad por terceros, ya que cada uno tiene derecho al respeto de la misma y que se tenga en cuenta en cada decisión tomada por los poderes públicos. Ciertamente es que muchas veces los poderes públicos no velan porque esto se cumpla, contradiciendo normas a la hora de tomar las decisiones.

Un caso muy reciente, centrándonos en España, es por ejemplo la gestión de la pandemia del COVID -19, afectando en mayor medida a las personas mayores, en el que se han visto vulnerados la dignidad y derecho a la vida de estos, entre otros. Es verdad que en la Constitución española la dignidad humana no se establece dentro de los derechos fundamentales, pero cuando se entiende conectado con alguno de los derechos fundamentales, como puede ser con el derecho a la vida en este caso, adquiere la firmeza necesaria para entender que puede ser violado, ya que es una norma, especialmente contemplada en el artículo 10 de la Constitución Española, estableciendo que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre

---

<sup>12</sup> MIRANDA GONCALVES R., “La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19”, *Revista Justiça do Direito*, nº2, vol. 34, 2020, pág. 152

<sup>13</sup> MEGÍAS QUIRÓS, J., “Dignidad, universalidad y derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 22, 2005, págs. 247-263.

desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social<sup>14</sup>.

Aunque tanto en la Declaración de los Derechos Humanos como en la Constitución española se establezca la dignidad humana como un valor respetable, está claro que, como bien señala Rubén Miranda “se ha comprobado que esta pandemia no entiende de raza, sexo, posición social o económica, etc., y ha afectado a todos por igual, pero sí que ha afectado de diferente forma a personas mayores o dependientes, quienes no han aguantado con la misma fuerza y quienes requerían una atención urgente y especializada<sup>15</sup>”. A parte, nos hace referencia al sufrimiento que pasaron sus familiares al no poder acompañar a sus enfermos en los últimos días de su vida.

Como bien se señaló anteriormente, la dignidad y el derecho a la vida tienen que ser garantizados por las autoridades poniendo, en este caso, todos los instrumentos necesarios para poder salvaguardar en la medida de lo posible la salud de esas personas que fueron mayormente afectadas. Aquí no se trata de diferenciar personas por edades o si tienen mayor riesgo de muerte o no, se trata de entender que todas las personas tenemos en las mismas condiciones que los demás, los mismos derechos y respeto a nuestra vida y dignidad, sin que nadie nos pueda privar de esto por una razón injustificada.

Como menciona Rubén Miranda, “negarle asistencia sanitaria o, simplemente, descartársela por razón de edad, es una discriminación y un atentado contra los derechos humanos. En modo alguno el acceso a los recursos sanitarios puede depender de la edad, pues todos los seres humanos tienen los mismos derechos<sup>16</sup>”.

---

<sup>14</sup> Constitución Española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

<sup>15</sup> MIRANDA GONCALVES R., “La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19”, *Revista Justiça do Direito*, nº2, vol. 34, 2020, pág. 167.

<sup>16</sup> MIRANDA GONCALVES R., “La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19”, *Revista Justiça do Direito*, nº2, vol. 34, 2020, pág. 168.

## **2. CONSAGRACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA POR PARTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS**

La Carta de las Naciones Unidas es el tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas la cual establece los principales propósitos y principios de la organización, así como las reglas de su funcionamiento. Fue firmada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año.

Como objetivos principales de la Carta se encuentran el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, la promoción del desarrollo económico y social, la protección de los derechos humanos y el respeto al derecho internacional. Si bien es cierto que no regula concretamente el derecho a la vida, pero establece la promoción y respeto de todos los derechos humanos como una base fundamental de la ONU y en su preámbulo dispone que se preservarán a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos del hombre y mujer y de las naciones grandes y pequeñas<sup>17</sup>.

Posteriormente, se adopta en el año 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con fecha de 10 de diciembre. Esta Declaración contiene el derecho a la vida, concretamente establecido en su artículo 3, donde se señala que “toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal<sup>18</sup>”. La Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye un documento importante en la protección y promoción de los derechos humanos a nivel internacional y ha sido adoptada por la mayoría de los países del mundo. Lo que viene a especificar este artículo es que los Estados tienen la obligación de proteger la vida de sus ciudadanos y tomar todas las medidas que sean necesarias para prevenir sus posibles violaciones venideras.

Por otro lado, la protección del derecho a la vida viene recogido en otros documentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

---

<sup>17</sup> United Nations. Preámbulo | Naciones Unidas.

<sup>18</sup> Naciones Unidas. La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas.

Políticos, de 16 de diciembre de 1966, estableciendo en su artículo 6 que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente<sup>19</sup>”. Asimismo, en este artículo se hace referencia a que los países que aun contemplen la pena de muerte únicamente solo podrán aplicarla para los delitos más graves y siempre ajustándose a las leyes que en ese debido momento se encuentren en vigor y que no sean contradictorias al presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Años más tarde, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el año 1989 y entró en vigor en 1991. Este Protocolo fue complementario al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que establece los puntos para que los Estados que lo han ratificado tengan que abolir la pena de muerte definitivamente. Esto queda reflejado en su preámbulo y en su artículo 1 que “la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y desarrollar progresivamente los derechos humanos y que cada uno de los Estados parte adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción<sup>20</sup>”. La adopción de este Protocolo demuestra una vez más el interés internacional que existe por parte de los Estados que han abolido la pena capital, de proteger la vida y que la pena de muerte quede limitada a nivel universal.

Por otra parte, es preciso mencionar la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, aprobada el 22 de noviembre de 1969 entrando en vigor a fecha de 18 de julio de 1978. Es en el artículo 4 donde se hace una apreciación sobre el derecho a la vida, estableciendo que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción y por ello, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente<sup>21</sup>”.

---

<sup>19</sup> Pacto internacional de derechos civiles y políticos, United Nations; 2014. p. 57–81.

<sup>20</sup> Segundo protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos, destinado a abolir la pena de muerte, United Nations; p. 89-92.

<sup>21</sup> Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José).

## 2.1 Reflexiones sobre el Derecho a la vida en la doctrina

La proclamación del derecho a la vida tuvo un papel fundamental cuando fue recogida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aunque, es un derecho que corresponde a cada individuo por el simple hecho de nacer en la sociedad, su regulación fue la clave para evitar que numerosos países que aplicaban la pena de muerte a sus ciudadanos o a determinadas razas o grupos étnicos dejaran de realizar esos castigos muchas veces sin verdaderas justificaciones.

En palabras de Benito de Castro de Cid, la vida es un hecho, y por tanto, es un derecho de conservación y defensa, que corresponde a todos los individuos humanos vivientes y que ha de ser objeto de protección por parte de los ordenamientos jurídicos<sup>22</sup>. Además, el autor contempla que solo se puede hablar de derechos humanos cuando exista una persona con total capacidad para poder ejercerlos.

Para Benito de Castro existen dos dimensiones en las que se proyecta el derecho a la vida, una positiva y otra negativa. Haciendo referencia a la primera, indica que es responsabilidad de los gobernantes de la sociedad salvaguardar la vida de sus habitantes contra cualquier agresión que puedan sufrir de cualquier tipo, tanto de una catástrofe, como de un ataque de fuerzas armadas<sup>23</sup>.

Asimismo, establece que los poderes públicos deben garantizar los elementos necesarios para que las personas puedan subsistir y desarrollarse en la sociedad en la que viven, ayudando con las necesidades básicas cuando algunos de ellos no tengan los suficientes recursos necesarios para poder vivir bien.

Desde la perspectiva negativa, el autor la considera como la exigencia de que nadie pueda atentar injustificadamente, de forma directa o indirecta contra la vida de otro ser humano<sup>24</sup>. En este punto, se encuentra también la situación

---

<sup>22</sup> DE CASTRO CID, B., *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Ed. Universitas, Madrid, 2003, págs. 258-259.

<sup>23</sup> DE CASTRO CID, B., *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Ed. Universitas, Madrid, 2003, pág. 259.

<sup>24</sup> DE CASTRO CID, B., *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Ed. Universitas, Madrid, 2003, pág. 259.

de que el propio individuo no atente contra su propia vida, como puede ser el suicidio.

Por otro lado, como ya se ha mencionado anteriormente, se califica este derecho como primario, por cuanto, sin la existencia de este reconocimiento a la persona, nadie será capaz de ostentar la titularidad de ningún otro, considerándose, por ende, inderogable, sin que se pueda eliminar bajo ninguna condición.

Por consiguiente, se puede enlazar el derecho a la vida con la pena de muerte, considerando que, con el paso de los años, la evolución del ser humano en el aspecto racional y la derogación de la pena de muerte ha perdido relevancia y los debates sobre si es justa o no esta medida cada vez son menores. Aun así, siguen existiendo grupos de personas que consideran justo este castigo para delitos de gran relevancia. No obstante, todo esto no ha sido suficiente para derogar esta medida en todos los países del mundo y tampoco para evitar que países que ya la han eliminado se planteen de nuevo la implantación de esta pena.

### **3. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y LA PENA DE MUERTE EN ESTADOS UNIDOS**

#### **3.1 El Derecho a la vida en Estados Unidos**

##### ***3.1.1. Fundamento legal y constitucional del Derecho a la vida***

El derecho a la vida constituye un concepto fundamental en los Estados Unidos, protegido por la Constitución y por las distintas leyes que existen en el distrito federal y en los estados. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos fue adoptada en 1776 y es un documento fundamental en su historia. En ella se establece que “todos los hombres son creados iguales, que son dotados por su Creador con ciertos derechos inalienables, entre los cuales se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad<sup>25</sup>”.

---

<sup>25</sup> La declaración de Independencia [Internet]. National Archives. 2016.

Por otro lado, en la Constitución de Estados Unidos, el derecho a la vida se encuentra protegido por la Enmienda XIV aprobada en el año 1868 para proteger los derechos de los ciudadanos de distintas razas y garantizar de ese modo la igualdad ante la ley. Se recoge que "ningún estado privará a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal<sup>26</sup>". El principal motivo de la fundación de la Decimocuarta Enmienda fue proteger a la población de la discriminación que sufren a diario por motivos étnicos, raza, procedencia y género, así como establecer a los estados una cláusula prohibiendo privar la libertad o la propiedad de una forma condicional y sin el debido proceso legal en condiciones<sup>27</sup>.

Esto fue una ampliación, ya que la Quinta Enmienda contiene desde un principio la cláusula sobre el debido proceso legal, pero solo aplicable contra el gobierno federal.

Con respecto al derecho a la vida, la Enmienda XIV de la Constitución de Estados Unidos ha sido interpretada por la Corte Suprema de los Estados Unidos como una garantía del derecho a la vida. Esto se debe a que la cláusula de debido proceso legal protege a las personas de ser privadas de sus derechos sin que se haga un juicio justo y equitativo con todas las garantías.

"La XIV Enmienda incluye una cláusula que garantiza la igual protección de las leyes. Esta cláusula no es directamente aplicable contra el gobierno federal. Sin embargo, el Tribunal ha sostenido que esta cláusula de igual protección resulta incorporada contra el gobierno federal por la cláusula del Proceso Debido de la Quinta Enmienda<sup>28</sup>".

Además, la Corte Suprema en el caso *Furman v. Georgia* (1972)<sup>29</sup>, declaró que la pena de muerte era inconstitucional en su forma actual porque se aplicaba de manera arbitraria y discriminatoria, por lo que se puede entender que

---

<sup>26</sup> Constitutional Convention. 14th amendment [Internet]. LII / Legal Information Institute.

<sup>27</sup> MANUEL VÁZQUEZ C., "La protección de los derechos en el sistema federal de los estados unidos", *Revista Vasca de Administración Pública*, RVAP 82, 2008, vol. 82, págs. 299–316.

<sup>28</sup> BOLLING V. SHARPE, 347 U.S. 497, 500 (1954) («A la vista de nuestro fallo de que la Constitución prohíbe a los estados el mantenimiento de la segregación racial en las escuelas públicas, sería impensable que la propia Constitución impusiera una obligación menor al Gobierno Federal».).

<sup>29</sup> FURMAN V. GEORGIA, 408 U.S. 238 (1972).

la Corte interpretó la XIV Enmienda como una garantía del derecho a la vida, especialmente en el contexto de la pena de muerte.

Asimismo, el derecho a la vida está protegido por leyes federales y estatales. Por ejemplo, la Ley de Derechos Civiles de 1964 que fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos y firmada por el presidente Lyndon B. Johnson el 2 de julio de 1964<sup>30</sup> y la Ley de Estadounidenses con Discapacidades de 1990 prohíben la discriminación basada en la edad, la raza, el género y la discapacidad, y aseguran del mismo modo que todas las personas tengan igualdad de acceso a todos los servicios y recursos necesarios para garantizar su derecho a la vida.

### **3.1.2 Interpretación y controversias**

El derecho a la vida es un derecho fundamental y universal, el cual ha sido reconocido y apoyado desde hace muchos años por la mayoría de los países y organizaciones internacionales. Sin embargo, su interpretación y aplicación se ha encontrado con numerosas controversias en torno a la pena de muerte.

Se pueden encontrar posiciones contradictorias en cuanto a la pena de muerte, quienes la defienden o quienes la apoyan. Entre los argumentos en contra de la pena de muerte existe la posibilidad de que se cometan errores judiciales que son irreversibles, por no establecerse un procedimiento justo y ajustado a derecho para cada uno de los acusados por un delito, produciéndose así la condena y la ejecución de una persona que pueda ser inocente, como ya ha ocurrido en muchas ocasiones. Además, es aplicada de manera desproporcionada a las personas de bajos ingresos, minorías étnicas o religiosas. A parte, estas personas, poseen menos recursos para hacer frente a los gastos generados en los procesos judiciales, por lo que, como es lógico, tendrán mucha más probabilidad de ser condenadas. Por lo tanto, queda demostrado que se trata de un castigo discriminatorio y que no es aplicado de una forma justa para todos los que cometan delitos graves.

---

<sup>30</sup> Ley de Derechos Civiles Promulgada por el presidente Lyndon Johnson en EUA.

Se sostiene que la pena de muerte es en muchas ocasiones una forma de venganza en lugar de establecer una pena justa y humana. Asimismo, y lo que más se tiene en cuenta para alegar que la pena de muerte tiene que ser ilegal, es que viola el derecho a la vida que posee cada persona y es incompatible con los derechos humanos y valores democráticos.

Por otro lado, quienes defienden de la pena de muerte se justifican en que es una forma adecuada de sancionar a los acusados que han cometido esos delitos graves, así como argumentar que la pena de muerte es necesaria para proteger a la sociedad y a las víctimas de delitos violentos, tales como asesinatos, violaciones, etc. Pero lo verdaderamente cierto es que ha quedado demostrado que la imposición de esta pena no disuade contra los crímenes.

Si hablamos del costo económico que supone condenar a una persona a pena de muerte y los recursos utilizados para ello, queda acreditado que son procedimientos largos, por toda la investigación y pruebas aportadas por parte de la defensa, invirtiéndose así una gran cantidad económica en cada procedimiento. Por esta razón, sería lógico pensar que estos recursos deberían ser destinados a otras formas de castigo y prevención de los delitos.

En cualquier caso, la polémica generada durante todos estos años en torno a la pena de muerte ha llevado a concienciar a muchos países y a abolirla o establecer una moratoria en su uso. Aun así, la controversia generada sobre la pena de muerte sigue siendo un tema importante en el mundo en general y seguirá siendo objeto debate en el futuro.

## **3.2 La pena de muerte en Estados Unidos**

### ***3.2.1 Fundamento legal y constitucional de la pena de muerte***

La pena de muerte en Estados Unidos encuentra su fundamento legal en la Constitución y en las distintas leyes tanto federales como estatales. Aunque la pena de muerte no se encuentra expresamente prohibida en la Constitución de los Estados Unidos, siendo legal en 27 Estados, se puede ver reflejado como existe cierta alusión en la Octava Enmienda, donde se recoge que “no se pueden

imponer castigos crueles e inhumanos<sup>31</sup>”, por lo que se puede deducir que la pena de muerte puede llegar a ser inconstitucional si es aplicada en su momento de una manera inusual, cruel o desproporcionada con el delito cometido.

Fue en 1976, donde la Corte Suprema en el caso *Gregg v. Georgia* dictaminó en su sentencia que no siempre la pena de muerte es inconstitucional y, por lo tanto, no se produce la violación de la Octava Enmienda, siempre y cuando sea aplicada de una manera justa y razonable, proporcionando cada Estado medidas procesales donde quede garantizada la justicia y el juicio al que será cometido el investigado en cada caso. Además de que la pena de muerte debe ser proporcional el tipo de delito cometido<sup>32</sup>.

En un primer momento, el Tribunal Supremo únicamente toleraba como prohibidas aquellas penas así lo estaban en el momento colonial<sup>33</sup>, como las torturas. Fue por primera vez en el caso *Wilkinson v. Utah* donde el Tribunal Supremo se tuvo que enfrentar a la constitucionalidad de la Octava Enmienda en relación con la pena de muerte, haciendo solamente mención de la tortura.

Posteriormente, se puede observar en *In re Kemmler*<sup>34</sup>, donde se hizo una nueva interpretación considerando crueles los métodos que emplean la tortura del condenado, así como un proceso donde se tenga una muerte lenta y sufridora. Además, añade que son constitucionales otro tipo de técnicas para la aplicar el castigo capital, como la electrocución<sup>35</sup>. Por lo que, “quedó determinado que todas aquellas que no llegaran a significar tortura, como por ejemplo el ahorcamiento, la silla eléctrica o el gas letal, serían constitucionales a ojos de la Octava Enmienda<sup>36</sup>”.

---

<sup>31</sup> Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.

<sup>32</sup> Sobre la proporcionalidad de los derechos fundamentales, vid. MIRANDA GONÇALVES, R.; “Consideraciones sobre el principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales: mención especial a la videovigilancia masiva”, *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 8, n. 2, 2021, pp. 1-18.

<sup>33</sup> BISHOP, J. P., *Commentaries on the Criminal Law*, Boston: Little, Brown, 1923.

<sup>34</sup> *In re Kemmler*, 136 U.S. 436 (1890)

<sup>35</sup> SCOTT, R.G., *The history of capital Punishment, including an examination of the case for and against the Death Penalty*, Londres, Torchstream Books, 1950.

<sup>36</sup> ANDERSON, R., "Criminal Law and procedure", *Criminal Law Review*, Nueva York, Vol. V, 1957.

Pero, se deja claro que la Octava Enmienda debe ser interpretada depende del momento en el que nos encontremos, ya que puede ser que lo que antiguamente no se consideraba como cruel e inhumano, con el paso de los años y el avance de la sociedad puede ser considerado de tal manera.

### ***3.2.2 Estadísticas de aplicación y tendencias sobre la pena de muerte***

En muchos Estados se castigan a personas a muerte por delitos relacionados con las drogas, mientras que otros aplican esta pena también a delitos de asesinato y terrorismo. A parte, menores de 18 años son ejecutados, estando esta práctica prohibida por la Unión Europea, en la que establece que los países que mantengan la pena de muerte no pueden condenarlos a muerte en tales casos, establecido así como una regla mínima exigida; son ejecutados ciudadanos con discapacidades, tanto físicas como intelectuales, aparte de que se ven vulneradas normas de derecho internacional.

El año 2022 termina según el último informe elaborado por el Centro de Información sobre la Pena de Muerte como uno de los años en los que menos se han llevado a cabo las diferentes ejecuciones programadas, donde los diferentes Estados han evitado por diferentes circunstancias la pena de muerte.

En ese año se dejan datos favorables tales como que por “octavo año consecutivo con menos de 30 ejecuciones y 50 nuevas condenas a muerte, Ejecuciones chapuceras y errores de protocolo provocan detenciones en Alabama y Tennessee y Ejecuciones muy concentradas en pocas jurisdicciones: más de la mitad en Oklahoma y Texas<sup>37</sup>”.

Se puede citar a modo de ejemplo al Estado de Oregón, donde su gobernadora Kate Brown, el 13 de diciembre de 2022, anunció la conmutación de las penas capitales de los 17 presos condenados a muerte y dio instrucciones a los funcionarios penitenciarios para que comenzaran a dismantelar la cámara de ejecución del Estado. Las conmutaciones completaron lo que ella llamó la "casi abolición" de la pena de muerte por parte de la legislatura estatal en 2019<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> La pena de muerte en 2022: Informe de fin de año, Death Penalty Information Center, 2022.

<sup>38</sup> La pena de muerte en 2022: Informe de fin de año, Death Penalty Information Center, 2022.

Asimismo, el corredor de la muerte vio reducido su tamaño por vigésimo primer año consecutivo a causa de las pocas condenas, incluso antes de que Brown conmutara las sentencias de los presos anteriormente señalados<sup>39</sup>.

A tenor de lo anterior, varios Estados, entre los que se encuentran Carolina del Sur, Alabama e Tennessee, Idaho, no pudieron llevar a cabo las ejecuciones programadas debidos a problemas surgidos justo en el momento de realizarlas, tales como fallos al colocar vías intravenosas e inyectar los químicos letales, incapacidades de los expertos en realizar las ejecuciones, etc. Debido a esos problemas, las ejecuciones se vieron suspendidas.

En este informe, se puede observar como 18 de las ejecuciones resultan preocupantes por la forma de aplicar la pena capital y los distintos métodos para realizarla. En este caso, se encontraban condenados con enfermedades mentales graves, daños cerebrales, discapacidades intelectuales e incluso, posibles inocentes.

Por otro lado, California promulgó la Ley de Justicia Racial para Todos, una medida que aplicó retroactivamente la Ley de Justicia Racial 2020 del Estado a los presos ya sentenciados a muerte y otros condenados por delitos graves. A partir del 1 de enero de 2023, la ley ampliada permite a los condenados a muerte impugnar las condenas obtenidas o las sentencias impuestas “por motivos de raza, etnia u origen nacional <sup>40</sup>”. Esto supone un avance y un reconocimiento por parte de este Estado, que existen presos condenados a pena de muerte por motivos raciales y no porque realmente puedan ser autores de los delitos imputados a cada uno.

También Kentucky se une al Estado de Ohio, y aprueba una exención de enfermedades mentales graves, salvo la pena de muerte para las personas que estén afectadas por enfermedades mentales muy graves. Ohio, aprobó esta exención en el año 2021.

---

<sup>39</sup> La pena de muerte en 2022: Informe de fin de año, Death Penalty Information Center, 2022.

<sup>40</sup> La pena de muerte en 2022: Informe de fin de año, Death Penalty Information Center, 2022.

Además, queda relatado que desde el caso Furman v. Georgia se han producido más de 9700 sentencias de muerte hasta el 1 de enero de 2021. Se señala que la mayoría de las ejecuciones se llevan a cabo en ámbitos geográficos de una manera desproporcionada que realizan prácticas inusuales y faltas de procesos judiciales justos para sus condenados.

### **3.3 Estados de Estados Unidos que mantienen la pena de muerte**

Hay que destacar que, durante unos años, Estados Unidos formó parte de esos grupos de países que consideraban la pena de muerte ilícita y por tanto la acabaron aboliendo. Fue en el año 1972 donde la Corte Suprema consideró dicha pena como ilegal, implantando esta medida a nivel estatal y federal, pero tan solo 5 años después permitió que varios Estados pudieran aplicarla de nuevo, siendo finalmente en el año 1988 donde el gobierno de ese momento adoptó posible la pena en todos los estados federales.

Actualmente Estados Unidos se encuentra formado por 50 Estados, un Distrito Federal, que en este caso es Washington, y Estados asociados. De todos estos Estados un total de 27 siguen aplicando la pena de muerte, entre los que se encuentran Alabama, Arizona, Arkansas, California, Carolina del Sur, Carolina del Norte, Dakota del Sur, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Luisiana, Mississippi, Misuri, Montana, Nebraska, Nevada, Ohio, Oklahoma, Oregón, Pensilvania, Tennessee, Texas, Utah y Wyoming.

Por otro lado, de los Estados que ya han abolido dicha pena, hay que destacar uno, el Estado de Virginia, donde el 24 de marzo de 2021 se proclamó como el primer estado del sur en abolir la pena de muerte. Fue su exgobernador Ralph Northam quién firmó esta ley y donde manifestó en dicho acto que “el sistema de pena de muerte es fundamentalmente defectuoso: no es equitativo, es ineficaz y no tiene cabida en esta Commonwealth ni en este país. Virginia ha estado a pocos días de ejecutar a personas inocentes, y los acusados negros han sido condenados a muerte de manera desproporcionada. Abolir esta práctica inhumana es lo moral que hay que hacer. Este es un día verdaderamente histórico para Virginia, y estoy profundamente agradecido a quienes han luchado

incansablemente y durante generaciones para poner fin a la pena capital en nuestra Commonwealth<sup>41</sup>".

En este acto se reiteran en que la pena de muerte ha llevado a condenar a muchos inocentes y en la mayoría de los casos era mayor la probabilidad de condenar a personas de raza negra que a los de raza blanca, lo que denota la existente brecha de desigualdad que hoy en día sigue habiendo entre ambas. Esto ya se ha venido advirtiendo desde años anteriores, donde la sentencia del caso Furman v. Georgia, ya había señalado que "la aplicación de la pena de muerte ha sido desigual: gran parte de los ejecutados han sido pobres, jóvenes e ignorantes<sup>42</sup>", no solo centrándose en las diferentes razas, si no en las diferentes posiciones económicas en la sociedad.

Un dato importante es que esta ley se aprobó por unanimidad en el Parlamento, lo que lleva a pensar que la sociedad está en constante evolución y son más conscientes de que estas prácticas abusivas sobre las personas no son justas ni deberían ser permisivas.

Virginia ha sido proclamada como uno de los Estados de EE. UU. donde más se ha condenado a la pena capital, dejando datos excesivos entre los que se pueden señalar que, a lo largo de su historia, han sido 1300 personas ejecutadas y, por otro lado, en el siglo pasado, 296 de los 377<sup>43</sup> acusados que se ejecutaron eran negros, siendo más de la mitad. También es importante señalar que la primera muerte llevada a cabo mediante esta pena fue en el año 1622, donde Daniel Frank fue condenado por un delito de robo.

En contradicción a lo anterior según un informe de Amnistía Internacional, en lo que se lleva de año se han producido cuatro ejecuciones, dos de ellas en Texas, una en Oklahoma y una en Misuri. Estos tres estados juntos son responsables del 50% de todas las ejecuciones llevadas a cabo en Estados Unidos desde 1976<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup>Governor northam signs law repealing death penalty in Virginia.

<sup>42</sup>Pena de muerte en estados unidos Reflexiones en torno al caso Atkins v. Virginia.

<sup>43</sup> Governor northam signs law repealing death penalty in Virginia.

<sup>44</sup> Amnistía Internacional, "Se lleva a cabo la segunda ejecución en Texas en 2023".

Concretamente una de las ejecuciones en Texas se produjo el 1 de febrero donde se condenó a Wesley Ruiz en 2008 por asesinar a un policía cuando le perseguían. El jurado lo declaró culpable de asesinato punible con la pena capital, delito castigado con la muerte o con cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional<sup>45</sup>. Ante estos casos, el jurado debe demostrar que existe una probabilidad elevada de que el acusado pueda cometer cualquier otra amenaza en la sociedad, aunque se encuentre en prisión o lo que es lo mismo, que exista peligrosidad futura.

En este caso, un experto presentado por la fiscalía declaró que tras diez años de prisión del acusado se le aplicaría una medida menos restrictiva y sería puesto con los demás reclusos. Sin embargo, esto fue un fallo, debido a que en 2005 se adoptó una norma en la que todos los que sean declarados culpables de asesinato punible con la pena capital y condenadas a la cadena perpetua sin libertad condicional, no se les podría aplicar en ningún caso una medida menos restrictiva. Aunque en otros casos debido al error, se anularon penas de muerte, con Wesley Ruiz no se hizo justicia, denegando la Corte de Apelaciones en lo Penal de Texas su alegación exponiendo que contenía errores de procedimiento.

Tras varios intentos de alegaciones por parte de los abogados del acusado aportando pruebas de que existía un sesgo racial por parte de miembros del jurado y que la acusación había aportado falsos testimonios contra Wesley Ruiz, la Corte de Apelaciones en lo Penal de Texas rechazó cualquiera de ellas por diversos motivos que no en ocasiones no se fundamentaban.

Con este informe relatado por Amnistía Internacional, fiel defensora de los Derechos Humanos queda clara la evidencia de que la mayoría de las ejecuciones siguen estando afectadas por la gran discriminación racial que existe en esos Estados, no siendo justos en ningún momento con los acusados y lo que supone un gran y evidente atraso conforme a los demás países que han decidido abolir la pena de muerte y velar por los derechos de su población.

---

<sup>45</sup> Amnistía Internacional, "Se lleva a cabo la segunda ejecución en Texas en 2023".

Otro caso de gran relevancia en el mundo es el de Walter “Johnny D.” McMillian, condenado a muerte en Alabama, Estados Unidos, en el año 1988 por cometer un supuesto asesinato de una joven blanca llamada Ronda Morrison, quien fue asesinada en 1986 en Monroeville, Alabama.

En este caso, McMillian fue puesto en el corredor de la muerte antes de su juicio cuando aún no había sido culpado por ningún delito, pasando 15 meses angustiosos y tortuosos en el corredor de la muerte de Alabama antes del juicio<sup>46</sup>. McMillian fue condenado en 1988 y sentenciado a muerte. Su condena fue basada en el testimonio de un testigo que posteriormente se descubrió que había mentado bajo juramento. Además, se demostró que la fiscalía en ese momento retuvo información que probaba la inocencia de McMillian.

En el año 1991, la Corte Suprema de Alabama tras descubrirse que los fiscales habían estado ocultando las pruebas que demostraban la inocencia durante la celebración del juicio original, anuló la condena de McMillian y ordenó un nuevo juicio. Por lo que, después de años de lucha legal, incluyendo apelaciones y presentaciones de pruebas de su inocencia, McMillian fue absuelto y puesto en libertad en 1993 tras pasar seis años en el corredor de la muerte. La absolución se produjo después de que la Corte Suprema de Alabama anuló su condena original debido a que se descubrió que los fiscales habían ocultado pruebas exculpatorias en el juicio original.

La evidencia exculpatoria presentada en su caso demostró que McMillian había sido incriminado erróneamente una vez más, por motivos raciales y aun sabiendo cual era la verdadera identidad del asesino, conocida ésta por las autoridades en ese momento, pero habían ignorado esa información y formulado un caso contra McMillian.

Por lo que se demuestra una vez más que el caso de McMillian fue uno de muchos en Alabama y en todo Estados Unidos que destacó la injusticia en el sistema de justicia penal, particularmente para personas de color y personas de bajos ingresos.

---

<sup>46</sup> McMillian W. Walter McMillian, Equal Justice Initiative.

## 4. POSICIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

### 4.1 La Organización de las Naciones Unidas frente a la pena de muerte

La posición de la Organización de las Naciones Unidas sobre la pena de muerte es clara y es evidente que las Naciones Unidas se opone a la pena de muerte en todo momento y en todas las circunstancias. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, adoptada en 1948, estipula en su artículo 3, que "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona<sup>47</sup>", lo cual es respaldado por varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Además, la ONU ha adoptado varias resoluciones que analizaremos a continuación, donde instan a los estados miembros a abolir la pena de muerte, las cuales establecen que la pena de muerte es incompatible con la dignidad y derechos humanos y ha trabajado para promover la abolición de la pena de muerte en todo el mundo.

Si nos remitimos a años atrás, se puede ver como en la Resolución 2857, de 20 de diciembre de 1971, se afirma que "para garantizar plenamente el derecho a la vida consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el objetivo principal que debe buscarse es reducir progresivamente el número de delitos a los que se pueda imponer la pena capital, habida cuenta de la conveniencia de abolir esa pena en todos los países. La Asamblea reafirmó ese objetivo en la resolución 32/61, de 8 de diciembre de 1977, en la que también expresó la conveniencia de que las Naciones Unidas prosiguieran y ampliaran el examen de la cuestión de la pena capital<sup>48</sup>".

En diciembre 2007 la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 62/149 que instaba a todos los estados miembros a "establecer una moratoria sobre la ejecución de la pena de muerte con miras a abolirla". En esta Resolución se establece que la pena de muerte es un menoscabo para la dignidad humana y que por tanto su abolición traería un gran progreso en la defensa del derecho

---

<sup>47</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas.

<sup>48</sup> Amnistía Internacional, Informe del secretario general de la ONU sobre la aplicación de la resolución 62/149 de la Asamblea General, Moratoria sobre el uso de la pena de muerte, 2008.

a la vida de cada ciudadano, ya que como se menciona “no hay pruebas concluyentes del valor de la pena de muerte como elemento disuasorio, y que todo error judicial o denegación de justicia en la ejecución de la pena de muerte es irreversible e irreparable<sup>49</sup>”.

Lo que se expresa en esta Resolución es “exhortar a todos los Estados que todavía mantienen la pena de muerte a que, respeten las normas internacionales que establecen salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a muerte, en particular las normas mínimas, estipuladas en el anexo de la resolución 1984/50 del Consejo Económico y Social, de 25 de mayo de 1984; faciliten al Secretario General información sobre el uso de la pena de muerte y la observancia de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a muerte; limiten progresivamente el uso de la pena de muerte y reduzcan el número de delitos por los que se puede imponer esa pena y establezcan una moratoria de las ejecuciones, con miras a abolir la pena de muerte<sup>50</sup>”. Asimismo, solicitan a los países abolicionistas de la pena de muerte que no la reintroduzcan más en sus ordenamientos jurídicos.

Desde la adopción de la Resolución 62/149 se realizó un informe por el Secretario General de la ONU donde se recoge que tras la aprobación varios países iniciaron el proceso para abolir la pena capital, entre los que podemos mencionar a “Polonia que en 2008 comenzó el proceso de ratificación del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el 19 de mayo de 2008, el Parlamento de Letonia aprobó una ley por la que se autorizaba la ratificación del Protocolo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; el Gobierno de Cuba informó de que el 28 de abril de 2008 el Presidente conmutó un gran número de condenas a muerte por penas de prisión. Según Amnistía Internacional, aproximadamente 50 personas fueron indultadas, y sólo tres seguían condenadas a muerte<sup>51</sup>”.

---

<sup>49</sup> Resolución 62/149 Moratoria sobre el uso de la pena de muerte.

<sup>50</sup> Resolución 62/149 Moratoria sobre el uso de la pena de muerte.

<sup>51</sup> Amnistía Internacional, Informe del secretario general de la ONU sobre la aplicación de la resolución 62/149 de la Asamblea General, Moratoria sobre el uso de la pena de muerte, 2008.

En el informe elaborado por el Secretario General de la ONU se detalla que la aplicación de la pena de muerte solo puede ser impuesta para los delitos más graves y que, por tanto, se fijará para los que lleven aparejadas circunstancias muy graves. Esto queda reflejado por la Comisión de Derechos Humanos donde se puede observar en distintas resoluciones sobre la pena de muerte que el concepto de “más graves delitos” tiene que estar “limitado a los delitos intencionales con consecuencias fatales o extremadamente graves y porque no se imponga la pena de muerte por actos no violentos como los delitos financieros, la práctica religiosa o la expresión de convicciones y las relaciones sexuales entre adultos que consienten en el acto, o como pena preceptiva<sup>52</sup>”.

También queda reflejado en su informe presentado al Consejo de Derechos Humanos en su quinto período de sesiones, celebrado en marzo de 2008, el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias examinó en profundidad el concepto de “más graves delitos” y llegó a la conclusión de que “la pena de muerte sólo se puede imponer en casos en que se ha demostrado que hubo una intención de matar que tuvo por consecuencia la pérdida de vida<sup>53</sup>”.

Posteriormente, se han seguido adoptando resoluciones en relación con la 62/149, como pueden ser la Resolución 63/206, de diciembre de 2008, la Resolución 69/186, de diciembre de 2014, la Resolución 75/2020. En todas ellas se refleja el deseo por parte de la ONU a instar a los países con la pena de muerte a que decidan abolirla definitivamente.

Por otro lado, la ONU con respecto a esta pena se ha pronunciado a través de diversos discursos donde intentan concienciar a los distintos países que aún la siguen aplicando que se trata de una tortura humana y cruel que atenta contra la vida de las personas, en muchas ocasiones de manera injusta.

Es el propio Secretario General de la ONU, Antonio Guterres, quién dio un discurso con motivo del Día Mundial contra la pena de muerte, el día 10 de

---

<sup>52</sup> Resolución 2005/59, Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos.

<sup>53</sup> Informe del Relator Especial, Philip Alston, sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, A/HRC/4/20, 2007.

octubre de 2021. En él plasma que esta pena afecta en su gran mayoría a la población discriminada, marginada y pobre de los diferentes países.

En su mensaje deja claro que la pena de muerte no tiene ninguna justificación en el siglo XXI y que supone un atraso, lo que conlleva a que la sociedad sea menos justa e inclusiva con todos los diferentes grupos de personas. Asimismo, en palabras de Antonio Guterres<sup>54</sup>, establece que la ONU seguirá luchando para que esta práctica abusiva deje de practicarse a nivel mundial, estableciendo todas las medidas necesarias y cooperando con los distintos países.

#### **4.1.1 Europa ante la pena de muerte**

A nivel europeo se puede observar como uno de sus principales objetivos es erradicar la pena capital de manera universal, estableciendo unas normas mínimas sobre la pena de muerte para aquellos países donde siga existiendo. Prohíbe rotundamente la pena capital a las personas que no hayan cumplido los 18 años en el momento de la comisión del delito; a las mujeres embarazadas o con hijos pequeños; a las personas que no estén en posesión de sus facultades mentales<sup>55</sup>. Cabe mencionar también una norma primordial con respecto a la pena de muerte y es que sólo se podrá imponer en los casos en los que exista una culpabilidad probada mediante pruebas claras y concisas sobre los hechos producidos.

En Europa se fundó la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y su Protocolo número 6. La Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se firmó el 4 de noviembre de 1950 en Roma, entrando en vigor años después, concretamente el 3 de septiembre de 1953. El Convenio Europeo ha sido una inspiración en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que fue proclamada por la Asamblea General de las

---

<sup>54</sup> Guterres A. Secretary-General's message on the World Day Against Death Penalty, New York: United Nations; 2021.

<sup>55</sup> Directrices de la UE sobre la pena de muerte (consultado el día 24 de marzo de 2023), Disponible en:

[https://www.eedas.europa.eu/sites/default/files/08\\_dh\\_directrices\\_pena\\_de\\_muerte\\_es\\_unfinishe\\_d\\_-\\_notes.pdf](https://www.eedas.europa.eu/sites/default/files/08_dh_directrices_pena_de_muerte_es_unfinishe_d_-_notes.pdf)

Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. En él se establecen derechos y libertades pertenecientes a los ciudadanos y que entran en coalición con la pena de muerte, tales como el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas ni tratos inhumanos o penas degradantes, entre otros.

Este Convenio ha sido ampliado con protocolos adicionales para desarrollar y modificar el Convenio inicial y aportar mejores garantías a lo largo de los años. Entre todos ellos, es importante mencionar el Protocolo número 6 que supone la abolición de la pena de muerte. Es desde su artículo 1 donde se establece que “queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado<sup>56</sup>”. Posteriormente en su artículo 2 se establece que solo en tiempos de guerra o peligro de guerra se podrá aplicar esta pena, siempre de acuerdo con lo dispuesto por su legislación vigente, siendo necesaria la previa comunicación al secretario general del Consejo de Europa. Además, este protocolo fue ampliado por el Protocolo número 13, que fue firmado por todos los Estados miembros de la UE y entró en vigor el 1 de julio de 2003, y obliga a todos los Estados miembros afectados a la abolición definitiva de la pena de muerte en todas las circunstancias<sup>57</sup>, no pudiéndose aplicar tampoco en tiempos de guerra.

En el año 2007, el Comité de Ministros del Consejo de Europa declaró el Día Mundial contra la pena de muerte, que se conmemoraría el 10 de octubre de cada año. Por lo que, el 10 de octubre de 2022 el Alto Representante, en nombre de la Unión Europea, y de la secretaria general del Consejo de Europa realizó una declaración contra esta pena.

En ella instan a los Estados que aún siguen conservando la pena de muerte a que inicien una moratoria en la pena de muerte como un paso para su definitiva abolición. Señala esta declaración que una minoría de dieciocho Estados, el 9 % del total de los Estados miembros de las Naciones Unidas, siguió

---

<sup>56</sup> Protocolo número 6 al convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) relativo a la abolición de la pena de muerte - fundación acción pro-derechos humanos).

<sup>57</sup> BOU FRANCH, V., “Protocolo número 13: primer tratado internacional que abole la pena de muerte en todas las circunstancias”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº. 2, vol. 54, 2002, págs. 1012-1018.

llevando a cabo ejecuciones en 2021<sup>58</sup>, por lo que cada vez son más países los que dejan atrás esas prácticas abusivas e inhumanas que no impiden que haya menos crímenes.

En ella señalan que Bielorrusia, único país del continente europeo que sigue conservando la pena de muerte, ha realizado una reforma en su código penal donde amplía la pena de muerte para actos terroristas en grado de tentativa<sup>59</sup>, así como Singapur, Irán, Arabia Saudí, que han aumentado el número de ejecuciones con respecto a otros años.

Al contrario de esto, se señala que Kazajistán ratificó el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tiene como objetivo abolir la pena de muerte a nivel mundial. Asimismo, tanto Papúa Nueva Guinea, la República Centroafricana y Guinea Ecuatorial han abolido definitivamente la pena de muerte en 2021.

En esta declaración se anima a los países a adherirse a una iniciativa propuesta por Argentina, la Unión Europea y Mongolia llamada “Alianza por el comercio libre de tortura”, creada el 18 de septiembre de 2017, en la que su objetivo es evitar el comercio de bienes utilizados para llevar a cabo la pena de muerte, poniendo dificultades para que así sea más complicado obtenerlos. Actualmente está formada por sesenta y dos países, entre los que se encuentra España.

El propósito de esta alianza global es hacer que sea significativamente más difícil obtener productos destinados a ejecutar la pena de muerte y cometer tortura. Por ello, los países firmaron esta alianza para tomar medidas para controlar y restringir las exportaciones de estos bienes, intercambiar prácticas sobre cómo cerrar este comercio, establecer una plataforma de seguimiento e intercambio de información, para que las autoridades aduaneras puedan ver los flujos comerciales e identificar nuevos productos y brindar asistencia técnica

---

<sup>58</sup> Día Europeo y Mundial contra la Pena de Muerte, 10 de octubre de 2022: Declaración conjunta del Alto Representante, en nombre de la Unión Europea, y de la secretaria general del Consejo de Europa.

<sup>59</sup> Día Europeo y Mundial contra la Pena de Muerte, 10 de octubre de 2022: Declaración conjunta del Alto Representante, en nombre de la Unión Europea, y de la secretaria general del Consejo de Europa.

entre los países de la Alianza, para ayudarlos a implementar la legislación nacional<sup>60</sup>.

Es preciso destacar que antes de la formación de la “Alianza por el comercio libre de tortura”, la Unión Europea aprobó el reglamento 1236/2005 el 27 de junio de 2005 sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>61</sup>. Es en su artículo 1 donde señala que “el presente Reglamento establece las normas comunitarias que rigen el comercio con terceros países de productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como el comercio de la asistencia técnica relacionada<sup>62</sup>”

Asimismo, Europa ha tomado medidas en relación con la deportación de personas que se encuentran en países comunitarios a otros que aun contemplen la pena de muerte en su marco normativo y corran el riesgo de ser condenadas a ella. Así lo establece en el artículo 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en donde se establece que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes<sup>63</sup>”. El objetivo de este principio es garantizar la protección de los derechos humanos fundamentales de las personas y prevenir situaciones en las que las puedan ser sometidas a tratos inhumanos o degradantes. Así mismo queda reflejado en la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa

---

<sup>60</sup> Torture Free Trade.

<sup>61</sup> Reglamento nº 1236/2005 del Consejo de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Diario Oficial de la Unión Europea, 30 de julio de 2005, núm. 200, págs. 1-19.

<sup>62</sup> Reglamento nº 1236/2005 del Consejo de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Diario Oficial de la Unión Europea, 30 de julio de 2005, núm. 200, págs. 1-19.

<sup>63</sup> Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007) - fundación acción pro derechos humanos.

a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros<sup>64</sup>.

## 5. ANÁLISIS DE LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA Y SU ABOLICIÓN

### 5.1 Proceso de abolición de la pena de muerte hasta la democracia

En un primer momento, la pena de muerte en España durante los siglos XII y XIII se aplicaba a delitos como el parricidio, el homicidio de parientes, el aborto y la traición e incendio, siendo castigados mediante la lapidación, enterrar a las personas con vida, con la crucifixión o dejarlos morir de hambre o de sed. Asimismo, la muerte en garrote aparece en el siglo XII, siendo aplicada de manera más efectiva a lo largo del siglo XIII.

La muerte en garrote “se operaba mediante un simple palo derecho con un orificio en su extremo superior, a través del cual se hacía pasar una doble cuerda que formaba un nudo corredizo en torno al cuello del reo, que moría estrangulado<sup>65</sup>”.

Todo ello comenzó a cambiar “cuando a mediados del siglo XIII, la incidencia del pensamiento de la Ilustración en el campo punitivo determinó lo que Tomás y Valiente ha llamado la humanización del Derecho penal<sup>66</sup>”. Con esto se intentaba poner fin a esos castigos inhumanos y visibilizar que la prisión es una mejor alternativa a la pena de muerte.

Durante la redacción del primer Código penal español se tuvo en consideración la posibilidad de eliminar completamente y regular que la pena de muerte no estuviera permitida, sin lograr como es obvio ningún avance. Es por ello, que, con la promulgación del Código penal de 1822, se recogió en su artículo 28 que la persona que fuera condenada a pena de muerte solo sufriría su muerte mediante el garrote, sin ningún tipo de tortura adicional. La pena capital aparece

---

<sup>64</sup> Decisión Marco del Consejo (2002/584/JAI) de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18 de julio de 2002, núm. 190, págs. 1-18.

<sup>65</sup> LANDROVE DÍAZ, G., “La abolición de la pena de muerte en España”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Sección doctrinal, Fascículo 1, 1981, pág. 19.

<sup>66</sup> TOMAS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, pág. 408.

recogida en el Capítulo III, concretamente en el artículo 28 que queda redactado de la siguiente forma:

“A ningún delito, ni por ningunas circunstancias, excepto en los casos reservados a los fueros eclesiástico y militar, se aplicarán en España otras penas que las siguientes. Penas corporales. Primera. La de muerte (...) en relación con el artículo 38 que completa su regulación al establecer que el reo condenado a muerte sufrirá en todos casos la de garrote, sin tortura alguna ni otra mortificación previa de la persona, sino en los términos prescritos en este capítulo<sup>67</sup>”.

Sin embargo, la vigencia de este Código duró un año, debido a que España volvió al sistema absolutista en 1823 suponiendo la “desaparición de la vida jurídica nacional y el retorno a las modalidades ejecutivas anteriores, concretamente la horca e incluso la muerte por el fuego de los herejes y el culleun. No obstante, la pena de muerte de la horca fue abolida en 1828 por Real Cédula de 28 de abril, dictada por Fernando VII. En ella se prescribe la ejecución en favor del garrote y se hace una distinción de carácter puramente formal, en cuanto a la puesta en escena, ya que el instrumento y la técnica de dar muerte son idénticos; garrote ordinario, para individuos del estado llano; garrote vil, para delitos infamantes; garrote noble, para los hijosdalgos<sup>68</sup>”.

Posteriormente, entró en vigor un nuevo Código Penal en 1848, en el que se redacta que no habrá ninguna distinción en cuanto a la aplicación de la pena de garrote la cual se aplicará para los delitos comunes. Pero se establece una novedad, al introducir el fusilamiento para los militares. Este último Código fue sustituido por uno en 1870, pero mantuvo en todo momento las mismas disposiciones sobre la pena de muerte que el anterior.

Años después el país comenzó a revolucionarse con movimientos abolicionistas, ya que consideraban que las ejecuciones de los reos de manera pública no eran justas y por supuesto, no eran justificables. Por ello, el 9 de abril de 1900 se constituyó la Ley Pulido que otorgó al artículo 102 del Código Penal

---

<sup>67</sup> ESPAÑA, *Código Penal Español Decretado Por Las Cortes En 8 De junio, Sancionado Por El Rey Y Mandado Promulgar En 9 De Julio De 1822*, Imprenta Nacional, Madrid, 1822, pág. 7.

<sup>68</sup> LANDROVE DÍAZ, G., “La abolición de la pena de muerte en España”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Sección doctrinal, Fascículo 1, 1981, pág. 21.

una nueva redacción, donde se establece que la pena de muerte se hará de día y en un sitio adecuado de prisión donde se encuentre el preso<sup>69</sup>. Cabe mencionar, que el nombre de la Ley se debe a que fue él quien propuso acabar con que las ejecuciones se llevaran a cabo como un acto público.

Posteriormente, con el proceso de la Segunda República se produjo de manera contundente el proceso abolicionista, consiguiendo por fin el triunfo de hacer desaparecer del Código penal de 1932 la pena de muerte<sup>70</sup>. No obstante, dos años más tarde y debido a un aumento considerable de delincuencia y criminalidad, se introdujo la Ley de 11 de octubre de 1934, donde se imponía nuevamente la pena capital para ciertos delitos de terrorismo y bandolerismo.

Durante la Guerra Civil, que tuvo lugar entre los años 1936 y 1939, y con la aprobación de la Ley franquista de 5 de julio de 1938 se reintrodujo nuevamente al Código penal la pena de muerte, la cual se aplicaba de manera excesiva sin control alguno, utilizada en su mayor medida para ejecutar a tanto políticos como ciudadanos en contra de la dictadura. Sin embargo, en 1944 se elaboró otro Código Penal, que establecía que la pena de muerte solo se ejecutaría mediante garrote<sup>71</sup>, por lo que la situación empezó a normalizarse de cierta manera. Tanto fue así que se aprobó un Reglamento de Servicios de Prisiones españoles en 1956, donde se limitaba el uso de la pena de muerte, además de dejar de estar prevista como una pena única, así como prohibirse otra vez las ejecuciones de manera pública que volvieron a permitirse tras la Guerra Civil.

Antes de continuar con el proceso de abolición de la pena de muerte en España, hay que hacer una mención a la legislación penal militar española. La pena de muerte fue recogida por primera vez en la legislación militar en 17 de julio de 1945, cuando se aprobó el Código de Justicia Militar, donde se establecía esta pena como única para infracciones graves, como puede ser la sedición

---

<sup>69</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La abolición de la pena de muerte en España", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Sección doctrinal, Fascículo 1, 1981, pág. 22.

<sup>70</sup> BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en España: Historia de su abolición", *Doctrina penal*, nº6 Buenos Aires, 1980, págs. 207 y ss.

<sup>71</sup> LANDROVE DÍAZ, G., "La abolición de la pena de muerte en España", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Sección doctrinal, Fascículo 1, 1981, pág. 22.

militar, traición, entre otras. “La fórmula más frecuente en la legislación castrense era la de pena de treinta años de reclusión a muerte<sup>72</sup>”, siendo el fusilamiento la modalidad que empleaban para los militares, como ya se mencionó anteriormente.

También en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante del 22 de diciembre de 1955<sup>73</sup>, y en la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964<sup>74</sup>, se establecía la pena capital.

Tras la muerte del dictador Franco en 1975, se produjo en España un proceso que conllevó la democratización del país. Con esto, el 25 de noviembre de 1975, “se promulgó un indulto general con el que quedaron conmutadas todas las penas de muerte impuestas por delitos cometidos con anterioridad a dicha moratoria<sup>75</sup>”. Con la redacción de la actual Constitución española, siendo la legislación en la que se basará el país como norma suprema del Ordenamiento jurídico, queda recogido en su artículo 15 que:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra<sup>76</sup>”.

De cierto modo, queda claro que la Constitución está prohibiendo la pena de muerte siempre y cuando se encuentre vigente la Constitución, ya que la guerra en tal situación se regiría por otro tipo de reglas no previstas en ella. “En el ámbito punitivo, este hecho produce consecuencias muy trascendentes en la historia penal española ya que supone la supresión a nivel constitucional, por

---

<sup>72</sup> LANDROVE DÍAZ, G. “La abolición de la pena de muerte en España”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Sección doctrinal, Fascículo 1, 1981, pág. 22.

<sup>73</sup> Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. Boletín Oficial del Estado, número 359, (25 de diciembre de 1955).

<sup>74</sup> Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea. Boletín Oficial del Estado, número 311, (24 de diciembre de 1964).

<sup>75</sup> LANDROVE DÍAZ, G., “La abolición de la pena de muerte en España”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Sección doctrinal, Fascículo 1, 1981, pág. 26.

<sup>76</sup> Constitución española. Boletín Oficial del Estado, número 311, (29 de diciembre de 1978).

vez primera en el país, de la pena de muerte, y no sólo en la jurisdicción común, sino también en la militar en tiempos de paz<sup>77</sup>.

Años más tarde y con la entrada en vigor de la Constitución el 29 de diciembre de 1978 surgieron varias leyes penales que supusieron de nuevo un gran cambio al país. Por ejemplo, es de relevancia mencionar la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, que supuso otra modificación del Código de Justicia Militar, limitando aún de forma más notoria la aplicación de la pena de muerte y las consecuencias que conlleva; la Ley Orgánica 8/1980, de 25 de junio, en la que se modificó parcialmente el Código Penal vigente con relación a delitos que tuvieran relación con el derecho a la vida.

Al establecerse en el artículo 15 de la Constitución que solo se aplicaría la pena de muerte en tiempos de guerra, resultó necesario modificar al antes mencionado Código de Justicia Militar y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, por lo que se aprobó el Real-Decreto Ley 45/1978, de 21 de diciembre, donde se establece en sus dos artículos que *“los artículos del Código de Justicia Militar en que se establece como única pena la de muerte, se modifican en el sentido de que, salvo en tiempos de guerra, queda sustituida dicha pena por la de treinta años de reclusión<sup>78</sup>”* además de que, en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante y la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea se señala que la pena será la de treinta años de reclusión, salvo periodos de guerra.

Posteriormente, se aprobó un Código Penal Militar el 1985, aprobado por la Ley 13/1985, de 9 de diciembre, en sustitución al Código de Justicia Militar de 1945, en el cual se establecía las infracciones que podían ser castigadas con este tipo de pena, así como incluyó otros delitos más penados con la pena capital. Es por ello, por lo que España a la hora de firmar y ratificar el Segundo Protocolo Facultativo se vio obligado a establecer una reserva al artículo 2.1, ya que en su Constitución se podía aplicar la pena de muerte en tiempos de guerra y para delitos graves.

---

<sup>77</sup> BARBERO SANTOS, M., “La pena de muerte en la Constitución”, *Revista de ciencias sociales*, nº42, 1981, pág. 51.

<sup>78</sup> Real Decreto-ley 45/1978, de 21 de diciembre por el que se reforma el Código de Justicia Militar, la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. (Boletín Oficial del Estado, número 306 23 de diciembre de 1978).

Por último, aunque la Constitución contemple en la redacción del artículo 15 que la pena de muerte puede ser aplicada en tiempos de guerra, se aprobó por las Cortes Generales de España una Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, que conllevó la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, así como incluyendo de manera expresa la prohibición de la pena de muerte en el ámbito militar, aun cuando fueran tiempos de guerra. Esto supuso la eliminación total de cualquier referencia sobre la pena capital.

Esta Ley supuso la completa abolición de la pena de muerte en España, ya que hasta la fecha solo estaba abolida en el ámbito penal pero no militar. Así, España pudo adherirse al Protocolo Número 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde se establece que la pena de muerte queda abolida en todas las circunstancias.

### ***5.1.1 Análisis del artículo 15 de la Constitución española***

El artículo 15 de la Constitución española es uno de los artículos más importantes de nuestra Carta Magna, en la que se reconoce un derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral de las personas, quedando protegido de esta manera por los poderes públicos, lo que ha consagrado la abolición de la pena de muerte en España.

Como es sabido, el artículo 15 proclamó con la entrada en vigor de la Constitución la abolición de la pena de muerte en el país. Si bien es cierto que no se produjo de manera total, ya que seguía vigente en la legislación militar, aunque posteriormente entró en vigor la Ley Orgánica 11/1995, derogándola de forma total. A pesar de esto, no se ha producido modificación alguna de la Constitución, por lo que la abolición de la pena capital en la legislación militar no queda garantizada de forma constitucional, teniendo que acudir a leyes extraconstitucionales para su regulación.

No obstante, el artículo 15 presenta otros problemas, ya que desde un primer momento se reconoce el derecho a la vida como uno de los derechos fundamentales de nuestra Constitución, pero siempre manteniendo la posibilidad de en los tiempos de guerra se pudiera privar de este derecho a los ciudadanos. Lo que produce una grave contradicción reflejada en un texto constitucional de

gran importancia y que no debería conllevar a disposiciones imprecisas más aún, cuando se trata de un derecho tan importante como es la vida.

Otro problema viene a la hora de interpretar a qué se refiere la expresión “en tiempos de guerra”, es por ello, por lo que el artículo 63.3 de la Constitución establece que estaremos “en tiempos de guerra” cuando sea declarado por el Rey, previa autorización por las Cortes Generales. Pero el problema surge cuando acudimos al Código Penal Militar de 2012, en la que se utiliza otra expresión, “en tiempos de conflicto armado”.

El Comité Internacional de la Cruz Roja en su dictamen de marzo de 2008 declaró que “conflicto armado es aquel en el que se enfrentan dos o más Estados recurriendo a la fuerza armada, sin tener en consideración las razones o la intensidad del enfrentamiento. Y, además, añadió este Comité que no era necesaria una declaración oficial de guerra o un reconocimiento de dicha situación por las partes<sup>79</sup>”.

Que queda evidenciado el grave error en el que incurre el legislador al establecer este precepto, ya que, por un lado, la Constitución pretende que se declare de forma formal que se ha iniciado una guerra, mientras que, el Código Penal Militar de 2015 se basa solamente con que exista un enfrentamiento armado, entre otros Estados con España.

Es por ello, que para evitar todo tipo de problemas futuros “sería imprescindible que el Parlamento español emprenda la reforma del art. 15 CE siguiendo el mecanismo establecido por el art. 168 de la propia Constitución española, con la finalidad de derogar esta excepción y así dotar de mayor coherencia a todo el ordenamiento jurídico de dicho Estado<sup>80</sup>”.

### ***5.1.2 Actual posicionamiento del país sobre la pena de muerte al tenerla consagrada como una excepción en la Constitución***

Como ha quedado evidenciado en los apartados anteriores, tras la abolición de la pena de muerte tras la proclamación de la Constitución, España

---

<sup>79</sup>Dictamen del Comité internacional de la Cruz Roja sobre “¿Cuál es la definición de conflicto armado según el derecho Internacional Humanitario?”, marzo de 2008.

<sup>80</sup> OLIVER OLMO, P., “La pena de muerte en España”, *Síntesis*, Madrid, 2008, p. 246-248.

se ha mostrado en todo momento firme en su posición, siendo fiel defensora de la abolición de la pena de muerte de a nivel mundial. Asimismo, queda reflejado que España forma parte de los principales e importantes tratados internacionales que defienden y promueven tanto el derecho que tienen los ciudadanos a que se les reconozca sus derechos humanos y que los poderes públicos velen por su protección, como a los que apoyan la abolición de la pena capital. Entre los que forma parte se encuentran la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Europea de Derechos Humanos, todos ellos mencionados y explicados en el Capítulo I y II.

También como apoyo internacional, España forma parte de la Coalición Mundial contra la Pena de Muerte, formada por organizaciones que abalan por la abolición de la pena capital. Se creó el 13 de mayo de 2002 en Roma, formada por más de 150 organizaciones.

Se encarga de promover tanto a nivel regional como nacional la creación de coaliciones en contra de la pena de muerte, así como de organizar eventos para sensibilizar y concienciar a la opinión pública. En 2022, el lema fue "La pena de muerte, un camino pavimentado de tortura". Se trata de reflexionar en la relación que existe entre la pena de muerte y la tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Por otro lado, por iniciativa de España y Suiza se creó la Comisión Internacional contra la Pena de muerte el 7 de octubre de 2010. España es el principal contribuyente como reflejo del compromiso de nuestro país con la abolición universal de la pena capital y la promoción y protección de los derechos humanos.

La finalidad de esta organización es la de promover la abolición de la pena de muerte, incitando en cierta manera a los Estados que la mantienen a iniciar por fin reformas legislativas. Asimismo, se preocupa en mayor medida por las ejecuciones sufridas a grupos vulnerables como son los menores de edad, colectivo LGTIQ+, mujeres, etc. En sus sesiones se abordan temas como el apoyo a la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la moratoria del uso de la pena de muerte, también mencionada anteriormente.

En este sentido, España se ha pronunciado mediante discursos reiterando en el Día Mundial contra la Pena de muerte su oposición a esta. En él queda relatado que España seguirá luchando contra la pena capital de forma activa, siendo siempre una prioridad en la política española para que se respete el derecho a la vida, insistiendo a que se restrinja y se apliquen moratorias al uso de esta pena, llegando a producirse su absoluta abolición.

## **5.2 Análisis de casos relevantes españoles sucedidos al tiempo de la pena de muerte**

Antes de producirse la abolición de la pena de muerte en España, se dictó por parte de los tribunales de varias decisiones que han sido importantes a lo largo de los años. Decisiones que han hecho que la sociedad evolucione al comprobarse los errores cometidos. Cabe recordar que estos juicios y sentencias se dictaron de acuerdo con el contexto de la época en donde se permitía la pena de muerte en España y no reflejan en ningún momento la posición actual de los tribunales españoles con respecto a esta pena.

Salvador Puig Antich fue un joven anarquista catalán que fue condenado a muerte y brutalmente ejecutado el 2 de marzo de 1974 mediante garrote vil durante la dictadura de Franco. Esta fue la última ejecución en España. Su juicio se convirtió en un símbolo de la lucha contra la tiranía y la opresión del gobierno, y su ejecución provocó gran controversia y muchas protestas en el país.

Puig Antich fue detenido en 1973 tras un tiroteo en el que se le acusó de asesinar un Subinspector del Cuerpo General de Policía. Fue juzgado y condenado a muerte según sentencia emitida por el Juzgado Militar Permanente número 1 en Barcelona, juzgado que no era el competente. Este proceso ha sido ampliamente criticado debido a las irregularidades y violaciones a los derechos humanos que ocurrieron durante el proceso, como la violación del derecho de defensa por no aceptarse la declaración de unos testigos médicos que se encontraban en el momento de los disparos, la falta de garantías procesales y la ausencia de un juicio justo y transparente al existir documentos dudosos sobre la culpabilidad de Salvador y que se establecieran la verdad. A pesar numerosas

protestas y pedidos de clemencia de muchas organizaciones y personalidades, el gobierno de Franco decidió ejecutarlo.

Por otro lado, otro caso de gran relevancia es el de Francisco Granado y Joaquín Delgado, ejecutados por garrote vil en 1963 en una prisión de Carabanchel. Sus cuerpos fueron enterrados sin avisar a sus familias, dejándolos en una fosa del cementerio de Carabanchel. Ambos fueron acusados de un atentado terrorista, donde se colocaron dos bombas en la Sección de Pasaportes de la Dirección General Seguridad de Madrid, que acabó con 20 personas heridas, y posteriormente en la Delegación Nacional de Sindicatos causando solo daños materiales.

Desde el primer momento negaron haber cometido ese atentado, pero tras varios días sometidos a torturas por parte de inspectores, se declararon culpables a fin de que cesaran esas conductas contra ellos. El Consejo de Guerra, sin más pruebas y aun negando su culpabilidad los condenó a muerte.

Lo cierto es que, años más tarde se descubrió a los verdaderos culpables de aquel atentado mediante un documental emitido por un canal francés “Arte”, donde hacía público los nombres y uno de ellos reconocía haberlo hecho relatando que “Sergio se marchó para la frontera y yo me quedé en Madrid. Tuve la sorpresa verdaderamente profunda de que habían arrestado a 2 compañeros y que les habían inculpado por un hecho que no habían hecho. Fuimos nosotros los que lo hicimos. Habíamos ido a hacer ruido y estando allí los habían acusado... No los conocíamos. Y no sólo los acusaban... sino que querían matarlos... Para mí fue algo que.... No puedo contar...<sup>81</sup>”.

Además, el que fuera coordinador de Defensa Interior en aquel año, confesó públicamente que ni Granado ni Delgado habían sido los autores, Granado tan solo se encontraba en ese lugar porque tenía encargada la misión de recoger una maleta con explosivos para entregarla a otra persona que cometiera el atentado.

---

<sup>81</sup> Recuerda República, documento memoria [Internet]. Los ANARQUISTAS FRANCISCO GRANADO y JOAQUÍN DELGADO, fueron ASESINADOS a GARROTE VIL por franco en 1963, acusados de terrorismo. Eran INOCENTES

Lo que queda claro y evidenciado con respecto estos dos casos, el de Salvador Puig Antich y el de Granado y Delgado es lo que se ha explicado en el Capítulo II de este trabajo, demostrando una vez más que los que son condenados a penas de muerte no han sido juzgados mediante procesos justos, donde existan todas las pruebas necesarias de la comisión del delito para que quede acreditado que ese investigado lo ha cometido y que, por tanto, en esos tiempos se le condenaba a pena de muerte. Se buscaba cualquier persona inocente para que pagara por los delitos cometidos por otra, sometiéndola incluso a tratos inhumanos como las torturas, para que en un momento de no poder más con la situación se declararan culpables. Ciertamente es que durante la dictadura franquista no se reconocía los derechos de los ciudadanos, pero cuando se trata de la vida de una persona, no se deben cometer errores tan grandes como con Salvador.

## **CONCLUSIONES**

Se han expuesto y resuelto todos aquellos objetivos que fueron plasmados en la introducción de este TFG. De la misma manera, se han mostrado distintas argumentaciones con el fin de enriquecer la calidad de esta investigación y aportar la mayor claridad posible a la controversia suscitada entre el derecho a la vida y la pena de muerte.

De este modo, una vez analizados los aspectos más relevantes sobre esta problemática actual, es necesario relatar las conclusiones derivadas de la presente investigación.

PRIMERA. – En lo referente al concepto de derecho a la vida, el cual queda reflejado en el capítulo I de este trabajo, destacaría que es un derecho inherente a cada ser humano por el simple hecho de haber nacido, siendo el que permite el goce de los demás derechos humanos. Es tan sumamente importante este derecho que se encuentra recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, concretamente en su artículo tercero, donde establece que toda persona tiene derecho a la vida. Así como, por documentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención

Americana sobre los Derechos Humanos. Además, en Estados Unidos y España, países analizados en profundidad a lo largo de esta investigación, tienen reconocido este derecho en sus Constituciones.

Si bien es cierto que no existe una definición única y clara sobre el derecho a la vida, ya que existen numerosas opiniones interpretando a partir de cuando se le tiene que reconocer el derecho a la vida a una persona, ya sea desde el momento de la concepción del ser humano, hasta que el embrión se encuentre en alguna fase de su crecimiento o cuando nazca y adquiera la personalidad jurídica. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus numerosas sentencias establece una definición en la cual se aleja de ese debate y en ellas plasma un concepto general, recogiendo que el derecho a la vida constituye en sí mismo que nadie pueda ser privado de su vida, así como también, que cada persona tiene el derecho a tener unas condiciones de vida dignas. Todo ello, protegido por el Estado salvaguardando a sus ciudadanos de posibles violaciones hacia ese derecho.

SEGUNDA. – En lo que respecta a la pena de muerte en Estados Unidos, desarrollada a lo largo del capítulo II del presente trabajo, se refleja que, aunque la pena capital no se encuentra prohibida de manera expresa en la Constitución, su Octava Enmienda hace una alusión a la misma, estableciendo que no se podrá aplicar sanciones inhumanas y crueles. No obstante, tras el análisis de numerosas sentencias en Estados Unidos, se llega a la conclusión que siempre y cuando no se someta a tortura al reo y quede garantizado un proceso justo y razonable en cada juicio, la pena capital no viola la Octava Enmienda de la Constitución de Estados Unidos.

Ahora bien, queda en ojos del resto de ciudadanos reflexionar si los métodos empleados por las autoridades, como son el ahorcamiento, la electrocución o el gas letal, para condenar a pena de muerte en Estados Unidos constituyen verdaderas torturas y, por tanto, se viola el derecho a la vida reconocido en la Constitución de Estados Unidos.

Asimismo, aunque todavía 27 de los Estados que forman parte de Estados Unidos mantienen en el siglo XXI la pena de muerte, el año 2022 termina con

resultados favorables. Ese año se considera uno en los que por diversos motivos se cancelaron la mayoría de las ejecuciones programadas. De destacar es el Estado de Oregón, donde se conmutaron las penas capitales de los 17 condenados a muerte, así como el Estado de California, donde se aprobó la Ley de Justicia Racial para Todos, permitiendo a los condenados a impugnar las condenas y sentencias impuestas a personas por motivos étnicos, de raza, etc.

Esto evidencia que, de los numerosos Estados que condenan a pena de muerte, en la mayoría de los casos son personas inocentes negras, pobres, de determinados grupos étnicos, con menor posibilidad de defensa. Así queda demostrado en el caso de McMillian y de Wesley Ruiz, siendo este último asesinado mediante esta pena.

TERCERA. – La posición de la Organización de las Naciones Unidas y Europa frente a la pena de muerte es más que evidente. En cuanto a la ONU, podemos ver a lo largo del trabajo como cuenta con numerosas resoluciones que defienden por encima de todo el derecho a la vida y, por tanto, refleja su deseo de que cada vez sean menos los países que apliquen las condenas a pena de muerte al año o que establezcan una moratoria en su uso, con el objetivo de ser abolida definitivamente.

Europa se mantiene fiel a su decisión de abolir la pena de muerte, fundando para respaldar su opinión sobre la pena de muerte la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Además, éste ha sido ampliado por el Protocolo número 6 y 13, en los cuales se establece que todos los Estados miembros deben abolir la pena de muerte de manera definitiva.

Con esto queda evidenciado que las Organizaciones Internacionales y la Unión Europea se encuentran activas en la lucha por la abolición universal de la pena de muerte, no olvidando en ninguna circunstancia los castigos crueles a los que son sometidos las personas en los diferentes países violando los derechos humanos que le son inherentes.

CUARTA. – En cuanto al análisis de España, se puede observar cómo tras un proceso largo y costoso se terminó definitivamente aboliendo la pena

capital. Ciertamente es que en un principio la dejó vigente cuando fuera necesario, quedando así redactado en el artículo 15 de la Constitución española de 1978. Sin embargo, tenemos que acudir a legislación extraconstitucional para saber en qué punto se encuentra el país actualmente. Se aprobó la Ley Orgánica 11/1995, la cual refleja de manera clara que la pena de muerte queda abolida en todas las circunstancias posibles, contemplando dentro de ellas, en tiempos de guerra aún en el ámbito militar.

De esto se puede extraer un grave problema, por lo que, tras varios años de vigencia de esta ley, se debería plantear una reforma del artículo 15 de la Constitución y de esa manera eliminar cualquier referencia hacia la pena de muerte en toda nuestra legislación.

Por tanto, se puede observar que la opinión del país sobre la aplicación de la pena capital es firme, ya que forma parte de todos los tratados importantes que avalan por la abolición universal de la pena de muerte. Del mismo modo, es pionera en la creación de la Comisión Internacional contra la Pena de Muerte, siendo el principal país contribuyente. Por lo que, no solo se adhiere a tratados, resoluciones, etc., si no también promueve de otra manera porque este castigo cruel e inhumano sea prohibido en todo el mundo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ANDERSON, R., "Criminal Law and procedure", *Criminal Law Review*, Nueva York, Vol. V, 1957.

ARRUEGO, G., "Los confines del derecho fundamental a la vida", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2019, vol. 115.

BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en la Constitución", *Revista de ciencias sociales*, nº42, 1981.

BARBERO SANTOS, M., "La pena de muerte en España: Historia de su abolición", en *Doctrina penal*, nº 6 Buenos Aires, 1980.

BISHOP, J. P., *Commentaries on the Criminal Law*, Boston: Little, Brown, 1923.

BOU FRANCH, V., "Protocolo número 13: primer tratado internacional que abole la pena de muerte en todas las circunstancias", *Revista Española de Derecho Internacional*, nº. 2, vol. 54, 2002.

CALVO SOLER R., "La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del derecho", *Isonomía*, México, 2007, nº 27.

DE CASTRO CID, B., *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Ed. Universitas, Madrid, 2003.

ESPAÑA, *Código Penal Español Decretado Por Las Cortes En 8 De junio, Sancionado Por El Rey Y Mandado Promulgar En 9 De Julio De 1822*, Imprenta Nacional, Madrid, 1822.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, R., "Concepto de derecho a la vida", *Ius et Praxis*, nº14, vol. 1, 2008.

KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

LANDROVE DÍAZ, G., "La abolición de la pena de muerte en España", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, Sección doctrinal, Fascículo 1, 1981.

MANUEL VÁZQUEZ C., "La protección de los derechos en el sistema federal de los estados unidos", *Revista Vasca de Administración Pública*, RVAP 82, 2008, vol. 82.

MEGÍAS QUIRÓS, J. "Dignidad, universalidad y derechos humanos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 22, 2005.

MIRANDA GONCALVES R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Revista Justiça do Direito*, nº 2, vol. 34, 2020.

MIRANDA GONÇALVES, R.; "Consideraciones sobre el principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales: mención especial a la videovigilancia masiva", *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 8, n. 2, 2021, pp. 1-18

MIRANDA GONÇALVES, Rubén, "Perspectivas filosóficas en la búsqueda de la paz, la justicia y las instituciones sólidas en la Agenda 2030", *Novos Estudos Jurídicos*, v. 28, n. 2, 2023, pp. 352-378.

OLIVER OLMO, P., "La pena de muerte en España", *Síntesis*, Madrid, 2008.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

PÉREZ LUÑO, A. E., "Las generaciones de los derechos humanos", *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 2013, vol. 2, nº.1.

SCOTT, R.G., *The history of capital Punishment, including an examination of the case for and against the Death Penalty*, Londres, Torchstream Books, 1950.

Serna, P., "Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial", *Persona Y Derecho*, 1999, vol. 41.

SILVA MACLVER, J., "El nasciturus y el derecho a la vida", *Revista de Derecho Público*, nº57/58, enero-diciembre, Santiago, 1995.

TOMAS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969.

VALIENTE CASTELLANO, L., "La pena de muerte en España", *Revista del Gavinete Jurídico de Castilla-La-Mancha*, nº 23, Castilla la Mancha, 2020

## **BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA**

Amnistía Internacional, Informe del secretario general de la ONU sobre la aplicación de la resolución 62/149 de la Asamblea General, Moratoria sobre el uso de la pena de muerte, 2008

Amnistía Internacional, Se lleva a cabo la segunda ejecución en Texas en 2023  
Dictamen del Comité internacional de la Cruz Roja sobre "¿Cuál es la definición de conflicto armado según el derecho Internacional Humanitario?", marzo de 2008

Directrices de la UE sobre la pena de muerte, Disponible en: [https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/08\\_dh\\_directrices\\_pena\\_de\\_muerte\\_es\\_unfinished\\_-\\_notes.pdf](https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/08_dh_directrices_pena_de_muerte_es_unfinished_-_notes.pdf)

Governor northam signs law repealing death penalty in Virginia  
Guterres A. Secretary-General's message on the World Day Against Death Penalty, New York: United Nations; 202

Día Europeo y Mundial contra la Pena de Muerte, 10 de octubre de 2022: Declaración conjunta del Alto Representante, en nombre de la Unión Europea, y de la secretaria general del Consejo de Europa

Dictamen del Comité internacional de la Cruz Roja sobre "¿Cuál es la definición de conflicto armado según el derecho Internacional Humanitario?", marzo de 2008

Informe del Relator Especial, Philip Alston, sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, A/HRC/4/20, 2007

McMillian W. Walter McMillian, Equal Justice Initiative  
Pena de muerte en estados unidos Reflexiones en torno al caso Atkins v. Virginia  
Pena de muerte en 2022: Informe de fin de año, Death Penalty Information Center, 2022

Recuerda República, documento memoria. Los anarquistas francisco granado y joaquín delgado, fueron asesinados a garrote vil por franco en 1963  
Torture Free Trade

## **LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

### **LEGISLACIÓN**

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea 12 de diciembre de 2007

Constitutional Convention. 14th amendment

Constitución Española de 1978

Convención Americana sobre derechos humanos

Decisión Marco del Consejo (2002/584/JAI) de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

Declaración de Independencia

Ley de Derechos Civiles Promulgada por el presidente Lyndon Johnson en EUA

Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. Boletín Oficial del Estado 25 de diciembre de 1955

Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea. Boletín Oficial del Estado 24 de diciembre de 1964

Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos

Pacto internacional de derechos civiles y políticos

Protocolo número 6 al convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte

Real Decreto-ley 45/1978, de 21 de diciembre por el que se reforma el Código de Justicia Militar, la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante

Reglamento nº 1236/2005 del Consejo de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Resolución 62/149 Moratoria sobre el uso de la pena de muerte

Resolución 2005/59, Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos

Segundo protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos, destinado a abolir la pena de muerte

## **JURISPRUDENCIA**

BOLLING V. SHARPE, 347 U.S. 497, 500 (1954)

CORTE IDH Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de Fondo. 19 de noviembre 1999. Serie C No. 63; CORTE IDH Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de Fondo, reparaciones y costas. 6 de abril de 2006. Serie C No. 147

FURMAN V. GEORGIA, 408 U.S. 238 (1972).

# **DIGNIDAD HUMANA DE LAS PERSONAS LGBTIQ+ FRENTE AL EJERCICIO PUNITIVO DEL ESTADO COLOMBIANO EN EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

## **THE HUMAN DIGNITY OF LGBTIQ+ PERSONS IN THE FACE OF THE PUNITIVE EXERCISE OF THE COLOMBIAN STATE IN THE FRAMEWORK OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM**

**Adriana Cristina Morales Quiroga**<sup>1</sup>  
Universidad Internacional de la Rioja

### **RESUMEN**

Los derechos de las personas privadas de libertad presentan debates relevantes, cuando se piensa en los límites de la restricción de los derechos, en el marco del ejercicio punitivo de los Estados. Es decir, la garantía de estos derechos constituye una función tanto limitante como necesaria, para cumplir con la finalidad de la ejecución de la pena. Y cuando quienes están privados de libertad son personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y con orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales diversas (LGBTIQ+), se deben analizar elementos que son determinantes y que hacen parte del núcleo esencial de la dignidad humana. Es por esto, que se estudiará la protección multinivel por parte del Estado colombiano y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos los adelantos y retos en el diseño e implementación de proyectos y políticas de aplicación a personas LGBTIQ+ en establecimiento carcelario.

**PALABRAS CLAVE:** Dignidad Humana, Género, Ejercicio punitivo, Discriminación, Igualdad, LGBTIQ+.

Recibido el: 08.10.2023

Aceptado en: 03.11.2023

---

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad La Gran Colombia, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Nacional de Colombia y Máster en Derechos Humanos y Sistemas de Protección de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR). Email: adrianamoralesq@gmail.com

## 1. INTRODUCCIÓN

La dignidad humana de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero, intersexuales y con orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales diversas (en adelante LGBTIQ+) privadas de libertad presenta un reto, cuando se habla, que la aplicación de la pena no puede ir en contravía de la defensa y respeto de los derechos humanos y en contraria a la dignidad de las personas. En este sentido, en este trabajo se plantean los conceptos generales que definen la dignidad humana considerando las vertientes filosóficas, políticas, sociológicas, con especial atención a la vertiente jurídica, así como también las afectaciones a los derechos humanos de los cuales son víctimas personas LGBTIQ+ privadas de libertad.

Partiendo del fin único de la pena que entre otras cosas busca la resocialización de quien está privado de libertad, se debe armonizar esta finalidad con el reconocimiento y protección de las personas con orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales diversas. Se estudiará la opinión consultiva presentada a La Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a las necesidades que presentan quienes están privados de libertad y son Personas LGBTIQ+.

La aplicación de reglamentos carcelarios incluyentes, pese a que existen en parte en respuesta a reclamaciones nacionales e internacionales sobre violación de derechos de personas LGBTIQ+, estos no son efectivos como lo han manifestado varios colectivos colombianos consultados para el desarrollo de este trabajo, el panorama no cambia cuando nos referimos a los reportes que presentan los entes de control u organismos nacionales que monitorean la aplicación de los enfoques diferenciales por parte de los establecimientos carcelarios en Colombia.

Es por lo anterior, que se debe dar una política pública que se enfoque en las personas LGBTIQ+ privadas de libertad, que se encamine a lo planteado por la opinión consultiva de la Comisión Interamericana de derechos humanos sobre *“enfoques Diferenciados en materia de personas privadas de la libertad”* (OC-29/19), y que responde a las obligaciones positivas del Estado colombiano para la aplicación

de las medidas restrictivas de libertad bajo un enfoque de derechos que posibilite la dignidad de los privados de libertad.

## **2. DIGNIDAD HUMANA, CONCEPTO Y CONTENIDO JURÍDICO**

No resulta una tarea sencilla fijar un momento para precisar el concepto de dignidad humana, por lo que para este fin es necesario tomar en consideración vertientes filosóficas, políticas, sociológicas y jurídicas. En esta primera parte se hará referencia a estas, con enfoque en la vertiente jurídica. Iniciando con el origen etimológico del término dignidad; el cual deriva del latín “*dignitas*”, proveniente del adjetivo “*dignus*”, que significa “*valioso*”, o “*merecedor de*” (MIRANDA 2020, p. 151). Esta terminología daba cuenta de un entendimiento de la dignidad humana basada en atributos y características que hacen que el ser humano sea humano. Posteriormente, la dignidad se reflejaba en normas sociales que luego se materializan en normas jurídicas dando una concepción a la dignidad, como valor intrínseco.

Frente a esta relación entre la sociedad y el derecho romano esta se reflejaba en tres categorías jurídicas, para ser ciudadano de Roma y adquirir todos sus derechos y privilegios.

*“para alcanzar el status civitatis, se tenía que gozar del status libertatis, ser libre, y del status familie, ser sui iuris y pater familias y ser, por lo tanto, “dignus” de ostentar la plena capacidad jurídica”* (VIDAL 2002, p. 15).

Desde la vertiente filosófica, la dignidad humana puede rastrearse desde el pensamiento estoico de los filósofos griegos quienes ejercieron una relativa influencia en los pensadores romanos algunos de los cuales, como Séneca, concibieron a toda persona humana dotada de dignidad (VIDAL 2002, p. 16). Esta idea fue acogida por el pensamiento cristiano, proclamó la igualdad de los seres humanos y la existencia de derechos inherentes a la naturaleza humana y a la dignidad de la persona. Se pueden seguir los progresos a partir de la teoría de Santo Tomás de Aquino quien trabajó en la conceptualización del concepto de persona y dignidad. Donde se realiza que las facultades y la voluntad de las personas son el fundamento de su dignidad.

En otra vertiente logra la escuela clásica del derecho natural visibilizar los atributos del ser humano en un debate esencialmente político, frente a este punto el pensamiento de Kant ayuda en la construcción de la idea y el concepto de dignidad, con el postulado que el ser humano es un “*fin*” en sí mismo y, por tanto, no puede éticamente ser tratado exclusivamente como un “*medio*”, en este sentido proporciona una base sólida para la defensa de la dignidad en vía positiva al ser esta inherente al ser humano y, por vía negativa, las acciones, tratamientos o condiciones que son inadmisibles, por ser éstas contrarias a esa dignidad (THOMPSON y ANTEZANA 2010, p. 140).

La idea de dignidad desde una mirada jurídica la ubica como cualidad esencial e inherente del ser humano, como atributo universal. Esta concepción permitió la construcción de normas constitucionales al interior de los Estados, así como en los sistemas internacionales. Sin embargo, cabe mencionar que la referencia a la dignidad humana en instrumentos internacionales no se aplicó hasta la DUDH. Por lo que no se encuentran alusiones en la “*Declaración Internacional de los Derechos del Hombre*” de 1929, ni en los primeros proyectos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1947. Fue solo hasta la incorporación de la dignidad humana en el preámbulo de la DUDH y en sus artículos 1 y 23.

De igual forma, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de Teherán de 1968, incluye una referencia a la DUDH e insta a los Estados a que empleen “*sus esfuerzos para ofrecer a todos los seres humanos una vida libre y digna*”. Si bien no se hace alusión directa a la dignidad humana, si se invoca la necesidad de una existencia humana con elementos para que esta sea digna.

Por otro lado, La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la Cumbre de la Unión del año 2001, en su preámbulo manifiesta:

*“(...) la Unión está fundada sobre los valores individuales y universales de la dignidad humana, la libertad y la solidaridad y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y*

*crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”.*

Adicional a la conceptualización de la dignidad es relevante mencionar las funciones de la dignidad en el discurso jurídico, una de esta responde a la función de la dignidad como derecho en sí mismo así lo plantea Islas Colín "(...) *esta dignidad impone que no reduzca a los individuos a sus características genéticas, que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad*" (ISLAS 2013, p. 165) citado por (LAISE 2017, p. 120), entendiéndose la dignidad como objeto de tutela jurídica. La segunda función describe a la dignidad humana como un concepto incorporado en los sistemas jurídicos que permite una "*lectura moral*" (MCCRUDDEN 2014, p. 13) citado por (LAISE 2017, p. 121) que se justifica con el hecho que el sentido mismo de los derechos humanos consiste en garantizar y proteger la dignidad de la persona humana.

### **3. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL DERECHO INTERNACIONAL**

Posterior a la Segunda Guerra Mundial, la Carta de las Naciones Unidas, empleó la palabra dignidad en su Preámbulo, con esta inclusión se creó la idea de relación entre la dignidad de la persona y los derechos humanos plasmada en el Derecho Internacional. Esta relación se ejemplariza al considerar la relación de la tutela, la protección y la promoción de la dignidad humana en los ámbitos jurídico y político que los derechos humanos dentro de una dimensión moral.

Ahora bien, en la primera parte se han planteado los orígenes de instrumentos internacionales y el sistema interamericano empezando con la referencia a la dignidad que se hace en la DUDH. Continuando con esta línea, es frecuente que se cite como criterio de interpretación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH") frente a protección individual cuando sostiene que "*Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad*" (art 11, párrafo 1. CADH) o cuando se debate la ampliación de derechos existentes a nuevas realidades.

En esta misma línea, La Corte IDH se ha pronunciado frente a la dignidad humana al referirse a la protección de derechos de población que están en mayor grado de vulnerabilidad y quienes se encuentran privados de libertad. En este sentido, frente a los últimos, la Corte encuentra relación entre el Estado y las personas privadas de libertad, así como la responsabilidad de las autoridades frente a personas sujetas a su control. La Corte considera al Estado como garante respecto de los derechos humanos de las personas con restricción de libertad, atendiendo al artículo 5.2 manifiesta “(...) *Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

En esta línea la Corte tiene una postura reiterada frente a la posición de garante de los Estados, frente al control que ejercen las autoridades penitenciarias sobre los privados de libertad. Frente a esto, es relevante considerar que el Estado es quien regula derechos y obligaciones, por las condiciones propias del encierro y “*al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna*” (Cuadernillo de Jurisprudencia Corte IDH No. 9. p. 5).

Anudado a lo anterior, el Estado debe tomar en consideración que es parte de sus obligaciones determinar iniciativas para la garantía de condiciones necesarias para el desarrollo de una vida digna, con goce efectivo de derechos que no deben ser restringidos ni siquiera en condiciones de encierro tales como los derechos a la libertad personal, la privacidad o la intimidad familiar y que la restricción de estos derechos como el de en ningún caso debe llegar al recluso a perder su titularidad respecto de todos los derechos humanos.

Ahora, frente a las personas que están en mayor grado de vulnerabilidad la CIDH ha monitoreado los desafíos enfrentados por las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex y ha resaltado los prejuicios y la discriminación estructural en la sociedad y, por tanto, realiza recomendaciones a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante "OEA"), en aras de la protección de la integridad física y psicológica y la necesidad de reconocimiento de sus derechos.

En esta misma línea, La Corte IDH ha abordado aspectos generales referentes a orientación sexual e identidad de género y específicos como autopercepción y reconocimiento social referente a orientación sexual y prohibición de discriminación. De igual modo, reitera el papel de garante del Estado frente a la pluralidad de derechos garantizando y respetando la:

*“coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas”*  
(Cuadernillo de Jurisprudencia Corte IDH No. 19. p. 38).

Asimismo, se debe garantizar el derecho a la identidad y demás derechos que se relacionan con la dignidad humana, tales como el derecho a la vida y con el principio de autonomía de la persona (artículos 4 y 7 de la CADH).

Retomando lo planteado, es una realidad el uso frecuente del concepto de dignidad humana por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, para el caso que atañe, frente a la protección de personas privadas de libertad y personas con identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales distintas, en sentido estricto cuando se habla de discriminación la Corte ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas, por lo que está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales diversas de la persona, así como el uso de la fuerza por parte de los miembros que los custodian, la afectación al derecho a la integridad personal para los reclusos y sus familiares y sus garantías judiciales.

Así las cosas, se percibe una evolución de los derechos humanos y la conexión con la noción de dignidad humana, con avances normativos e institucionales, pero aún a hoy se presenta retos frente a protección por parte de los Estados lo que lleva a la Corte a adelantar casos en estas materias véase (Corte IDH. Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia) y (Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador).

### 3.1 La Dignidad Humana como Principio Fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano

La Constitución Política de Colombia de 1991 fue una declaración de derechos y valores fundamentales que fijó sus cimientos en la dignidad humana, entendiendo esta dignidad como principio y derecho fundamental. Para mayor claridad de esta conceptualización se hace necesario mencionar que con la creación de la constitución de 1991 en el mismo espíritu garantista se creó La Corte Constitucional de Colombia (en adelante “Corte Constitucional” o “Sala”) como un alto tribunal especializado en velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales consagrados en esta Constitución.

Frente al principio de dignidad humana, la Sala se refiere a esta en tres líneas:

*“(i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura” (C. Const. T-291 2016).*

Mientras la dignidad humana como derecho fundamental autónomo equivale:

*“(i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado” (C. Const. T-291 2016).*

Adicional a estas definiciones, que buscan darle la mayor interpretación y aplicación de la dignidad en el ordenamiento colombiano, también se dan casos en que La Corte Constitucional en sus fallos involucra la protección de otros derechos fundamentales que resultan conexos con la dignidad humana tales como los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad personal, el derecho a la identidad sexual, el principio de igualdad, entre otros.

Por poner un ejemplo, frente al derecho al libre desarrollo de la personalidad La Corte Constitucional ha mencionado que el núcleo de este derecho hace referencia a las determinaciones que una persona toma durante su vida y que las mismas son esenciales y autónomas de un *“modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona”* (C. Const. C-481 1998).

Frente a la defensa de los derechos de las personas privadas de libertad la Corte Constitucional plantea una línea denominada, los derechos intocables y le otorga esta denominación porque los mismos *“derivan directamente de la dignidad del ser humano”* como el derecho a la vida, la integridad personal, la salud, la igualdad y la libertad religiosa, entre otros. (C. Const. T-049 2016). Es, por tanto, que las personas privadas de la libertad cuentan con derechos inalienables sin discriminación contemplados en el artículo 5 de la Constitución Política y otorga al Estado una obligación de proteger y satisfacer necesidades esenciales, que la misma persona, en razón a su reclusión, no se puede solventar. Por lo anterior, el Estado debe garantizar las condiciones mínimas para asegurar la existencia digna del interno.

### **3.2 Elementos de la orientación sexual, identidad y expresión de género que hacen parte del núcleo esencial de la dignidad humana**

Desde la sociología jurídica los elementos orientación sexual, identidad y expresión de género son referentes para el reconocimiento y la exigibilidad de derechos, el reconocimiento de una persona LGBTI+ trae consigo el reconocimiento legal de estos elementos legalmente protegidos y necesarios para la construcción de la identidad de estas personas. Desde el ámbito sociológico y psicológico se reconoce la fluidez entre la construcción de la identidad propia y la autodefinición, por lo tanto, estos elementos no son características estáticas, sino dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de estas (GERLERO 2011).

El derecho internacional entiende los elementos de orientación sexual, identidad y expresión de género dentro de las características personales de cada persona, como innatas o inherentes a la persona e inmutables. Así como las decisiones que

pertencen a un ámbito íntimo y personal y son parte esencial de su proyecto de vida y por tanto este proceso puede ser de desarrollo constante y fluctuante construyéndose a sí mismo en relación con estos elementos. Sin embargo, este desarrollo constante es propio de la persona, por lo que no contempla intervención de terceros o del Estado, toda vez que esto se puede configurar como una vulneración de la dignidad humana (CIDH 2012).

La CIDH indicó en *“Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad de las Américas”* que estas personas no deben ser objeto de discriminación por razones de *“género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social”* y se prohíbe el menoscabo o anulación del reconocimiento que tienen las personas privadas de libertad al goce o ejercicio de sus derechos internacionalmente reconocidos y que son núcleo esencial de su dignidad (CIDH, Principio. II).

Asimismo, los Principios de Yogyakarta que hablan de cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género a los estados que lo han ratificado indica en su introducción que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y por tanto la orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona (principio 9).

La dignidad humana es un valor distintivo de la especie humana, de donde surgen otros valores y derechos fundamentales para el individuo y la colectividad. En este sentido la CIDH considera que el reconocimiento de derechos de las personas LGBTIQ+ es fundamental para alcanzar esta dignidad, así como la igualdad y la no discriminación. Por lo general, desde lo jurídico se alcanza este reconocimiento por medio de leyes que garantizan estos derechos y deberes, esto por lo general se da posterior a la aceptación social, sin embargo, bajo los principios de igualdad y no discriminación que no exista reconocimiento social no es un argumento para justificar la violación de los derechos humanos de las personas LGBTIQ+.

Por el contrario, los Estados tienen la obligación de diseñar e implementar proyectos que busquen cambios culturales con el fin de garantizar el respeto y la aceptación a

las personas cuya orientación sexual, identidad de género o cuyas características sexuales sean distintas a los patrones mayormente aceptados por la sociedad. En esta línea, la CIDH considera que al no reconocer la existencia de las personas LGBTIQ+ y privarlas de protección las deja en situación de vulnerabilidad, desigualdad, discriminación, violencia, y exclusión.

### **3.3 Finalidad y límites de la ejecución de la pena**

La pena como recurso tanto jurídico como político se encamina a la protección de grupos sociales disuadiendo a los ciudadanos frente a la conducta delictiva y del castigo a los delincuentes. Es decir, la idea de aislamiento social viene a ser el medio para la protección social y la rehabilitación personal de quien delinque. De ahí vienen las finalidades preventivas, retributivas, protectoras y resocializadoras atribuidas a la pena y al sistema carcelario (C. Const. T-596 1992).

La pena además de ser jurídica, pública y judicial también es necesaria, útil y proporcional; necesaria porque la pena no debe ser impuesta de forma arbitraria sin que guarde relación con el fin perseguido.

*"La pena, es un mal que la sociedad impone al "desviado" para conservarse a sí misma". En esta "de algún modo se sacrifica al individuo en aras del interés social" (FERNÁNDEZ 1989, p. 88).*

También útil como un instrumento para servir a las finalidades ya mencionadas y proporcional, esta proporcionalidad se obtiene con la comparación entre el daño ocasionado por el delito y el daño causado por la pena.

Dependiendo a quien esté dirigida la pena, esta tiene una función de prevención especial y otra de carácter general, la primera busca evitar que quien delinquiró lo haga de nuevo en el futuro (MEINI 2013) y la segunda se divide en prevención general negativa y positiva, la negativa busca prevenir que terceros delincan desde un punto de vista intimidatorio y la positiva aboga como elemento estabilizador. Sin embargo, no se busca solo la protección de la sociedad frente a quien infringe la norma, sino también el respeto de la dignidad del infractor al no imponer penas de tortura o de muerte y ofreciendo alternativas que posibiliten la reinserción social.

Frente a las finalidades de la pena vale la pena precisar que el fin preventivo se da al momento en que el legislativo establece la sanción, el retributivo al imponer la sanción y el resocializador se orienta bajo principios humanistas y en aplicación de normas internacionales. El concepto de resocialización mencionado por instrumentos internacionales como reforma y readaptación social da cuenta de la obligación de los Estados de orientar la pena de prisión hacia ese factor legitimador, previsto en distintos instrumentos como El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10 numeral 3 donde indica:

*“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.*

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha precisado este contenido en la observación general No. 21 al indicar que ningún sistema penitenciario debe solo orientarse al castigo, para conseguir la finalidad esencial. La Convención Americana sobre Derechos Humanos reitera en su artículo 5 numeral 6 que la privación de la libertad tendrá la misma finalidad de reforma y readaptación social.

Atendiendo a lo anterior, la política penitenciaria y carcelaria debe alcanzar una cierta cantidad de metas entre las cuales se encuentra la resocialización que debe englobar conceptos de reeducación, rehabilitación y reincorporación, para dar cumplimiento a la medida punitiva, no solo vista desde la imposición de ciertos valores a los privados de libertad sino de brindar medios para que empleando su autodeterminación los mismos puedan establecer el camino a su reinserción social. En este sentido La Corte Constitucional resalta la importancia de la educación y el trabajo como logro para la resocialización que persigue la medida punitiva (C. Const. T-153 de 1998).

Así como, (la Resolución 7302 de 2005 INPEC) donde se considera la acción integral y el tratamiento penitenciario como principios y reglas mínimas para el tratamiento de reclusos consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991, la acción integral inicia al momento del ingreso al establecimiento penitenciario y comprende las acciones destinadas a atender las necesidades dentro del establecimiento y las relaciones con la familia y el tratamiento penitenciario tiene como fin alcanzar la resocialización de quien infringió la ley penal, *“mediante el examen de su*

*personalidad a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”, conforme a la dignidad humana. Este estudio debe ser progresivo, programado e individualizado donde se fijen directrices y se organicen los equipos interdisciplinarios en los establecimientos carcelarios.*

Ahora bien, el poder punitivo es la titularidad del Estado para castigar, en aras de alcanzar una convivencia equilibrada *“exclusiva del derecho penal que cobija la prevención especial del delito y la prevención general frente a la comunidad y la imposición de la pena para aquellos sujetos de derecho que no atendieron aquella prevención”* (SIERRA y LARA 2015 p. 6)

Frente al principio o garantía de ejecución legal de la pena, se entiende que no puede existir pena sin un régimen legal anterior, así como también se requiere de tratamiento y resocialización para los condenados. Por lo tanto, la pena no se debe ejecutar arbitrariamente, más bien debe ser ejecutada dentro de los marcos establecidos por la ley. Frente a esto, el profesor RUBÉN MIRANDA GONÇALVES manifiesta que *“cualquier medida que pretenda disminuir o suspender la eficacia de un derecho fundamental”* debe realizar el análisis de tres variables, la primera relacionada con que esta medida adoptada debe ser necesaria para alcanzar un fin legítimo, debe ser idónea en tanto al fin que se busca y proporcional garantizando que de entre las posibilidades a utilizar *“para salvaguardar el interés público, se utilice aquella”* (MIRANDA 2021. p. 6).

Por otro lado, La Corte Constitucional también se ha referido a la discrecionalidad indicando que las autoridades administrativas disciplinarias es decir los custodios en los establecimientos carcelarios deben valorar hechos y determinar si existió o no una falta por parte de los reclusos y así determinar la sanción aplicable, sin embargo esta discrecionalidad tiene como límite los mandatos constitucionales, por lo que se debe garantizar el respeto de derechos fundamentales y el principio constitucional de proporcionalidad de la pena. También deben facilitar el acceso a rutas institucionales para que los reclusos accedan a asistencia legal y plenas garantías de sus derechos ya que, en esta situación, es justamente el Estado quien adquiera directamente la

obligación de garantizar el acceso y la plena aplicación de estos derechos (JTA-237).

### **3.4 Afectaciones a las condiciones dignas de vida e integridad personal de las personas LGBTIQ+ privadas de libertad en Colombia**

Las condiciones dignas de vida e integridad personal, así como la no discriminación y la igualdad ante la ley, son principios fundantes regionales y universales de los derechos humanos, como deberes jurídicos de especial importancia para las personas LGBTIQ+ privadas de libertad. Este vínculo con la dignidad humana evidencia distintas formas de afectación física, psicológica y moral y diversos grados de afectación a los derechos humanos, en parte por tener condicionados el goce pleno de sus derechos debido a la imposición de la sanción y las brechas entre el marco normativo y la realidad de las cárceles.

En este escenario, la reclusión resulta más difícil para las personas LGBTIQ+, quienes se ven expuestas a un riesgo mucho mayor de violencia y discriminación. Por tanto, las disposiciones vigentes en materia de derechos humanos ofrecen un marco claro sobre los estándares mínimos para la atención y protección de estas poblaciones en contextos de reclusión (ARRANZA y PINEDA 2018).

De igual modo, el Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, en la sentencia T-815 del 12 de noviembre de 2013 de La Corte Constitucional, expresó que:

*“(...) el desarrollo de la sexualidad hace parte del derecho a la vida en condiciones dignas, es así como al tratarse de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los reclusos y su pareja el poder relacionarse con su pareja”.*

Por lo tanto, aunque una persona se encuentre privada de libertad y esto acarree restricción de derechos inherentes al ser humano, esto no puede ser desproporcionado, ni ocasionar afectación a derechos como: intimidad, salud, libre desarrollo de la personalidad, protección integral de la familia, intimidad y dignidad.

Frente a la exposición a riesgos las personas LGBTI privadas de libertad la organización Colombia Diversa en su informe *“Muchas veces me canso de ser fuerte”* recoge testimonios de lo que es ser lesbiana, gay, bisexual o transgénero en las

cárceles de Colombia he indica que estas personas tienen más probabilidades de ser sexualmente victimizadas, reportan problemas de salud mental, experimentar aislamiento solitario, y son sujetos a sanciones.

Las afectaciones sexuales incluyen la violación sexual y física generada por tocamientos impropios, prostitución forzada, comportamientos abusivos durante las requisas personales, voyerismo en celdas o duchas y comentarios obscenos o gestos sexualizados; Los efectos del sexo no consensuado acarrearán daños físicos y psicológico, que incluyen enfermedades de transmisión sexual (en adelante ITS) tales como el VIH, hepatitis y afectaciones psicológicas como depresión, ansiedad, autolesión y desórdenes por estrés postraumático.

Referente a las requisas estipula La Corte Constitucional en la sentencia T-720 de 2017, que la misma debe darse dentro de un marco de respeto a la dignidad humana y a la integridad física, que debe contar con condiciones de higiene y seguridad, que para este proceso se debe designar a una persona del mismo género con el que se identifique la persona privada de libertad, que referente a las personas transgénero se tendrá en cuenta el género que manifiesten independientemente de su documento de identificación o la apariencia de los genitales externos y que estas requisas deben llevarse a cabo con un enfoque diferencial, que tenga en cuenta las necesidades y riesgos especiales e inherentes de las diferentes poblaciones privadas de la libertad.

Frente al aislamiento solitario las autoridades públicas tienen la obligación de tomar medidas razonables para evitar que ello ocurra, teniendo en cuenta que los regímenes de aislamiento para proteger a las personas LGBTI pueden constituir por sí mismos una forma de tortura o malos tratos. Las personas LGBTI privadas de libertad están expuestas a medidas disciplinarias arbitrarias y discriminatorias debido a su orientación sexual e identidad o expresión de género, por realizar manifestaciones públicas de afecto, lo que en el marco de las normas del establecimiento carcelario pueden considerarse como violaciones a las reglas internas del buen orden y la disciplina, incluyendo infracciones severas de los reglamentos internos (Colombia Diversa 2017).

Al entenderse que estas problemáticas afectan en mayor medida a las personas LGBTIQ+, resulta clara la necesidad de aplicación de estándares integrales de defensa de derechos humanos con enfoques diferenciados en todos los establecimientos carcelarios de Colombia acompañados de pedagogía orientada al reconocimiento y respeto de personas con orientación sexual, identidad y expresión de género diversa.

### **3.5 Realidades de la situación carcelaria en Colombia frente a las personas LGBTIQ+**

Aunque la mayoría de las personas privadas de la libertad son víctimas de violaciones de derechos humanos, las personas LGBTIQ+ enfrentan mayores riesgos debido a los prejuicios frente a su orientación sexual o identidad de género, sumado a esto existen problemas estructurales que agravan la discriminación y la violencia contra esta población, como lo es el hacinamiento, el uso arbitrario y prolongado de las unidades de aislamiento, las agresiones colectivas y las crisis del sistema de salud.

Frente a los niveles de hacinamiento estos comprenden; prácticas contrarias a la Constitución y los derechos humanos, reduciendo la dignidad humana, poniendo en riesgo la seguridad personal, la libertad sexual, la intimidad, la salud y la vida, sumado a esto el hacinamiento imposibilita las actividades de recreación, de formación y de resocialización. En lo corrido del año 2022 se presenta un porcentaje de hacinamiento del 19.5% y aunque la ley 1709 de 2014 en su artículo 92 parágrafo 1 indica que “Se entenderá como grave un nivel de sobrepoblación superior al 20%”.

Según el informe de la organización caribe afirmativo la realidad carcelaria en materia de hacinamiento y vulneración masiva y generalizada de derechos ha provocado que se reporten casos de conflictos entre personal de seguridad e internos LGBTI por las condiciones de indignidad, la mala alimentación, la deficiencia en atención en salud y orientación psicosocial, el acoso y abuso por parte del INPEC.

Las transformaciones corporales, las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos médicos, en muchos casos hacen parte de la construcción de la identidad de género de las personas transgénero, sin embargo, la mayoría de las instituciones carcelarias

consideran que la construcción de las identidades queda cubierta con el ingreso y uso de prendas de vestir y maquillaje y no cuentan con acceso a medicamentos hormonales ni a atención médica especializada para dar inicio al tratamiento hormonal, los controles respectivos y las consecuencias físicas y mentales de su interrupción al momento del encarcelamiento. La inexistencia de programas de promoción y prevención conllevan a que las transformaciones corporales se hagan a través de auto intervenciones o del uso de hormonas no aptas para el consumo humano.

La ausencia de programas de promoción y prevención en el ámbito de la salud sexual y reproductiva hace parte de los graves problemas de los centros carcelarios. La transmisión del VIH y otras ITS otorga la responsabilidad exclusiva de la prevención a las personas, quienes deben autorregularse para evitar conductas de riesgo, como las prácticas sexuales sin preservativo o el uso de drogas inyectables. Al darle un enfoque de riesgo individual se desconoce factores relacionados con la infraestructura y la gestión de los establecimientos carcelarios lo que contribuye a la vulnerabilidad frente al VIH y ITS.

Los informes estadísticos del INPEC identifican a las personas privadas de libertad por etnias, afrocolombianos, reclusos de la tercera edad, madres lactantes y gestantes y la población discapacitada, dejando de lado las personas LGBTIQ+ impidiendo la identificación de mecanismos y estrategias que se han implementado en cumplimiento de lo estipulado por ley frente a este grupo de especial protección.

Al recopilar datos estadísticos de la participación de personas LGBTIQ+ por ejemplo en las actividades asociadas a la resocialización como lo son trabajo y educación, solo se cuenta con un discriminado hombres y mujeres y solo en el apartado de “población intramuros con enfoque diferencial” se da un discriminado de información de privados de la libertad por grupos poblacionales identificados como minoritarios incluyendo las personas LGBTIQ+, ese apartado solo cuenta con datos relacionados con el hacinamiento y la situación jurídica de la población reclusa y frente a la vulneración de Derechos Humanos sólo se atienden problemas referentes a falencias en salud, abuso de autoridad, problemas de alimentación, seguridad, problemas de

salubridad, pero sigue quedando un subregistro de los casos de vulneración de los Derechos Humanos a la población LGBTIQ+.

Es importante mencionar que la violencia contra las personas OSIGD privadas de la libertad en Colombia también ocurre por omisión de las personas encargadas de su protección, lo que constituye violencia institucional. La investigación realizada por Caribe Afirmativo destaca los siguientes factores que dificultan el acceso a la justicia: poca claridad sobre el proceso de denuncia, desconfianza en las instituciones, miedo generalizado a las represalias, la idea de que el INPEC es juez y parte ya que ante una denuncia frente a un funcionario es el mismo INPEC quien investiga las violaciones, lo cual se entiende como falta de garantías e impunidad.

Como se ha mencionado anteriormente otro punto importante a trabajar en los establecimientos carcelarios es la deficiente implementación de enfoques pedagógicos y de jornadas de sensibilización para la atención diferenciadas de personas con orientaciones, expresiones e identidades de género diversas, esto requiere se fortalezcan las jornadas pedagógicas en derechos humanos y atención a enfoques diferenciados basados en género, las rutas de servicios en salud y atención psicosocial, los mecanismos de control y sanción en contra del funcionario de seguridad y con ello los medios de queja y denuncia disciplinaria. Así como, garantizar el monitoreo y seguimiento de la atención a personas LGBTIQ+ y promover una convivencia basada en el respeto a la diversidad entre los privados de la libertad.

En el año 2015, el Ministerio de Justicia y Derecho trabajo en la formulación de lineamientos encaminados a desarrollar una Política Penitenciaria en Colombia, dividiendo este proyecto en dos ejes, el primero era un diagnóstico de las condiciones del Sistema Penitenciario y Carcelario, tomando como punto de referencia tres aspectos relevantes; la resocialización, los enfoques diferenciales y los aspectos administrativos. El segundo eje se orientó en la creación de recomendaciones orientadas al desarrollo de diversos lineamientos que fortalecieron la Política Penitenciaria en Colombia basados en un trabajo de campo alimentado por visitas, análisis documentales y entrevistas a las personas privadas de libertad y custodios de los centros penitenciarios, así se evidenció la necesidad de un sistema progresivo

que brinde lineamientos y acompañamientos al recluso para su reintegración a la sociedad.

De igual forma hay quienes apuestan a la implementación de medidas no privativas de la libertad en el sistema penitenciario colombiano, orientados en la implementación de programas diferenciados para personas con afectación en su salud mental o física, personas de la tercera edad, personas con discapacidad y quienes padecen adicción a sustancias psicoactivas, procurando una atención diferencial efectiva (Corporación Excelencia en la Justicia, 2015). Sin embargo, este sistema presenta varios retos y obstáculos que no permiten que la persona privada de libertad reciba el tratamiento idóneo, por lo tanto, corresponde al Estado colombiano la identificación de las brechas y el diseño y aplicación de una política acorde a estas necesidades.

### **3.6 Opinión consultiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “Enfoques Diferenciados en materia de personas privadas de la libertad”**

El 25 de noviembre de 2019 la CIDH sometió ante La Corte IDH una Opinión Consultiva sobre “Enfoques Diferenciados en materia de personas privadas de la libertad”, con la que se busca responder cuestiones relacionadas con las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados en el contexto de privación de libertad, frente a la situación de desigualdad de grupos en situación especial de riesgo; mujeres embarazadas, en periodo de posparto y lactantes; personas LGBT; personas indígenas; personas mayores; y niños y niñas que viven con sus madres en prisión. Las interpretaciones de la Corte coadyuvan a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para el cumplimiento cabal y efectivo de sus obligaciones internacionales y desarrollen políticas públicas en derechos humanos, para el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos.

Frente a las afectaciones desproporcionadas debido a la estigmatización y perjuicios que enfrentan las personas LGBT privadas de libertad frente al registro en los Centros carcelarios y los criterios de clasificación de los reclusos, la CIDH observa que esta debe acorde a la identidad de género auto percibida, frente a esto los principios de Yogyakarta y la CIDH (OC - 24 2017) manifiestan que es contraria a la dignidad

humana requerir soportes médicos para acreditar la identidad de género, ya que ésta debe estar soportada por la declaración que el interno hace voluntaria de la autopercepción que él tiene de sí mismo (MIRANDA 2021) y la herramienta de recolección de datos debe ser flexible y permitir actualización y corrección de datos de forma expedita.

Los espacios seguros para personas transgénero y las medidas de prevención de violencia la CIDH y la Asociación Profesional Mundial para la Salud Transgénero (WPATH siglas en inglés) menciona que disponer de unidades de alojamiento para personas de un solo sexo, teniendo como base la apariencia de los genitales externos y el sexo asignado al nacer, puede no ser apropiada y deja a la persona en riesgo de victimización al no tenerse en cuenta su identidad de género y opinión.

Por otro lado, la separación de las personas transgéneros del resto de la población reclusa, pueden presentar condiciones de vida inferiores en estas celdas o unidades, en comparación con otras unidades en las cárceles y una mayor estigmatización, por lo tanto, es necesario garantizar espacios analizando caso por caso para hallar la mejor alternativa que equilibre la seguridad y el respeto a su identidad de género.

Frente al derecho a la salud de las personas transgénero La Corte IDH reitera la conexión de este derecho con la integridad física y psicológica, la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la salud y por tanto los Estados deben:

*“i) asegurar y respetar las decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable y, ii) garantizar el acceso a la información relevante para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia” (Corte IDH OC-29 2019, p. 23).*

Por tanto, los estados deben garantizar a las personas transgénero el iniciar, reanudar y continuar los procesos de transición y el acceso a la atención en salud con aplicación de enfoques diferenciales.

Respecto a la visita íntima, la Comisión indica que los Estados deben garantizar que esta se realice en condiciones dignas de higiene, seguridad y respeto por parte de los

funcionarios y demás reclusos, por lo que deben destinarse espacios físicos acordes a este propósito y se debe monitorear para prevenir irregularidad desde la concesión de los permisos de visitas para evitar discriminación hacia las personas LGBTIQ+.

El informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas planteado en las observaciones presentadas a la opinión consultiva, resalta que las personas LGBTI corren un mayor riesgo de ser víctima de abusos por parte de miembros de custodia y de parte de otros reclusos que para el caso de mujeres lesbianas se evidencia con acoso, abuso y “feminización forzada” por ser mujeres percibidas como “masculinas”, adicionalmente los hombres gais y las mujeres transgénero son sometidas y sometidos a proveer “servicios sexuales” (C. Const. T-1096 2004) en ocasiones, por parte del personal que los custodia lo que se materializa en redes de prostitución, donde los reclusos transexuales son obligados a participar.

Esta interpretación conjunta que realizará La Corte IDH frente a las normas de aplicación para las personas LGBTIQ+ privadas de libertad, basadas en los enfoques diferenciados y la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación, proporcionará directrices para los estados y para el caso que nos ocupa para Colombia, frente a las condiciones de detención y el impacto desproporcionado del que son víctimas las personas LGBTIQ+.

#### **4. CONSTRUCCIÓN DE UN MARCO DE DERECHOS HUMANOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS LGBTIQ+ PRIVADAS DE LIBERTAD Y EL ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO**

A lo largo de este artículo se han descrito elementos de la orientación sexual, identidad y expresión de género que son parte del núcleo esencial de la dignidad humana de las personas LGBTIQ+, así como los obstáculos para alcanzar el factor legitimador de la privación de libertad que es la resocialización y como la falta de enfoques diferenciales o la aplicación de los existentes vulnera los derechos de las personas LGBTIQ+ y las expone a mayores riesgos.

Frente a esto la información recopilada por la CIDH y presentada en la opinión consultiva sobre *“Enfoques Diferenciados en materia de personas privadas de la libertad”* así como las observaciones realizadas a la misma denotan obligaciones positivas de atención especial del Estado Colombiano frente a las personas LGBTIQ+ privadas de libertad y la necesidad de la construcción de un marco de protección.

Por lo tanto, a continuación se describirán los adelantos que Colombia a realizado en materia de política pública frente a las personas privadas de libertad y posteriormente se plantean una serie de elementos relevantes a tener en cuenta en la construcción de una política pública integral frente a personas LGBTIQ+ privadas de libertad.

El Gobierno nacional desde el 2000 busca implementar un marco de política pública enfocado a sobrellevar los principales retos del modelo penitenciario de Colombia, para esto ha desarrollado distintos documentos a través del Consejo nacional de Política Económica y Social (en adelante CONPES), procurando la ampliación de la infraestructura carcelaria (CONPES 3086 de 2000) y una estrategia para la expansión de oferta nacional referente a cupos carcelarios (CONPES 3412 de 2006, 3277 de marzo 2004 y 3412 de marzo de 2006) en estos se definieron intervenciones orientadas a solventar la grave situación institucional, social y humanitaria de los centros penitenciarios y estas estrategias se acompañan de estudios que buscan implementar reformas necesarias para hacer frente a la crisis carcelaria.

A la fecha no ha existido una política carcelaria y penitenciaria destinada a la administración de la pena, el factor resocializador y el seguimiento específico a la seguridad de las personas LGBTIQ+. Toda vez que el sistema penitenciario se manejó con diferentes criterios para atender problemas coyunturales y las prioridades de inversión se determinaron sin una planeación a largo plazo, presentando falencias por la desarticulación existente entre las políticas penitenciaria y criminal que afecta al momento de que se quiera aplicar la privación de la libertad.

En línea con los elementos relevantes que deben considerarse para esta política pública nacional para el ejercicio pleno de derechos de las personas LGBTIQ+ privadas de libertad, este debe dar un recuento de las políticas públicas implementadas así como la identificación de los principales problemas del sistema

penitenciario y carcelario discriminado por: Desarrollo Institucional, donde se describan las acciones administrativas y presupuestales; Capacitación del Personal, este desde la esfera de enfoque diferencial; Seguridad, donde se cotejen las afectaciones a las personas LGBTIQ+ versus las medidas establecidas para esa problemática; Resocialización y Rehabilitación, donde se debe validar las oportunidades de participación en los programas existentes garantizando la seguridad, atención en salud diferenciada que en toda medida se relaciona con la seguridad y las condiciones de vida digna de las personas LGBTIQ+.

Que este documento macro tenga por objeto garantizar el ejercicio pleno del derecho de las personas LGBTIQ+ privadas de libertad y sus familiares. Con sustento en enfoques de derechos, que parte de reconocer que el Estado es el garante de la promoción, defensa y protección de los derechos fundamentales; el enfoque diferencial, como reconocimiento y garantía de los derechos a las personas LGBTIQ+ que se encuentran en situaciones de desigualdad y/o inequidad dentro de los establecimientos carcelarios y requieren de acciones específicas; la perspectiva Interseccional que reconoce la multidimensionalidad de las y los sujetos de las políticas públicas y los enfoques de orientación sexual e identidad de género que da un cambio de vista hetero centrado y reconoce distintas formas políticas y emocionales.

Que se cuente con un observatorio para la Política Pública LGBTI (Decreto 062 de 2014) para la definición de un proceso estratégico para la implementación, seguimiento y evaluación de esta política, esta observación permanente y sistemática de la situación de derechos humanos de las personas de los sectores LGBTI proporcionará comprensión de las violencias relacionadas con la identidad de género y la orientación sexual, produciendo información diferenciada y desagregada de manera que los actores y actoras responsables de la política pública articulen y orienten las decisiones adecuadas y oportunas para garantizar los derechos y prevenir sus violaciones.

Frente a la medición de las políticas aplicadas a esto momento, se debe construir un cronograma para la construcción de indicadores que muestren los porcentajes de avance en la protección de las distintas dimensiones de los derechos de las personas

LGBTIQ+ privadas de la libertad, así como los que permitan determinar el nivel de cumplimiento de las medidas de gestión carcelaria que dan mayor contexto acerca de la protección de estos derechos.

De igual forma, se debe trabajar en una línea base que contraste las normas técnicas existente con la realidad en los establecimientos carcelarios para esa manera determinar el goce efectivo de los derechos de las personas LGBTIQ+ privada de libertad, esta medición debe abarcar dimensiones tales como visitas a establecimientos carcelarios, recopilación y consolidación de información, para garantizar las condiciones básicas de dignidad. Por supuesto este ejercicio debe realizarse en fases graduales de medición de las normas técnicas que respondan a criterios de priorización para avanzar de forma progresiva en este contraste. Por tanto, esta medida debe tomarse con celeridad dejando bases sólidas legales para que se le pueda dar continuidad sin que interfieran prioridades políticas e independiente de quien ejerza la representación estatal.

## **5. CONCLUSIONES**

La dignidad humana proclama la igualdad de todos los seres humanos y la existencia de derechos inherentes a la naturaleza de este, frente a esto la dignidad es el fin por alcanzar y genera en ese sentido obligaciones positivas y negativas frente a la aplicación de esta y las condiciones que son inadmisibles. La aplicación amplia de los instrumentos internacionales de protección de derechos y de las condiciones de vida digna de todos los seres humanos se relaciona con lo referente a la coexistencia que deben tener los individuos sin discriminación por identidad, expresión de género y orientación sexual, es como los derechos a la vida y libre desarrollo de la persona emanan de la dignidad y aunque estos últimos pueden limitarse, la dignidad por su condición de principio fundamental no puede ser limitada o restringida. Ahora bien, cuando se habla de personas privadas de libertad que tienen por naturaleza restricciones de derechos por la imposición de la pena privativa las instancias internacionales de protección hacen referencia a la limitación en la aplicación de la pena como es el caso de la prohibición al uso de la fuerza y recalcan la necesidad de

garantizar la integridad personal para los reclusos y sus familiares y el acceso a garantías judiciales en conexidad con su dignidad humana.

El factor legitimador de la privación de libertad es la resocialización la cual busca una readaptación de quien infringió la ley y una vez privado de libertad es correspondencia del estado procurar los medios para que la misma sea acompañada de reeducación, rehabilitación y reincorporación a la vida social. Sin embargo, hay barreras derivadas de estereotipos y prejuicios relativos al género y la sexualidad que históricamente coloca a las personas LGBTIQ+ en vulnerabilidad en especial cuando las mismas se encuentran privadas de libertad.

Por supuesto que los obstáculos para la garantía de la resocialización de las personas LGBTIQ+ no se dan solamente por los perjuicios y discriminación al interior de las cárceles de parte del personal de custodia y de los demás reclusos, sino que también es un reflejo de los problemas estructurales y funcionales de los establecimientos carcelarios de los que las personas LGBTIQ+ son víctimas desde el momento mismo en que llegan al penal y que sin un marco normativo que engloba y permita a estos el reconocimiento de sus derechos no se logrará la resocialización como fin último de la pena.

La vulneración de los derechos de las que son víctimas las personas LGBTIQ+ guardan estrecha relación con las condiciones deplorables en el sistema de salud que acarrea mayores riesgos para estas personas que en muchos casos están atravesando por procesos hormonales o se han realizado intervenciones corporales artesanales o sufren padecimientos crónicos a causa del VIH u otras ITS, que en muchos casos es contraída dentro del establecimiento carcelario a causa de violaciones, “feminización forzada” o por ser obligados a participar en redes de prostitución por parte de guardias u otros reclusos.

Esta incertidumbre sancionatoria de la que son beneficiarios los encargados de la custodia dentro de los establecimientos carcelarios vulnera los derechos de las personas LGBTIQ+, quienes no encuentran ninguna garantía para ejercer las denuncias correspondientes ante las violaciones de las que son víctimas, por lo que se requieren mecanismos de control y sanción para los funcionario de custodia y se

den métodos seguros de seguimiento a las condiciones dignas de reclusión, junto con la implementación de pedagogía incluyentes y jornadas de sensibilización para la atención diferenciadas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos plantea la necesidad de lineamientos a los países miembros referente al trato basado en el principio de dignidad humana que se debe dar a las personas LGBTIQ+ privada de libertad, partiendo de obligaciones positivas como el reconocimiento de la identidad auto percibida, disponer de unidades de alojamiento dignas que proporcionen seguridad en vez de segregación, derecho a la visita íntima sin procedimientos adicionales y se les garantice las condiciones para el trabajo y la educación como parte de su proceso de resocialización. También ha reiterado la preocupación por la seguridad de esta población debido a los actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por razón de su identidad de género y su orientación sexual por parte de los custodios quienes en muchos casos emplean uso excesivo de la fuerza y humillación y faltan al deber de protección cuando son partícipes de abusos por parte de otros reclusos cuando estas personas no actúan acorde al género percibido.

Recopilando las obligaciones positivas de Colombia se concluye con la necesidad de la creación de un documento macro que alimente una política pública que cierre la brecha de desigualdad y/o inequidad dentro de los establecimientos carcelarios con las personas LGBTIQ+, esta política debe recoger lineamientos nacionales e internacionales, los riesgos para las personas LGBTIQ+ y con este diagnóstico dar aplicación al sistema macro de protección bajo los principios de igualdad, reconocimiento a la identidad sexual y/o expresión de género y derechos de estas personas y sus familiares, reconociendo las distintas formas de aplicación de esta política que acoja enfoques y perspectiva diseñadas específicamente para las personas LGBTIQ+ con enfoque de derechos donde se realce el papel del Estado Colombiano en la promoción, defensa y protección de los derechos fundamentales.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

AMAYA, C. (2001). El drama de las cárceles en Colombia. 1 ed. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Librería del Profesional.

ANZURES, J. (2004) "PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Los derechos fundamentales". Revista Jurídica UNAM [en línea]. 2012, núm. 120, pp. 73-98 [consulta: marzo de 2016]. ISSN 0210-5233. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3947/5000>

ARIAS, G. (2019). Políticas de resocialización en el sistema carcelario en Colombia en el periodo 2015 al 2017. Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia [consulta: junio de 2022]. Disponible en: <https://hdl.handle.net/10983/23249>

ARIZA, B; DE LUQUE, R. (2018). Desbordamiento del poder punitivo del estado: sobrepoblación carcelaria y penitenciaria en Colombia. [consulta: junio de 2022]. Disponible en: <https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/7670?locale=es>

CARRANZA, E; PINEDA, A. (2018) Capítulo 10. Derechos humanos, diversidad sexual y cárcel. Aproximación al caso de las personas LGBTI privadas de libertad en Costa Rica In: Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa: Cátedra de Investigación Científica del Centro de Investigación en Política Criminal N.º9 [en línea]. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2018 (Consultado el 11 junio 2022). Disponible en Internet: <<http://books.openedition.org/uec/2449>>. ISBN: 9789587900903. DOI: <https://doi.org/10.4000/books.uec.2449>

FERNÁNDEZ, J. (1989) Derecho penal fundamental, Temis, Bogotá, p. 88.

FERNÁNDEZ, J. (1986) Los derechos humanos como barrera de contención y criterio auto-regulador del poder punitivo, Vol. 26: Derechos Humanos en Latinoamérica, Artículos, Páginas 135-170.

GERLERO, M. (2011) Desde la identidad a la estructuración: análisis teórico de la Sociología del Derecho de las sexualidades y de la identidad de género I. En: XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de La Pampa. Santa Rosa de La Pampa.

GROS, H. (2003). La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos: nueva época, 4, 193-223.

HERNÁNDEZ, N. (2017). LA RESOCIALIZACIÓN COMO FIN DE LA PENA – una frustración en el sistema penitenciario y carcelario colombiano, *Caderno CRH*, vol. 30, núm. 81, pp. 539-560, 2017.

LAISE, L. (2017) Las Funciones del Concepto de 'Dignidad' en la Interpretación Jurídica. *Fides Et Ratio* [online]. 2017, vol.14, n.14 [Consultado el 11 junio 2022], pp.115-126. Disponible en: <[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2071-081X2017000200008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2071-081X2017000200008&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 2071-081X.

LONDOÑO, H. (2016). La prevención especial en la teoría de la pena. *Nuevo Foro Penal*, 12(24), 151–186. Recuperado a partir de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4402>

MEINI, I, (2013) “La pena: función y presupuestos The penalty: function and requirements”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. 2013, núm. 71, pp. 141-167 [consulta: junio de 2022]. ISSN 0251-3420. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf>

MIRANDA GONCALVES, R, (2020) “La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19” *JUSTIÇA DO DIREITO* v. 34, n. 2, p. 148-172, Mai. /ago. 2020

MIRANDA GONCALVES, R, (2021) “Consideraciones sobre el principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales: mención especial a la video vigilancia masiva” *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 8, n. 02, e359, jul./dez. 2021

MIRANDA GONCALVES, R, (2021) “El Derecho de Autodeterminación y Registro Civil de las Personas Intersexuales” *Revista Direito Público*, Volume 18, n. 98, 152-175, mar./abr. 2021

MIRANDA GONCALVES, R, (2023) “La infancia y la adolescencia en la era digital: nuevos retos para la garantía de sus derechos”, *Revista Relações internacionais do mundo atual*, v. 4, n. 42, pp. 465-489.

BOHÓRQUEZ, V, AGUIRRE, J. (2009) “Las Tensiones De La Dignidad Humana: Conceptualización Y Aplicación En El Derecho Internacional De Los Derechos Humano”. *SUR - Revista Internacional De Derechos Humanos*. dic. 2009, v. 6, n. 11, p. 41-63 (Consulta: mayo 14 2022). Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf>

MORILLAS, L. (2016) *La Pena de Prisión Entre el Expansionismo y el Reduccionismo Punitivo*. Madrid: Dykinson, S.L., 2016. Accessed June 4, 2022. ProQuest Ebook Central.

RAMOS, I; GONZÁLEZ, B. (2014) “Derecho a la Identidad Jurídica de las Personas Trans”. Comisión Estatal de Derechos Humanos de la Ciudad de Jalisco. Jalisco. pág. 21

RODRÍGUEZ, V. (1998). “El Debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, No 21. pág. 1295-1328 (Consulta: junio 08 2022). Disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/52690>

ROZO, N. (2011). “LA RESOCIALIZACIÓN EN UN PSICÓPATA ASESINO EN SERIE: UN FIN PENAL OBSOLETO Y ARCAICO”. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) No 8: 237-255, enero-diciembre 2011

SIERRA, H; Lara, H. (2015). El bien jurídico tutelado como objeto de protección del derecho penal (trabajo de grado para optar al título de magister). Universidad Militar Nueva Granada. Recuperado de: [http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7464/3/OBJETO%20DE RECHO%20PENAL.pdf](http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7464/3/OBJETO%20DE%20RECHO%20PENAL.pdf)

THOMPSON, J; ANTEZANA, P. (2011) “De la construcción de la doctrina de la dignidad humana a la elaboración y aplicación del enfoque de seguridad humana”. Revista IIDH. 2011, v. 54, p. 137-164 (Consulta: abril 22 2022). Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28395.pdf>

URIBE, S. (2018) “PROTECCIÓN, LIMITACIÓN Y VULNERACIÓN DEL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PERSECUCIÓN PENAL”. Universidad Autónoma Latinoamericana, Ratio Juris, vol. 13, núm. 27, pp. 173-208, 2018. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/5857/585761584007/html/>

VIDAL, F., “DEL IUS ROMANO A LOS DERECHOS HUMANOS ~ EN LA CONVENCIÓN AMERICANA” Gaceta Jurídica· S.A. Lima – Perú, Primera edición 2002. Pág. 15. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/19747.pdf>

VILLAVICENCIO, F. (2003). “Límites a la función punitiva estatal”. Derecho & sociedad, No 21. Pág. 93 – 116 (Consulta: junio 08 2022). Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17355>

## **BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA**

Corporación Excelencia en la Justicia. (2015). Balance diez años de funcionamiento del

Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004 - 2014) Análisis de su funcionamiento y propuestas para su mejoramiento. Bogotá D.C: Legis S.A.

CIDH: Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas de 07 de diciembre de 2018, OAS/Ser. L/V/II.170 Doc. 184, disponible en : <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>

CIDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

CIDH. Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363.

CIDH: Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 9: Personas privadas de libertad, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). -- San José, C.R.: Corte IDH, 2020

CIDH, Informe No. 122/18, Caso N°11.656. Fondo (Publicación). Marta Lucía Álvarez Giraldo. Colombia. 5 de octubre de 2018 OEA/Ser.L/V/II.169 Doc. 139, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/COPU11656ES.pdf>

CIDH: Opinión Consultiva OC-29/19 de 25 de noviembre de 2019 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/observaciones\\_oc\\_new.cfm?lang=es&lang\\_oc=es&nld\\_oc=2224](http://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?lang=es&lang_oc=es&nld_oc=2224).

CIDH: Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26) del 3 al 14 de marzo de 2008, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

CIDH: Remisión de estudio Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes de 23 de abril de 2012, disponible en: <https://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28504S.pdf>

CIDH: Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América (OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36) del 12 de noviembre de 2015, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (ICJ), Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, marzo 2007,

disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/48244e9f2.html>  
[Consultado el 12 junio 2022]

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016. Disponible en: <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf>

OEA: Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 noviembre 1969, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html> [Consulta: 19 mayo 2022]

ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948, 217 A (III), disponible en esta dirección:

<https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html> [Accesado el 18 mayo 2022]

ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p. 3, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/4c0f50bc2.html> [Consulta: 18 mayo 2022]

ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html> [Consulta: 18 mayo 2022]

SENTENCIA de 10 de diciembre de 1992, TEMAS: Funciones y aplicaciones de la pena, Castigo carcelario y dignidad humana, El calabozo, El prisionero y el Estado y Situación carcelaria, T-596/92, Referencia: expediente T-4368, T-4466, T-4665.

SENTENCIA de 9 de septiembre de 1998, Norma acusada: Artículo 46 (parcial) del decreto 2277 de 1979, C-481/98, Referencia: expediente D-1978.

SENTENCIA de 17 de octubre de 2002, Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros, y Edwin Campo Vega (personero de El Arenal (Bolívar)) contra Electrocosta S.A. E.S.P, T-881 2002, Referencia: expediente T-542060 y T-602073.

SENTENCIA de 12 de junio de 2003, Acción de tutela instaurada por Martha Lucía Álvarez Giraldo y otra contra el director del INPEC Regional Viejo Caldas y otra, T-1096 de 2004, Referencia: expediente T-706697.

SENTENCIA de 4 de noviembre de 2004, Acción de tutela instaurada por Mauricio Gutiérrez Jaramillo contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, T-499/03, Referencia: expediente T-950466.

SENTENCIA de 12 de noviembre de 2013, Acción de tutela instaurada por Deiler Enrique Santiago Romero y otros contra el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bogotá - La Picota y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, T-815/13, Referencia: expediente T-3.970.441.

SENTENCIA de 10 de febrero de 2016, Acción de tutela interpuesta por Edgar Guerrero Sánchez y otros contra la Dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Acacias (Meta), T-049/16, Referencia: expediente T-5177320.

SENTENCIA de 2 de junio de 2016, Acción de tutela instaurada por Héctor Alfonso Barrios Peña, mediante apoderado judicial, contra el Centro Comercial Portal del Prado, Vigilancia del Caribe Ltda. y Portales Urbanos S.A, T-291/16, Referencia: expediente T-5.350.821.

SENTENCIA de 2 de diciembre de 2016, Acción de tutela presentada por la señora Lucenis del Carmen Chica Genes contra el Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picalaña “Coiba”, T-686/16, Referencia: expediente T-5700589.

UNODC Reforma penitenciaria y medidas alternativas al encarcelamiento en el contexto Latinoamericano Opinión Técnica Consultiva ex officio No. 006/2013, dirigida a los Estados de la región de América Latina disponible en [https://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion\\_6/OTC\\_006.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/TechnicalConsultativeOpinions2013/Opinion_6/OTC_006.pdf)

# LOS RETOS DEL DERECHO ANTE LAS UNIONES POLIAMOROSAS

## THE CHALLENGES OF THE LAW REGARDING POLYAMOROUS RELATIONSHIPS

**Alex Munguía Salazar**<sup>1</sup>

Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

**Sofía González de la Calleja**<sup>2</sup>

Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

**Brenda Rosales Báez**<sup>3</sup>

Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

*Se puede estar enamorado de varias personas a la vez,  
y de todas con el mismo dolor, sin traicionar a ninguna.*

Gabriel García Márquez

### RESUMEN

El presente artículo afronta un tema contemporáneo y polémico que actualmente genera un sin número de dilemas y cuestionamientos sociales, morales y jurídicos que invitan a la reflexión respecto a las implicaciones que se deben valorar y aplicar cuando las relaciones poliamorosas surgen junto con problemas familiares que deben atenderse con juicio legal y que establezca las bases para su adecuada resolución. El objetivo es analizar la figura del poliamor y como puede ser una posibilidad de ajustes en las relaciones sociales y los cambios de aspectos jurídicos que el derecho debe considerar.

**PALABRAS CLAVE:** poliamor, familia, matrimonio.

Recibido el: 02.10.2023

Aceptado en: 02.11.2023

---

<sup>1</sup> Profesor investigador del posgrado en Derecho y de la Licenciatura en Ciencia Política de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Miembro del sistema nacional de investigadores nivel 2. E-mail: alex.munguia@correo.buap.mx orcid.org/0000-0001-9030-2149

<sup>2</sup> Profesora de la licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. E-mail: sofia.gonzalezdlc@correo.buap.mx orcid.org/0000-0001-6981-5089

<sup>3</sup> Profesora de la licenciatura en Derecho y de Criminología en la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. E-mail: brenda.rosalesb@correo.buap.mx orcid.org/0000-0003-3781-1141

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se abordan temas relacionados al origen y evolución de las relaciones abiertas, así como la figura del poliamor en los tiempos modernos y sus tipos, considerando las resoluciones jurídicas en uniones poliamorosas y comentarios del precedente jurídico en Puebla del poliamor y finalmente efectos jurídicos en este tipo de relaciones.

El derecho es una de las ciencias sociales más importantes que regulan, direccionan, organizan y dan validez entre otras cosas al actuar humano frente a la sociedad, desde siempre, desde el origen de la humanidad, esas normas primero sociales, morales, religiosas y después jurídicas dieron validez y certeza real, humana y jurídica a las relaciones humanas. En esencia el derecho debe abrazar en su regulación y aplicación todas las necesidades humanas, así fue desde el derecho clásico romano hasta nuestros días, figuras como los delitos, divorcio, matrimonio, adopción por citar solo algunas de las instituciones jurídicas con antecedentes en Roma que desde su origen y hasta nuestros días han sufrido innumerables transformaciones en atención al cambio social.

Mencionamos y hacemos hincapié en que el matrimonio en su naturaleza jurídica es un contrato, partiendo desde luego de la voluntad de las partes para comprometerse y porque así lo formula nuestro Código Civil poblano y bien es en este sentido particularmente donde si la voluntad de las partes es unirse civilmente por un término indefinido, también lo es el que nuevas variantes del matrimonio se nos presenta, trayendo con esto una serie de situaciones complejas que el derecho tiene que resolver a la luz de criterios y normas actuales, en atención a esa transformación social que las normas jurídicas deben reconocer y adaptarse a ellas.

Desde luego el tema de investigación, aunque jurídico tiene consecuencias sociales que brevemente se plantean y que traen consigo muchas interrogantes y situaciones que ya se viven en estas uniones y que hoy planteamos con la intención

de analizar, reflexionar y plantear no solo su estudio si no también su adecuación en el derecho.

## 2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES ABIERTAS

En la época romana las relaciones de pareja se daban por *afecctio maritalis*, (figura jurídica del matrimonio) que fue la base del matrimonio, relación de dos personas de diferente sexo, es decir, semejante al matrimonio tradicional actual aclarando que para México el matrimonio se da entre dos personas sin importar su sexo. Pero al referirnos al poliamor es menester señalar que esta palabra compuesta significa la relación amorosa, afectiva y sexual entre varias personas de sexos distintos que se da en forma consensuada entre los involucrados teniendo estos, plena capacidad legal, judicial y de goce de sus derechos. Este tipo de relaciones no son nuevas, tienen diversos precedentes que a continuación se citan en forma textual de acuerdo con Lara:

*“En el Código de Hammurabi encontramos preceptos que establecen las relaciones amorosas y sexuales consensuadas, entre más de dos personas, tres, pero no más. Así,*

*144.- Si un señor tomó en matrimonio a una esposa principal y esta esposa le dio una esclava a su marido y ha tenido hijos con la esclava, si ese señor se propone tomar en matrimonio a una concubina, no se le autorizará a ese señor, tomar en matrimonio a una concubina. (...)*

*146.- Si un señor tomó en matrimonio a una esposa principal y ella le dio una esclava a su marido y tuvo hijos (con la esclava), si más tarde esa esclava ha querido igualarse con su señora porque tuvo hijos, su señora podrá venderla; le colocará una marca (con la señal de la esclavitud) y la contará con sus esclavos.<sup>4</sup>*

Por otra parte Tapia (2022) señala que en la Edad Media era conocido por todos el extraordinario poder de la iglesia sobre el comportamiento humano de todos sus fieles, imponiendo entonces con base en las escrituras un matrimonio monogámico, pero sólo para las mujeres, es decir, situación que obligaba a las mujeres únicamente a una absoluta fidelidad castigada y censurada socialmente y

---

<sup>4</sup> Lara Peinado, Federico, Código de Hammurabi, Madrid, Editora Nacional, 1982, p. 107.

divinamente, condiciones que dieron origen a otras figuras sociales que si bien ya existían no eran concebidas en forma tan natural como *el amante* de la mujer y el *marido cornudo*.

Así pues el hombre gozaba de la libertad sexual, en contradicción con la mujer trayendo como consecuencia la figura del adulterio que desde siempre fue castigado con rigor, sin dejar de existir hasta nuestros días y en algunos momentos fue causa de pérdida de derechos, disolución del matrimonio o incluso en algunas culturas de castigos mucho más severos, la monogamia representó así mismo desde siempre el sometimiento ancestral de la mujer ante el hombre, sometimiento al que la mujer se resignó durante muchos periodos de la historia de los derechos familiares de las mujeres y solo hasta la época contemporánea la mujer se ha rebelado expresamente en distintos contextos sociales obteniendo en consecuencia el reconocimiento a sus derechos fundamentales partiendo de sus derechos básicos primarios hasta llegar a un pleno reconocimiento de igualdad entre hombres y mujeres que señala el artículo 1 y 3 constitucional, así como los diversos ordenamientos que reconocen y protegen los derechos de las mujeres<sup>5</sup>.

### **3. NUEVAS UNIONES (EN EL DERECHO CIVIL Y FAMILIAR DEL ESTADO DE PUEBLA, MÉXICO)**

Actualmente en el derecho civil están surgiendo diversas figuras que de una u otra manera se equiparan al matrimonio como son el concubinato, las sociedades de convivencia, el amasiato y las uniones poliamorosas, todas ellas en la mayoría de los casos sólo establecen opciones diversas de regular uniones de parejas que anteriormente no eran reconocidas por el derecho y en la mayoría de los Estados donde son implementadas de algún modo con mayor o menor aceptación funcionan, pero la pregunta aquí sería y ¿el matrimonio como institución del derecho civil que postura guarda ante las transformaciones actuales? Desde luego es una pregunta

---

<sup>5</sup> Tapia Ramírez, Javier (2022). Comentario a la sentencia del “poliamor”. Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXXII, Número 283, Mayo-Agosto 2022  
DOI:<http://10.22201/fder.24488933e.2022.283.83354>

que se plantea, si el matrimonio actual está en crisis por qué no buscar soluciones alternas, que desde luego se reconoce, que no solucionarían del todo la crisis actual del matrimonio, ya que evidentemente las causas son tan diversas que van desde la educación, la religión, la economía y muchas otras razones que son factores de conflictos y violencia familiar que lleva al divorcio y a la poca credibilidad de esta institución.

El matrimonio no sólo en Puebla sino en el mundo entero se encuentra en decadencia y de una forma o de otra representa una preocupación latente para la sociedad en general, de tal forma que el interés generalizado debe ser por modernizar la legislación en concordancia con la sociedad actual, de tal forma que deben reconocerse figuras subsidiarias al matrimonio con la finalidad de amparar y regular los derechos de todas y de todos bajo cualquier figura de unión que sea fuente de derechos y obligaciones familiares.

Respecto al concubinato como figura análoga al matrimonio el Código Civil en su artículo 298 en el estado de Puebla, señala que se constituye cuando dos personas deciden vivir juntas por un plazo mínimo de dos años o menos cuando tienen hijos y que a su vez no tengan impedimento alguno para celebrar el matrimonio jurídico entre ellos, es decir, que ninguno de los concubinos esté casado legalmente, esta institución tiene los mismos efectos que un matrimonio tales como la tutela, los alimentos, los derechos hereditarios, derecho al nombre respecto de los hijos (filiación) etc., encontrándose su única diferencia en la disolución, ya que este se termina simplemente con la interrupción de la cohabitación.

Con la sociedad de convivencia contractual se hace referencia a una unión entre dos personas sin distinción de sexo, sin que necesariamente exista interacción sexual entre las partes, unión en la cual debe haber voluntad y de la que se desprenden derechos a la seguridad social, a los alimentos, derechos hereditarios entre otros, sin que tengan ninguna de ellas celebrado matrimonio con alguna persona u otro contrato de convivencia o concubinato, tal y como lo establece el artículo dos de la Ley de sociedad en convivencia para la Ciudad de México: “La

Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”<sup>6</sup> de tal forma que esta sociedad regula la relación de dos personas a las que se les llama convivientes.

El amasiato se debe concebir como la relación de una pareja las cuales tienen impedimento legal para unirse en matrimonio, es decir cualquiera de los dos está casado, pero mantiene una unión parcialmente permanente con su amasia o amasio, cabe agregar que dicha unión aún no se encuentra regulada dentro del derecho familiar y civil del estado de Puebla, sin embargo se presenta como una relación bastante común, incluso estas relaciones al ser fuentes de derechos se tienen que resolver judicialmente en atención a figuras subsidiarias con ella, particularmente en atención a los derechos que legalmente asisten a los hijos que pudieran nacer de estas relaciones, así como a los derechos patrimoniales que se generen durante esta relación.

Cabe hacer mención que no se debe confundir el poliamor con los intercambios de pareja planeados o fortuitos momentáneos llamados “swingers”, es decir, los intercambios de pareja ya que el poliamor establece una relación más o menos permanente abierta y consensuada entre sus integrantes.

#### **4. EL POLIAMOR EN LOS TIEMPOS MODERNOS**

El término poliamor es relativamente moderno se atribuye a la escritora Glory Zell-Ravenherat, quien fue una activista californiana, líder de una comunidad neopagana, y que fue precursora de esta palabra compuesta, la cual mencionó en su obra *Un puñado de amantes* publicada en 1990, época en la cual comenzó a difundirse la idea y concepción de parejas sin exclusividad sexual, renunciándose a un monopolio matrimonial, así como a la forma tradicional de inclusión de obligaciones y deberes maritales, sin que esto implique necesariamente el aguantar

---

<sup>6</sup> Ley de sociedad en convivencia para la ciudad de México.  
[https://congresocdmx.gob.mx/archivos/transparencia/LEY\\_DE\\_SOCIEDAD\\_DE\\_CONVIVENCIA\\_PARA\\_LA\\_CIUDDAD\\_DE\\_MEXICO.pdf](https://congresocdmx.gob.mx/archivos/transparencia/LEY_DE_SOCIEDAD_DE_CONVIVENCIA_PARA_LA_CIUDDAD_DE_MEXICO.pdf)

contra viento y marea las infidelidades de la otra persona, básicamente se entendía como forma de estar de acuerdo en una relación libre, manifestándose de manera honesta y consiente de obrar ante los ojos de la pareja y ante la sociedad, estando dispuestos a permitir de forma consensual mantener otras relaciones amorosas y de esta manera terminar con la recurrente monogamia y deberes propios del matrimonio y del hogar así como del cuidado de los hijos<sup>7</sup>.

Por otro lado, el término poliamor (o poliamoría; polyamory en inglés) es un neologismo que surge a mediados del siglo XX el cual se hizo popular en los años 90's como anteriormente se señaló, dicho término se construye a partir de la raíz griega poly, que significa o implica 'muchos', término que traduce la idea de los amores múltiples, siendo una relación de varias personas que se vinculan de diversas formas a un mismo tiempo. Esta nueva concepción de unión reafirma el carácter polisémico de las relaciones en las que subyace principalmente el interés amoroso de varios de cohabitar voluntariamente bajo un mismo techo en una relación abierta y libre<sup>8</sup>.

Últimamente, en lo que va del siglo XXI y a pesar de las diversas transformaciones siguen persistiendo las rigurosas formalidades tradicionales de un matrimonio monógamo aunque en menor medida y desde luego se considera que esto también depende de los contextos sociales en los que se desarrollen dichas uniones, incluso se puede afirmar que la forma en cómo se vinculan afectiva, familiar y patrimonialmente las parejas ha cambiado, lo cual conlleva a la poca duración de tales uniones que se considera que no cuentan con esa fortaleza y duración necesarias para consolidar una familia.

---

<sup>7</sup> Tapia Ramírez, Javier (2022). Comentario a la sentencia del "poliamor". Revista de la Facultad de Derecho de México Tomo LXXII, Número 283, mayo-agosto 2022 DOI: <http://10.22201/fder.24488933e.2022.283.83354>

<sup>8</sup> Osorio y Ordoñez. (2022). *Poliamor: Nueva Forma de Familia y su Régimen Patrimonial*. [https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23059/PROYECTO\\_OSORIO\\_Y\\_ORD\\_EZ-U%20%2812%25%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23059/PROYECTO_OSORIO_Y_ORD_EZ-U%20%2812%25%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y) p. 11-12.

Transformaciones que ha tenido como consecuencia el alto índice de divorcios y paradójicamente la disminución de estos como resultado de la disminución de los matrimonios, el incremento de las parejas de hecho se debe en gran medida al pensamiento actual que como constructo social se forma y se consolida como una nueva visión en los jóvenes los cuales dicho sea de paso no buscan compromisos permanentes de pareja como tampoco responsabilidades de tipo económico y si las tienen su objetivo es que sean afrontadas proporcionalmente o en su caso que se conserve la individualidad patrimonial de los involucrados.

En nuestro país la poligamia está prohibida legalmente, aunque exista en la práctica como uniones mal vistas por cuestiones de tipo moral y social, sin embargo, al ser un fenómeno actual es concebible la pertinencia de su regulación, cabe agregar que estas uniones en algunos estados árabes son totalmente normadas, en el caso de nuestro país ya existen iniciativas de ley al respecto o en su caso los máximos tribunales del poder judicial se han pronunciado a favor de reconocer el derecho de los individuos a este tipo de unión partiendo del reconocimiento de su derecho al libre albedrío, a su interacción sexual, así como de sus derechos de la personalidad de los cuales forma parte esa libertad sexual, en ese orden de ideas se constituyen nuevas formas de relaciones o formas de amar como el poliamor, son reiteradas en la sociedad, toleradas y permitidas actualmente, y no impuestas por la ley, sino más bien por el respeto al legítimo derecho de la libertad del ser humano, así como al desarrollo su propia personalidad y por ende a la protección de la dignidad humana universal.

Los cambios sociales repercuten en el derecho invariablemente en este caso en el derecho civil y familiar, el reconocimiento de estas transformaciones no son concesiones que el Estado da, ya que son producto de luchas sociales, de grupos vulnerables, organizaciones de mujeres y de la sociedad en general y que el estado en consecuencia está obligado a reconocer en las normas jurídicas, invariablemente se rompen valores morales tradicionales de la familia y de la sociedad con las concepciones modernas de este tipo de unión entre varias

personas, lo que ciertamente ocurre es que la sociedad social se transforma y esto conlleva igualmente a muchos cambios que van desde lo familiar, económicos, productivos y jurídicos que impactan en los modos de producción capitalista de los satisfactores humanos.

Las formas de interacción sexual no necesariamente requieren de una figura jurídica que las regule, sin embargo, el objetivo del derecho es abrazar y amparar todos los efectos y consecuencias que de esas interacciones sexuales se den, por lo tanto si una relación poliamorosa se da recurrentemente, el derecho se obliga a su reconocimiento, hoy por hoy el matrimonio igualitario rompió el paradigma de las uniones tradicionales, abriendo el pensamiento y la visión para identificar y plantear que la familia tiene un sinfín de fuentes aun cuando algunas de ellas choquen y confronten la moralidad de ciertos sectores conservadores recalcitrantes a los cambios y actualización del derecho.

#### **4.1 Tipos de poliamor**

Todas las relaciones poliamorosas son diferentes, sin embargo, el poliamor tiene una base y premisas fundamentales que le son comunes y es que en todas las relaciones los participantes en forma consensuada defienden los valores y compromisos que van a servir para regular su relación, es decir la negocian basándose en la confianza, compromiso, respeto, que debe premear o prevalecer entre los poliamorosos, sin embargo se considera que independientemente de esos compromisos como en toda relación pueden no darse o respetarse dichos valores como ocurre en las relaciones normadas tradicionales, es decir, si bien se basan en confianza, respeto y apoyo entre personas adultas y libres lo cual ocurre también en el matrimonio tradicional esto no implica ninguna garantía de permanencia y de respeto a su compromiso<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Klesse, C. (2011). Notions of love in polyamory: Elements in a discourse on multiple loving. *Laboratorium*, 3 (2), 4–25. Recuperado de: <http://www.soclabo.org/index.php/laboratorium/article/view/250/586>

Además, en estas uniones se considera al “amor” como el eje de las relaciones, sin embargo, la realidad permite identificar que también se basan en necesidades no solo afectivas sino económicas, apoyo, buscando seguridad y permanencia en dos o más personas por lo que la cuestión afectiva no es necesariamente el núcleo medular de las relaciones poliamorosas, si bien es cierto es un amor entendido de una manera diferente a lo tradicional, lo que caracteriza a las relaciones es que no hay una exclusividad afectiva y sexual entre dos personas aun cuando entre los implicados se entienda una fidelidad del grupo<sup>10</sup>.

Desde este enfoque se considera que amar a una sola persona en forma indefinida o permanente es imposible, en consecuencia, se rechaza la posibilidad de que una persona pueda satisfacer todas las necesidades afectivas, emocionales, económicas, etc. de otra, de ahí que es pertinente concebir a todas las uniones principalmente a estas como convivencias actuales o contemporáneas de tipo afectivo abiertas, en lo cual muchos sectores podrían no estar de acuerdo, partiendo de un orden moral y religiosos<sup>11</sup>.

Como ocurre con las relaciones monógamas, las uniones poliamorosas son distintas entre sí, pudiendo clasificarlas en las siguientes:

- Poliamor jerárquico, en la cual existe una persona comúnmente con jerarquía sobre las demás con las que tiene una relación afectiva y sexual controlada por este.
- Poliamor no jerárquico, en esta relación todos los poliamorosos están en el mismo nivel es decir no hay jerarquías ni control de uno sobre los otros.
- Poliamor abierto, en esta unión los poliamorosos forman un conjunto involucrado y comprometido en una relación, sin embargo, libremente

---

<sup>10</sup> Deri, J. (2015). *Love's refraction: Jealousy and compersion in queer women's polyamorous relationships*. Toronto: University of Toronto Press.

<sup>11</sup> Haritaworn, J.; Lin, C. J., y Klesse, C. (2006). Poly/logue: A critical introduction to polyamory. *Sexualities*, 9 (5), 515–529. DOI: 10.1177/1363460706069963

pueden relacionarse sexualmente fuera del grupo sin permanencia afectiva o sexual, esta forma rompe con el principio de fidelidad grupal.

- Poliamor de ingreso, esta figura de poliamorosos se centra en la existencia del grupo afectivo socialmente constituido en el que pueda ingresar otro individuo a la relación con el acuerdo de todos y en consecuencia que pudiera generar derechos no solo afectivos sino jurídicos, como más adelante analizaremos dentro de las implicaciones legales que generan estas uniones y que van siendo precedente para resolver controversias legales vinculadas a todo tipo de derechos, como los derechos sucesorios como es el caso colombiano que más adelante detallaremos.

#### **4.2 Resoluciones jurídicas en uniones poliamorosas**

En los tiempos modernos las autoridades judiciales han tenido la necesidad de reconocer y resolver algunos efectos jurídicos relativos emanados de estas relaciones, con el propósito de que se cumpla con el derecho de que es igual para todas las personas, además de que en ese sentido se da por sentado que las normas jurídicas deben adaptarse a la evolución y transformación de las sociedades particularmente cuando se trata de la familia.

En este orden de ideas autoridades judiciales han resuelto como en el caso de Colombia, derechos sucesorios demandados en base a una relación poliamorosa en la cual los integrantes demandaron una pensión por “viudez” de los involucrados resolviendo el Tribunal de la siguiente manera:

La corte en Colombia resolvió respecto a una familia poliamorosa la pensión a favor de dos de sus miembros, detallando que John Alejandro Rodríguez Ramírez y Manuel José Bermúdez Andrade responden a una figura de compañeros permanentes simultáneos individualmente considerados con derechos a la prestación reclamada respecto a la pensión por muerte de Alex Esneyder Zabala quien falleció después de luchar contra un cáncer en 2014, el cual compartió su relación con los dos mencionados anteriormente, el tribunal resolvió que los viudos

eran merecedores de la pensión de sobrevivientes, ya que compartieron esa unión por una década.

Es de resaltar que un tercero Víctor Prada que se puede considerar como el cuarto involucrado también reclamó la pensión, sin embargo, no fue beneficiado con la pensión debido a que el hombre llegó a la relación solo doce meses antes de que la muerte de Alex, tiempo que ante la corte fue insuficiente para llegar a concederle el beneficio. Cabe hacer mención que Manuel y John contrajeron matrimonio el tres de noviembre del año 2000. En el año 2004 Alejandro conoció a Alex vinculándose afectiva y sexualmente con él y una vez que lo negoció con John decidieron añadirlo a su relación por lo que se resume de acuerdo al criterio de la corte “Que no existen razones jurídicas que permitan desconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes por el hecho de que tres personas sin importar el género hayan decidido conformar un núcleo de manera estable conformado por vínculos de afecto, respeto y solidaridad hacia un proyecto de vida en común, acreditando el componente afectivo y emocional que alentó su convivencia<sup>12</sup>.

Dicha resolución cita un precedente en dicho país latino americano que invariablemente ha influido en otros países cuando se trata de resolver amparos a fin de constituir un matrimonio poliamoroso o en su caso los derechos que de estas uniones resulten aun cuando no sean en resultado de una unión reconocida por la ley.

Por otro lado, por primera vez una trieja<sup>13</sup> (relación romántica o sexual entre tres personas) de hombres que fueron padres a través de un vientre subrogado anotaron en la partida de nacimiento de sus hijos sus nombres y apellidos, esto sucedió en el año 2007 cuando un Juez Norte Americano permitió que Ian Jenkins, Alan Mayfiel

---

<sup>12</sup> Infobae (2023). Familia poliamorosa <https://www.infobae.com/lgbt/2022/12/19/familia-poliamorosa-logro-que-un-tribunal-colombiano-les-reconociera-la-pension-de-uno-de-sus-miembros-esta-es-la-historia/#:~:text=Manuel%20Jos%C3%A9%20Berm%C3%BAdez%2C%20%C3%81lex%20Esneyder,reconocida%20en%20matrimonio%20del%20pa%C3%ADs> .

<sup>13</sup> Entiéndase por Trieja, conjunto de tres personas, la palabra obedece a la combinación del elemento latino tri, es decir tres, al igual que polieja o multieja.

y Jeremy Allen Hodges figuraran como padres en el certificado de nacimiento de sus hijos, dicho acontecimiento fue relevante para establecer los derechos de las familias poliamorosas y estas fueran reconocidas en Estados Unidos<sup>14</sup>.

Este acontecimiento fue publicado tiempo después en las memorias escritas por Ian Jenkins “Tres papás y un bebe: aventuras de las familias modernas”. En este texto también menciona Jenkins que nunca sufrieron rechazo o discriminación, y lo que buscaron fue el reconocimiento legal para ser reconocidos como padres de sus hijos, ya que buscaban que estos no fueran blanco de burlas o críticas, y si bien es cierto lo más complicado para la triéja de padres fue subrogar un vientre debido a que necesitaban una orden de la corte, donde se detallara la identidad de los padres legales; finalmente antes del nacimiento de sus hijos se otorgó la paternidad a los tres. Esto marca un nuevo presente en los Estados Unidos, en lo que respecta a las implicaciones en cuanto a derecho se refiere respecto de la conformación de las familias poliamorosas.

De la misma forma en Argentina una triéja compuesta por dos papás y una mamá obtuvieron un fallo en el que su bebé fue inscrito y que en su partida de nacimiento figuraran dos padres y una madre, esto constituye de igual forma una precedente y una modalidad en las familias poliamorosa estableciendo un modelo de coparentalidad en el cual dos hombres con un vínculo previo establecieron con una mujer que compartía con ellos el mismo deseo filial, pero que sin embargo no tenía con los dos hombres ninguna relación de tipo sexual, de dicha unión nació este hijo que fue concebido mediante fertilización asistida en el año 2022, dicho fallo tuvo lugar en el juzgado nacional de lo civil número siete de la ciudad de Buenos Aires<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> La Nación (20 de febrero 2021). Por primera vez, una triéja de hombres figura legalmente como padres de un niño. <https://www.lanacion.com.ar/lifestyle/por-primera-vez-una-trieja-de-hombres-figura-legalmente-como-padres-de-un-nino-nid20022021/>

<sup>15</sup> Russo, Fernando (13 de julio de 2022). La triéja mendocina sobre el fallo que permitió a bebé tener 2 papás y 1 mamá: “Que mejor que tener el amor de tres” <https://www.losandes.com.ar/sociedad/la-trieja-mendocina-sobre-el-fallo-que-permitio-a-bebe-tener-2-papas-y-1-mama-que-mejor-que-tener-el-amor-de-tres/>

Es pertinente mencionar que este tipo de uniones da lugar a un modelo de familia de coparentalidad que se refiere la interacción entre dos o más adultos que asumen un compromiso de responsabilidad de tener y educar juntos a un hijo o más mediante la colaboración y coordinación entre ellos sin que exista interacción sexual, esta variable de familia se da principalmente bajo los principios meramente filiales que conllevan responsabilidad y asistencia de los padres cuyo objetivo vital es tener hijo.

En este orden de ideas es evidente que los modelos y concepción de familia están constantemente en evolución y la ley así como quienes están encargados de aplicarla están en el deber de reconocer estos nuevos modelos lo cual se ha venido dando de forma paulatina en diferentes países, y concretamente son las de cuarenta estados donde este tipo de relaciones, aunque con nombres diferentes ya se encuentra reconocida y en muchos de ellos ese reconocimiento se da por tradición religiosa (estados árabes) y no por una actualización de los países occidentales, algunos de estos son: Afganistán, Argelia, Bangladésh, Congo, Egipto, Marruecos, Jordania, es decir países de mayoría religión Musulmana o países Africanos, en donde estas uniones se dan principalmente entre un varón con varias mujeres y no mixta o al revés como ocurre en occidente.

En Europa no existe regulación al respecto, así como en Estados Unidos y Canadá, sin embargo, sin ser legales estas uniones son permitidas socialmente y reconocidos sus efectos tal como ocurre en México.

## **5. PRECEDENTE JURÍDICO EN PUEBLA Y LAS IMPLICACIONES DEL POLIAMOR**

A la luz de lo que el derecho señala en cuanto a la protección de las uniones afectivas y sexuales tales como el matrimonio y el concubinato y en consecuencia cualquier otra semejante, es pertinente establecer que una unión poliamorosa debe tener sustento jurídico en la misma norma que por analogía le corresponde, es decir

que su protección, así como los efectos derechos y obligaciones de los poliamorosos deben ser recíprocos en unión a otras figuras.

Al referirnos a las implicaciones jurídicas del poliamor en México pretendemos señalar algunos alcances relativos a esta figura que son fundamentales como precursores de una posible regulación jurídica en el corto o largo plazo de las relaciones poliamorosas, y que más adelante en otro apartado mencionaremos como efectos de estas relaciones, por lo que es conveniente citar en forma preponderante la resolución de la Suprema Corte de Justicia del Estado de Puebla referente a la protección en solicitud de un quejoso a efecto de celebrar una unión con dos mujeres.

“El 21 de mayo de 2021, el Juzgado Octavo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y Trabajo, y Juicios Federales en el Estado de Puebla, emitió en el Juicio de Amparo 1227/2020, la sentencia mediante la cual amparó a una persona del sexo masculino, para el efecto de que pudiera contraer matrimonio simultáneamente con dos mujeres con las que realiza vida marital entre los tres de manera consensuada, con fundamento en que la “estigmatización” y la “categoría sospechosa” que encierran los artículos que definen al matrimonio y al concubinato, contravienen los Derechos Humanos”<sup>16</sup>.

Por resolución emitida en la Ciudad de Puebla en el Juzgado Octavo de Distrito en materia de Amparo, se da un parte aguas entre lo que está regulado y los alcances que en derecho los tribunales pueden resolver, en relación a las uniones no tradicionales concibiéndolas en un sentido mucho más abierto ya que este tipo de relaciones son también fuente de la familia y en su resolución se destaca el señalar

---

<sup>16</sup> Rivera, Iván. (20 de julio de 2022). Poliamor triunfa en Puebla. <https://hipocritalector.com/portada/poliamor-triunfa-en-puebla-avala-juez-matrimonio-o-concubinato-para-mas-de-dos-personas/#:~:text=Esta%20resoluci%C3%B3n%20fue%20firmada%20de,que%20celebre%20una%20relaci%C3%B3n%20poliamorosa.>

como discriminatorio e inconstitucional el que un matrimonio o concubinato se limite a sólo dos personas, pudiendo ser más de dos y de diferentes sexos los cuales pueden vincularse afectiva, sexualmente o incluso sin que necesariamente entre ellos exista interacción de tipo sexual o afectivo.

A partir de dicha resolución en Puebla se entiende la apertura y el reconocimiento por parte de las autoridades de este tipo de uniones, así como de los efectos que estas conllevan, es decir que en tanto y cuanto no se regule en la ley dicha figura, los interesados ante la negativa de la celebración de dicho matrimonio tomarán este referente para poder solicitarlo mediante el trámite de un juicio de amparo.

Si bien es cierto la resolución emitida por el tribunal ya citado anteriormente causó revuelto en su momento y aún hoy sigue siendo un referente importante, las relaciones plurales o triejas como suelen llamarse, poco a poco se van normalizando y es factible que en un corto plazo sean reguladas, ya que como se mencionó existen países en donde son totalmente normales, aun cuando su tradición sea religiosa, su derecho lo es también.

El quejoso como principal argumento en su demanda impugnó lo establecido en los artículos 294 y 297 del Código Civil del Estado de Puebla, dado que estos numerales en relación al matrimonio y concubinato respectivamente, textualmente señalan que son uniones de dos personas, contraviniendo esto la solicitud del promoviente dado que su pretensión era obtener el amparo a fin de contraer matrimonio con más de una persona y en consecuencia argumenta una violación genérica a sus derechos fundamentales, sus derechos de la personalidad y su derecho a su interacción afectiva y sexual con las personas que él quiera. La resolución a favor del quejoso también menciona que dichos artículos del Código civil son violatorios de los artículos primero y cuarto constitucional, los cuales protegen la organización y libre desarrollo de la familia, así como también expresa que todas las personas sin importar su condición sexual, su raza, origen, edad, etc.,

deben gozar de los mismos derechos humanos sin que nadie atente contra su dignidad humana que pueda menoscabar sus derechos o libertades. Por otro lado, se considera que ni el matrimonio ni el concubinato como instituciones normadas son las únicas fuentes de la familia, además de que nadie que forme parte de estas uniones está obligada a reproducirse o a perpetuar su especie, concibiéndose ya estas relaciones como aquellas en las cuales el principal objetivo es la ayuda, asistencia y compañía mutua. Con ello Puebla es la primera entidad en el país en reconocer y amparar la solicitud de una persona con el objetivo de celebrar un matrimonio poliamoroso, y es consecuente pensar que los efectos que de estas uniones tienen que ser protegidas y reguladas por las leyes sustantivas.

El resultando del fallo se da en atención al respeto a la individualidad de las personas de vincularse sexual y afectivamente con quien libre y voluntariamente quiera, además con esto se sostiene el respeto a los derechos de la personalidad que cada individuo tiene y que para el caso de Puebla están señalados en el artículo 74 del Código civil del Estado en el libro de Personas, por otra parte la resolución también se sostiene en los artículos 1 y 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en términos generales establecen la igualdad entre hombre y mujeres así como el libre desarrollo social, cultural, y político entre otros.

### **5.1 Algunos efectos jurídicos en las relaciones poliamorosas**

Frente a la posibilidad de que el derecho pueda regular nuevas formas de uniones subsidiarias al matrimonio y al concubinato tales como las mencionadas anteriormente (amasiato, uniones poliamorosas) se abre un panorama de interrogantes y respuestas que el derecho debe de resolver y afrontar, ya que se trata de figuras íntimamente vinculadas al derecho civil y familiar que involucran instituciones tales como la patria potestad, el parentesco, el derecho sucesorio, los alimentos, reproducción, régimen patrimonial, adopción, filiación, divorcio, entre

otros, figuras contempladas en su mayoría en el libro segundo de familia de nuestro Código Civil del Estado de Puebla.

En este sentido se puede identificar la gran complejidad jurídica que el derecho debe resolver frente a estas uniones novedosas, cabe hacer mención la relevancia que desde el punto de vista social tienen estas uniones y debido a que la familia como institución es trastocada en sus conceptos tradicionales, siendo que esta significa para la sociedad poblana la célula primaria principal basada en tradiciones moralistas arraigadas y con pensamientos muy conservadores en lo que a la familia respecta, es prudente plantearse que las leyes en general sirven para moldear, cambiar esa mentalidad y abrirse en esa deconstrucción para que la sociedad transforme sus ideas conservadoras y se ubique a la par del derecho, cuando estas normas dejan su conservadurismo y se atreven a amparar todas las necesidades sociales de personas o individuos que rompen los paradigmas.

Instituciones como la patria potestad están íntimamente vinculadas con relaciones subsidiarias al matrimonio (uniones poliamorosas) definiéndola el Código Civil del Estado de Puebla en su artículo 597, dicta que la Patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que recíprocamente tiene por una parte el padre y la madre, y por la otra los hijos menores no emancipados, y cuyo objeto es la guardia de la persona y bienes de estos menores, así como su educación<sup>17</sup>; como se desprende al artículo antes enunciado la patria potestad es una institución que impone a los padres facultades de protección y cuidado respecto de los hijos y en consecuencia a los hijos respecto de los padres, en ese sentido las uniones poliamorosas invariablemente al darse la reproducción entre ellos generarán este tipo de derechos de los que lógicamente se debe concluir que todos los involucrados tendrían las mismas responsabilidades frente a sus hijos, sin embargo, al ser varios los facultados para dirigir proteger o educar a un menor se presenta una complejidad de atribuciones de formas variables que pueden afectar el libre desarrollo del menor, además de que ante el panorama de la posible muerte de los padres, la patria

---

<sup>17</sup> Compendio Civil para el Estado de Puebla. (2021) México: Compilaciones jurídicas p.59

potestad recae en los abuelos en forma compartida y esto lleva a plantearse que un menor debería convivir en forma conjunta con sus abuelos. En situaciones así se podrían presentar conflictos en relación ¿a quién tendría mejor derecho a ejercer la patria potestad?, si esa patria potestad se va a determinar en relación a una antigüedad, si se puede determinar en relación a quien tenga mejor aptitud para ejercerla y se considera que en situaciones de este tipo la autoridad judicial es la que tendría que resolver semejante controversia, atendiendo principalmente la protección del interés superior del menor.

Derivado de la institución anterior cabe señalar que también surgen otras implicaciones importantes como son el parentesco, el cual determina el nombre de la persona y su vinculación con sus padres y parientes, es decir que los hijos habidos en estas uniones tendrían que llevar los apellidos de todos sus padres o madres y en consecuencia se considera que se tendría que adecuar el artículo 862 y 863 del código civil relativo a las actas de nacimiento que mencionan en ambos artículos al padre y la madre, indicando entonces los padres o madres y por otro lado se propone adecuar el artículo 64 del Código civil en el libro de personas, indicando la permisión de varios apellidos agregados al nombre de pila del registrado, porque de esta manera se pueden atribuir las obligaciones respectivas referentes al menor tales como la tutela y alimentos entre otros.

En el mismo orden de ideas se presentan los derechos sucesorios de los descendientes, definiendo el Código Civil a la sucesión en su artículo 3020, herencia es la sucesión de los bienes, derechos y obligaciones del difunto que no se extinguen por la muerte y partiendo de este precepto el artículo 3341 cita lo siguiente “Si a la muerte de los padres quedaren solo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales” en interpretación de los numerales ya señalados, los hijos heredan en partes iguales y es consecuente plantearse que a la muerte de uno de los padres en una unión poliamorosa el hijo le heredará en la misma proporción que cualquiera de los involucrados en la relación, ya que el derecho le permite al matrimonio y consecuentemente igual derecho deben tener las uniones

poliamorosas a elegir un régimen patrimonial, es decir sociedad conyugal o separación de bienes, lo cual en consecuencia determinaría en el caso de la sociedad conyugal que los involucrados en la unión tengan un derecho igual, o en caso de estar unidos con un régimen de separación de bienes solo podrían heredar estos si demuestran su dependencia económica respecto del difunto y su necesidad alimentaria. En este sentido se considera que la autoridad judicial tendrá la facultad discrecional de determinar si todos los poliamorosos tienen el mismo derecho proporcional sobre los bienes del difunto o en su caso resolverlo en razón de una antigüedad o dependencia económica como resultó en uno de los casos ya planteados en los que la autoridad al resolver los derechos sobre una pensión de un difunto favoreció a quien tenía mayor antigüedad en la relación.

De lo anteriormente establecido se pueden identificar innumerables efectos y consecuencias emanadas de estas uniones que el derecho tiene que resolver, a fin de titular y proteger a los implicados y particularmente a los hijos de estas uniones que se ven directamente vinculados en relación a las instituciones que resumidamente se plantearon y en consecuencia se plantean las siguientes propuestas:

Primera: adicionar al artículo 294 del Código Civil relativo al matrimonio que a la letra dice lo siguiente: “El matrimonio es un contrato civil por el cual dos personas se unen voluntariamente en sociedad para llevar una vida en común con respeto, ayuda mutua e igualdad de derechos y obligaciones”, se propone que quede de esta manera... *“El matrimonio es un contrato civil por el cual dos o más personas sin distinción de sexo se unen voluntariamente en sociedad, para llevar una vida en común con respeto, ayuda mutua e igualdad de derechos y obligaciones”*. Esta adición al artículo ya mencionado apertura la posibilidad del reconocimiento de un matrimonio de varias personas en el cual no se limita por condición de sexo, esto inherentemente debe considerarse con los mismos efectos, derechos y obligaciones que el matrimonio tradicional tiene.

Segunda: en alusión a la institución del divorcio que en el código civil se plantea en su artículo 428 que señala que: “el divorcio disuelve el matrimonio y deja a los ex cónyuges en actitud de contraer otro”, en este sentido se propone que cualquiera de los involucrados en la relación de matrimonio poliamoroso que desee divorciarse, al hacerlo, esta disolución se de en relación a todos los implicados, ya que de no hacerlo así se presentaría una situación de cohabitación compleja, es decir el divorciado tiene que forzosamente separarse de todos aquellos con los que un momento contrajo matrimonio.

Tercera: con relación al concubinato como figura subsidiaria al matrimonio señalada en el artículo 297 del Código civil que dice: “el concubinato es la unión voluntaria y de hecho entre dos personas que estando en aptitud de contraer matrimonio entre sí, no lo han celebrado en los términos que la ley señala, haciendo vida en común de manera notoria y permanente, situación que podrá demostrarse si tienen hijas o hijos en común, o si han cohabitado públicamente como cónyuges durante más de dos años continuos”, se propone que quede de esta manera: *“el concubinato es la unión voluntaria y de hecho entre dos o más personas sin distinción de sexo, que estando en aptitud de contraer matrimonio entre sí, no lo han celebrado en los términos que la ley señala, haciendo vida en común de manera notoria y permanente, situación que podrá demostrarse si tienen hijas o hijos en común, o si han cohabitado públicamente como cónyuges durante más de dos años continuos”*.

Por otra parte, el artículo 298 relativo al concubinato en su fracción II dice lo siguiente: “el concubinato termina por muerte de uno de los concubinos, por voluntad de uno o ambos o por cualquier otra causa que implique la cesación de la vida en común”, se propone que quede de la siguiente manera: *“el concubinato termina por muerte de uno de los concubinos, o por voluntad de cualquiera de ellos o cualquier otra causa que implique la cesación de la vida en común”*.

Ahora bien, otra institución que tiene como fuente al matrimonio, a la reproducción o al concubinato son los alimentos, que el artículo 486 del Código civil define de la siguiente manera: “la obligación de dar alimentos es recíproca, el que los da tiene a

su vez el derecho de recibirlos”, el artículo 487: “los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos y los hijos están obligados a dar alimentos a sus padres”; analizando estos dos artículos se debe interpretar que los hijos concebidos en cualquier unión o mediante cualquiera de las formas que la ciencia permita, son obligados recíprocos, y en consecuencia en una relación de poliamor todos los padres o madres en atención a su capacidad y condiciones deben dar alimentos, algunas complicaciones que en este tema se presentan serían la forma de dividir los alimentos, la forma de prorratear los mismos, los porcentajes correspondientes, situación que sería aún más compleja cuando fuera el hijo el que tendría que repartir alimentos a todos sus padres o madres, esta situación también se presenta en los alimentos emanados de un matrimonio, sin embargo, es menos compleja ya que se trata de dos obligados frente a un hijo, o de un hijo frente a dos acreedores, lo cual implicaría una situación judicial a resolver de la mejor forma posible por la autoridad.

## **6. CONCLUSIONES Y EFECTOS**

De todo lo analizado se han generado un sin número de preguntas, muchas de ellas sin resolver, lo cual no implica que en este artículo se tengan que dar solución, el derecho como toda ciencia debe plantear preguntas y en algunos casos respuestas y al ser una ciencia progresiva constantemente debe irse adecuando a los cambios y necesidades sociales, en relación al tema de investigación, estas uniones sin ser nuevas plantean una serie de panoramas y supuestos que ya están ocurriendo y que seguirán sucediendo impactando particularmente en la familia, en los derechos, deberes y obligaciones que el derecho regula de cada uno de sus miembros e indirectamente también en lo que la sociedad expresa y siente respecto a esta forma no tan tradicional de unión.

Se concluye la viabilidad de la regulación de esta unión, dado que el derecho es igual para todos, y no debe excluir ninguna situación ordinaria o extraordinaria que afecte en sus derechos, deberes y obligaciones a los individuos, de no hacerlo

estaríamos frente a disposiciones jurídicas retrógradas que no van a la par de la evolución y transformación social de la cual no es ajena la familia particularmente, además de que toda la gama de situaciones complejas ya señaladas se están presentando en distintos contextos y escenarios lo cual se considera justifica no solo el análisis o estudio de estas relaciones sino también las implicaciones y con ellos las adecuaciones jurídicas que se proponen.

Finalmente queremos expresar que en muchos de los casos la labor legislativa es inexistente por desgracia por cuestiones políticas que obedecen a otros intereses que son realmente los que demanda la sociedad.

Efectos:

- a) Respecto de los cónyuges los efectos se refieren a los derechos, deberes y obligaciones que nacen del matrimonio y que son recíprocos.
- b) Respecto de los bienes se refiere particularmente a los efectos que resulten del régimen patrimonial del matrimonio y se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan todos los asuntos pecuniarios, de propiedad, administración, y disposición de los bienes de los cónyuges, así como de los derechos y obligaciones que se generen entre ellos y los terceros, en el momento de celebrarse el matrimonio, mientras dura y llega a su disolución.
- c) Respecto de los hijos los efectos se refieren a los derechos deberes y obligaciones que se tiene respecto de los hijos tal como lo determina la ley.

## 7. REFERENCIAS

Axa. (2023). Qué es el poliamor y porque se práctica. <https://www.axahealthkeeper.com/blog/que-es-el-poliamor-y-porque-se-practica/>

Baqueiro Rojas, Edgard. y Buenrostro Báez, Rosalía. (2009). *Derecho de Familia*. 2ª edición. Oxford.

Bernal Vélez, Isabel. Y otros 8. (2018). Puntualizaciones del amor: nuevas interpretaciones y paradigmas. Medellín – Colombia: Editorial Universidad Pontificia Boliviana.

Cerdeira, A. y Goldenberg, M. (2012). Poliamor e monogamia: construyendo diferencias e hierarquias. Revista Ártemis, 13, 62-71. Recuperado de: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/viewFile/14231/8159>

Código Civil para el Estado libre y soberano de Puebla. <https://ojp.puebla.gob.mx/legislacion-del-estado/item/448-codigo-civil-para-el-estado-libre-y-soberano-de-puebla>

Compendio Civil para el Estado de Puebla. (2021) México: Compilaciones jurídicas

Deri, J. (2015). Love's refraction: Jealousy and compersion in queer women's polyamorous relationships. Toronto: University of Toronto Press.

Engels, Federico. (2005). El origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado. México: Editores Unidos.

Haritaworn, J.; Lin, C. J., y Klesse, C. (2006). Poly/logue: A critical introduction to polyamory. Sexualities, 9 (5), 515–529. DOI: 10.1177/1363460706069963

Infobae (2023). Familia poliamorosa <https://www.infobae.com/lgbt/2022/12/19/familia-poliamorosa-logro-que-un-tribunal-colombiano-les-reconociera-la-pension-de-uno-de-sus-miembros-esta-es-la-historia/#:~:text=Manuel%20Jos%C3%A9%20Berm%C3%BAdez%2C%20%C3%81lex%20Esneyder,reconocida%20en%20matrimonio%20del%20pa%C3%ADs.>

Klesse, C. (2011). Notions of love in polyamory: Elements in a discourse on multiple loving. Laboratorium, 3 (2), 4–25. Recuperado de: <http://www.soclabo.org/index.php/laboratorium/article/view/250/586>

Lara Peinado, Federico, Código de Hammurabi, Madrid, Editora Nacional, 1982, p. 107.

La Nación. (20 de febrero 2021). Por primera vez, una triéja de hombres figura legalmente como padres de un niño. <https://www.lanacion.com.ar/lifestyle/por-primera-vez-una-trieja-de-hombres-figura-legalmente-como-padres-de-un-nino-nid20022021/>

Ley de sociedad en convivencia para la ciudad de México.  
[https://congresocdmx.gob.mx/archivos/transparencia/LEY\\_DE\\_SOCIEDAD\\_DE\\_CONVIVENCIA\\_PARA\\_LA\\_CIUDDAD\\_DE\\_MEXICO.pdf](https://congresocdmx.gob.mx/archivos/transparencia/LEY_DE_SOCIEDAD_DE_CONVIVENCIA_PARA_LA_CIUDDAD_DE_MEXICO.pdf)

Mansurt Tawill, Elías. (2010). El divorcio sin causa en México. Génesis para el siglo XXI. 2ª. Edición. México: editorial Porrúa.

Martínez Torio, Alejandro. (2017). El poliamor a debate. Revista Catalana de Dret Privat [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], vol. 17 p. 75-104  
<http://revistes.iec.cat/index.php/RCDP> / DOI: 10.2436/20.3004.02.97

Muñoz Rocha, Carlos. (2013). Derecho Familiar. México: Oxford.

Osorio y Ordoñez. (2022). *Poliamor: Nueva Forma de Familia y su Régimen Patrimonial*.

[https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23059/PROYECTO\\_OSORIO\\_Y\\_ORD\\_EZ-U%20%2812%25%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23059/PROYECTO_OSORIO_Y_ORD_EZ-U%20%2812%25%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. (2019). *Contratos civiles*. 17ª edición. México: Editorial Porrúa.

**LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL DESDE LA PERSPECTIVA  
DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO**  
**ARTIFICIAL INTELLIGENCE FROM THE PERSPECTIVE OF THE PHILOSOPHY  
OF LAW**

**Miguel Brito Betancor<sup>1</sup>**

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

**Haridian Martín Pulido<sup>2</sup>**

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

**RESUMEN**

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad el estudio del campo de la inteligencia artificial, así como su aplicación en el día a día, las ventajas e inconvenientes de su uso, su integración en el ámbito del derecho, y aquellas cuestiones que están suscitando debate en tanto en cuanto, generen un conflicto entre el desarrollo humano y el mundo del derecho. Se busca, además lograr una visión de conjunto de todas estas cuestiones para alcanzar un entendimiento de lo avanzado, o no, que está este ámbito.

**PALABRAS CLAVE:** Inteligencia Artificial. Derecho. Filosofía. Desarrollo Humano.

Recibido el: 08.10.2023

Aceptado en: 03.11.2023

**1. INTRODUCCIÓN**

En 2004, un joven Will Smith interpretó en el film dirigido por el director australiano Alex Proyas y con el título *I Robot*, a un policía en un mundo futurista donde los robots son especie común entre la sociedad del mañana. Estas máquinas se las programaba para ser la mano de obra del porvenir, realizando labores que actualmente son oficios comunes como por ejemplo, el trabajo en una fábrica, la asistencia a las personas mayores o las tareas del hogar. Y, mientras usted lee esto

---

<sup>1</sup> Máster Universitario en Abogacía por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Graduado en Derecho.

<sup>2</sup> Máster Universitario en Abogacía por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Graduada en Derecho.

y piensa, que tendrá que ver una película con las inteligencias artificiales y el mundo del derecho, una “roomba” le golpea el pie mientras genera un mapa de su vivienda y está conectado a internet por si hubiera una actualización del sistema.

Culturalmente, el mundo de los robots es un tema ya tratado desde muchos puntos de vista. Tal es la cantidad de veces que se ha fantaseado con ello que el consumidor no se percató que, cuando en el film de Marvel, *Vengadores: la Era de Ultrón* la inteligencia artificial integrada en los artilugios de *Tony Stark* es corrompida y se convierte en el enemigo de la trama, el último hilo de pensamiento del espectador es asociar que el malo es una máquina creada por el ser humano. Cuando en la saga de videojuegos *Portal*, el enemigo, GLaDOS, una inteligencia artificial que sistemáticamente nos pone pruebas con la intención de matarnos, la broma se cuenta sola.

Gran culpa de ello la ha tenido el escritor ruso Isaac Asimov quien, con su serie de libros, principalmente *Fundación*, sentó las bases de este género de ciencia ficción, y lo más sorprendente, las tres leyes de la robótica, que aún hoy en día se usan. A saber:

- I. *Un Robot no hará daño a un ser humano ni, por inacción, permitirá que un ser humano sufra daño.*
- II. *Un robot debe cumplir las órdenes dadas por los seres humanos, a excepción de aquellas que entre en conflicto con la primera ley”*
- III. *Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera y segunda ley.<sup>3</sup>”*

A pesar de estos esfuerzos de la ciencia ficción por presentarnos un mundo donde las máquinas se revelarán contra los seres humanos y donde nos exterminarán o controlarán como si fuéramos ganado, la realidad actual es otra distinta, siempre sin olvidar la siempre tan acertada muletilla de “*la realidad puede superar a la ficción*”.

Este trabajo tiene por objeto el estudio en global de la aplicación de la inteligencia artificial en relación con el mundo del derecho. Desde las facilidades que generan hasta aquellos conflictos que ya se han dado; como los famosos casos de

---

<sup>3</sup> ASIMOV I., “Circulo vicioso. Los Robots”, *Inteligencia Educativa*, 1942, Barcelona.

*Cambridge Analytica* y la fuga masiva de datos que Facebook facilitó<sup>4</sup>, o algunos incidentes en las que se han involucrado redes neuronales y han generado una responsabilidad frente a terceros afectados, como pueden ser los falles en los sistemas de algunos coches de la marca TESLA.

Para todo ello, vamos a hacer uso de los distintos trabajos, ensayos y noticias de actualidad relacionados con la inteligencia artificial, conseguir un vistazo general del estado actual del debate a favor o en contra de integrar estos sistemas en el día a día del ser humano. En definitiva, “*subirnos a hombres de los gigantes*”.

## **2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL**

### **2.1 Concepto de Inteligencia Artificial**

Existen tantas definiciones del concepto de inteligencia artificial como autores hablan del tema. Debido a ello, no existe una definición universalmente aceptada. Para ponernos un poco en contexto, podemos referirnos a lo expresado por el considerado creador del término, John McCarthy, quien lo entendió como “la ciencia y la ingeniería que consiste en crear máquinas inteligentes, especialmente programas informáticos inteligentes”<sup>5</sup>.

Otros autores, como “Rich y Knight (1994) y Stewart (1996), reconocen que es la capacidad de las máquinas para realizar tareas que actualmente realizan los humanos; Nependah (1988) y Delgado (1998) lo definen como el campo de estudio que se centra en la interpretación y simulación del comportamiento inteligente a partir de cómputos basados en la experiencia y el conocimiento continuo del entorno; Fred Fleifel Tapia describe a la IA como la rama de la informática que estudia la solución de problemas no algorítmicos utilizando cualquier técnica computacional disponible,

---

<sup>4</sup> EL PAÍS., “Caso #3: Cambridge Analytica, la gran fuga de datos”, 2020. Disponible en: [https://elpais.com/retina/2020/10/15/tendencias/1602775507\\_386132.html](https://elpais.com/retina/2020/10/15/tendencias/1602775507_386132.html). Consultado el 10 de julio de 2022.

<sup>5</sup> MCCARTHY, J., “What is artificial intelligence”, *Computer Science Department Stanford University*, 2007. Disponible en: <http://faculty.otterbein.edu/dstucki/inst4200/whatisai.pdf>. Consultado el 10 de julio de 2022.

independientemente de la forma de pensamiento basada en los métodos utilizados para lograr esa solución<sup>6</sup>.

Tras este compendio de ideas, entendemos que la IA es la habilidad de los computadores (inteligencia tecnológica) para realizar tareas que hasta hace poco solo ejecutaban los seres humanos<sup>7</sup>.

## LA IA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

### 3. LA ÉTICA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

#### 3.1 Problemas éticos

Con el paso del tiempo, el uso de la IA ha aumentado exponencialmente, lo que implica no solo un avance en la sociedad, sino también fue una exposición a ciertas situaciones puede causar un conflicto ético o moral, pudiendo afectar a la autonomía personal para la toma de decisiones<sup>8</sup>; el futuro del empleo<sup>9</sup>; el acceso a la información, a la educación<sup>10</sup> y a la salud<sup>11</sup>; la democracia y el estado de derecho<sup>12</sup>; la brecha

---

<sup>6</sup> OSUNA RODRÍGUEZ S.M., "Teoría de la inteligencia artificial para la calidad". *Gestipolis*, 2008. Disponible en: <https://www.gestipolis.com/teoria-inteligencia-artificial-calidad/>. Consultado el 10 de julio de 2022.

<sup>7</sup> CASTRILLÓN GÓMEZ, O.D., RODRÍGUEZ CÓRDOBA, M. P. y LEYTON CASTAÑO, J. D., "Ética e inteligencia artificial. ¿Necesidad o urgencia?", *Universidad Nacional de Colombia Manizales*, Caldas 0017, Colombia. Disponible en: <https://www.iiis.org/cds2008/cd2008csc/cisci2008/PapersPdf/C054TM.pdf>. Consultado el 11 de julio de 2022.

<sup>8</sup> SENRA, R., "El dilema de las redes sociales" de *Netflix. 5 secretos de los dueños de las redes para engancharnos y manipularnos, según el documental. BBC News Brasil*, 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54385775>. Consultado el 11 de julio de 2022.

<sup>9</sup> RIPIANI L., KUGLER A., SOLER N., KUGLER M., RODRIGO R., "El futuro del trabajo en América Latina y el Caribe. ¿Cuál es el impacto de la automatización en el empleo y los salarios?" *Banco Interamericano de Desarrollo*, 2020. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/El-futuro-del-trabajo-en-America-Latina-y-el-Caribe-Cual-es-el-impacto-de-la-automatizacion-en-el-empleo-y-los-salarios.pdf>. Consultado el 11 de julio de 2022.

<sup>10</sup> TUBELLA P., "Los estudiantes británicos derrotan al algoritmo de Johnson". *EL PAÍS*, 2020. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-08-18/los-estudiantes-britanicos-propician-la-primera-gran-derrota-de-johnson.html>. Consultado el 12 de julio de 2022.

<sup>11</sup> SALAS J., "El algoritmo que discrimina a los pacientes negros sin conocer su raza". *EL PAÍS*, 2019. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2019/10/24/ciencia/1571909798\\_596622.html](https://elpais.com/elpais/2019/10/24/ciencia/1571909798_596622.html). Consultado el 12 de julio de 2022

<sup>12</sup> BBC MUNDO "5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera U\$ 37.000 millones en un día", 2018. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43472797>. Consultado el 12 de julio de 2022.

digital; la protección del consumidor y de los datos personales; el derecho a la privacidad y el derecho a la igualdad y a la no discriminación<sup>13</sup>.

Ante este panorama, se han producido diversos debates sobre estos y otros problemas que puede causar la IA. Es por ello por lo que diversas organizaciones, entre ellas la UNESCO, están evaluando el posible impacto ético que podría tener y cómo se podría mitigar o reducir, lo que ayudaría a la elaboración de legislaciones futuras.

### 3.2 Autonomía.

El concepto de autonomía, lo podemos definir como la capacidad que tiene un individuo o entidad para realizar una actividad de acuerdo con sus propios estándares, de forma independiente. Siguiendo con lo dispuesto en esta interpretación, se nos van presentando una serie de incógnitas respecto a lo que puede llegar a ocasionar el uso de la IA en la autonomía de las personas, pues este tipo de tecnología puede suponer una amenaza.

Esto se debe a la influencia que pueda llegar a tener en el comportamiento de las mismas, debido a que los datos que se le proporcionan desde un inicio pueden estar sesgados o perfilados<sup>14</sup>, para darle “pequeños empujones”<sup>15</sup>, influyendo así en sus decisiones sin siquiera saberlo<sup>16</sup>.

Un ejemplo claro sería el coche autónomo, que como indica su nombre, es un vehículo capaz de viajar con poca o ninguna participación humana, gracias a los mecanismos necesarios para percibir su entorno y comprenderlo. Para lograr este nivel de comprensión, es necesario recolectar una gran cantidad de datos todo el

---

<sup>13</sup> UNESCO, “Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial”, 2021, pp.: 17. Disponible en: ([https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa)) Consultado el 12 de julio de 2022.

<sup>14</sup> JANSEN P. y BREY P., “Ethical Analysis of AI and Robotics Technologies”, *SIENNA Project*, 2019, pp.: 67. Disponible en: [https://www.sienna-project.eu/digitalAssets/801/c\\_801912-l\\_1-k\\_d4.4\\_ethical-analysis--ai-and-r--with-acknowledgements.pdf](https://www.sienna-project.eu/digitalAssets/801/c_801912-l_1-k_d4.4_ethical-analysis--ai-and-r--with-acknowledgements.pdf). Consultado el 14 de junio de 2022.

<sup>15</sup> BBC MUNDO, “Que es “la teoría del empujón” que le hizo ganar al estadounidense Richard H. Thaler el Nobel de Economía”. *BBC NEW MUNDO*, 2017. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41551856>. Consultado el 17 de julio de 2022.

<sup>16</sup> LESLIE D., “Understanding artificial intelligence ethics and safety: A guide for the responsible design and implementation of IA system in the public sector”. *Public Policy Programmer*, The Alan Turing Institute 2019, pp.:5. Disponible en: <https://doi.org/10.5281/zenodo.3240529>. Consultado el 17 de julio de 2022.

tiempo, a través del vehículo, siendo posteriormente procesados por el sistema informático de conducción autónoma del coche.

Uno de los dilemas que podemos plantear sobre el uso de estos automóviles parte del daño ocasionado, ya sea al entorno o a los individuos. Como mencionamos con anterioridad, este tipo de IA recibe una gran cantidad de datos previos, entre ellos los relacionados a los daños y los peligros que se puedan ocasionar en el trayecto, también se han realizado numerosos estudios para determinar cómo reaccionarían diversos participantes en situaciones límites en el caso de estar en la posición del susodicho vehículo, con lo que se consiguió realizar una media de la moral humana<sup>17</sup>.

El problema de esta situación es la de poder determinar con qué moral se regirá la referida inteligencia, pues a pesar de introducir dichos datos, partimos de lo mencionado anteriormente y es que esa información puede estar sesgada de alguna manera o incluso la propia IA dentro de su propia “autonomía” puede llegar a generar esa distinción entre personas, ya sea por sexo, edad, etnia, status social, etc., lo que se conoce como el dilema del tranvía<sup>18</sup>.

Por el momento estas cuestiones se irán analizando hasta que se pueda crear una legislación acorde a la realidad del momento, ya que de esta cuestión van surgiendo otras, que tendrán que tenerse en cuenta.

### **3.3 Responsabilidad.**

La IA representa el progreso de muchas maneras, pero no está exenta de riesgos, ya que puede dañar tanto a los bienes como a las personas, lo que ha dado lugar a muchos análisis doctrinales y proyectos sobre el modo de responsabilidad que se le puede aplicar a la IA, siendo estos muy diversos entre sí.

Uno de los problemas que nos podemos encontrar es el hecho de que los “robots” o este tipo de inteligencia no tengan una personalidad jurídica establecida

---

<sup>17</sup> ON THE ROAD, “El dilema moral del coche autónomo”. *ON THE ROAD. Together we move the world*, 2021. Disponible en: <https://www.ontheroadtrends.com/etica-en-coches-autonomos/>. Consultado el 18 de julio de 2022.

<sup>18</sup> SEGOVIA GONZÁLEZ R., “El dilema del tranvía”. *Linkedin*, 2020. Disponible en: [https://www.linkedin.com/pulse/el-dilema-del-tranv%C3%ADa-rogelio-segovia-gonzalez?trk=portfolio\\_article-card\\_title](https://www.linkedin.com/pulse/el-dilema-del-tranv%C3%ADa-rogelio-segovia-gonzalez?trk=portfolio_article-card_title). Consultado el 22 de julio de 2022.

como la de una persona física<sup>19</sup>, porque carecen del componente biológico básico que es “nacer”, lo que refuerza la idea de que no se podría equiparar los derechos y obligaciones.

En cuanto a la responsabilidad, se puede proponer otorgar a este tipo de inteligencia esta condición y así equipararlas a las personas jurídicas, tanto en derechos como en obligaciones, pero si seguimos por este camino, nos encontraremos con otra dificultad y es que, al no ser una persona física, estaríamos ante una figura legal ficticia.

También se tiene que tener en cuenta en este punto, el nivel de responsabilidad que se le podría atribuir dependiendo del nivel de autonomía que tengan estas IA, por lo que a mayor capacidad de aprendizaje o independencia, menor responsabilidad tendrán las otras partes, y cuanto más tiempo se "entrena" al robot, mayor será la responsabilidad de su “profesor”<sup>20</sup>.

Ante tantos interrogantes y la falta de legislación actual para solventarlo, cabe señalar que el proyecto Robolaw<sup>21</sup>, financiado por la Comisión Europea, tras una adecuada investigación, ha llegado a la conclusión de que este tipo de tecnologías no pueden ser consideradas responsables de los daños causados, pero sí el fabricante, su propietario o usuario, siempre que exista una relación de causalidad entre el daño y el hecho, sin embargo este es difícil de comprobar si la IA no está controlada por nadie.

Esta limitación es también un obstáculo para el desarrollo tecnológico, por lo que la Unión Europea ve la necesidad de abordar este tema. En 2017 el Parlamento Europeo publicó un Informe con recomendaciones a la Comisión de Derecho Civil sobre normas de Derecho civil sobre robótica<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Artículo 30 del Código Civil español.

<sup>20</sup> MOYANO LAÍN G., “Responsabilidad en inteligencia artificial: Señoría, mi cliente robot se declara inocente”, *eUSal Revistas Universidad de Salamanca*, 2021, pp.: 220. Disponible en: <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/AIS202191197232/26054>. Consultado el 22 de julio de 2022.

<sup>21</sup> EIURIS, “Proyecto Robolaw”, 2020. Disponible en: <http://www.robolaw.eu/>. Consultado el 22 de julio de 2022.

<sup>22</sup> COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS, “Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas del Derecho Civil sobre robótica”, *Informe A-8-2017-0005 Parlamento Europeo*, 2017.

### 3.4 Privacidad e intimidad.

En nuestro día a día utilizamos constantemente la tecnología, a través de sitios web, aplicaciones, etc., lo que implica la cesión de nuestros datos, en muchos casos sin nuestro conocimiento, pero esto afecta directamente a nuestra privacidad e intimidad y ahí es donde empieza el conflicto.

Si continuamos con el ejemplo del vehículo autónomo, podemos deducir que es capaz de moverse por su entorno, primero por los datos que se le han aportado previamente para que la IA pueda ejecutar los programas y con los sensores y cámaras disponibles para que dicho vehículo conozca su entorno y por ende utilice los datos disponibles a su alcance, como puede ser su horario de trabajo, dónde trabajan, su hogar y muchos otros. Estos datos se recopilan durante la vida útil del vehículo y, aunque es predecible, aún no se conoce por completo la finalidad o propósito para las que se recopilan estos datos ni cómo se utilizan.

Es por ello por lo que representan un riesgo para la privacidad porque permiten identificar, rastrear y monitorear las actividades y el comportamiento de las personas en espacios públicos y privados, no solo a través del reconocimiento facial sino también a través del reconocimiento de voz y el tracking de sus movimientos con los dispositivos inteligentes que tengan.

Dada la importancia que de estos datos, es necesario que el usuario sea capaz de saber que se hacen con los mismos, dando por tanto un uso ético a la IA, tarea que se vuelve cada vez más compleja a medida que avanza la tecnología, pues “la necesidad intrínseca de tener que conocer cuantos más datos e información para tomar “la mejor decisión posible” puede llegar a derivar en una sociedad totalitarista ya que habría control sobre cada uno de los ciudadanos y sus acciones”<sup>23</sup>, llegando a ocasionar una excesiva dependencia de esta tecnología.

---

Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_ES.html). Consultado el 25 de julio de 2022.

<sup>23</sup> GUILLEUMA GONZÁLEZ, P., “Ética aplicada a la inteligencia artificial de los coches autónomos”. *Universidad Pontificia Comillas*, ICADE, 2021. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/46698/TFG-%20Guilleuma%20Gonzalez%2C%20Patricia.pdf?sequence=1>. Consultado el 26 de julio de 2022.

Para mitigar estas inseguridades, causadas principalmente por la incertidumbre regulatoria, y para garantizar que los futuros usuarios confíen cada vez más en la IA, en 2018 la Comisión publicó la Estrategia de Inteligencia Artificial, y en 2019 publicó una lista de siete pautas sobre cómo la IA debería ser digna de confianza<sup>24</sup>.

### 3.5 Igualdad y no discriminación.

Para crear una IA es necesario dotarla de un algoritmo que le proporcione las instrucciones y de los datos necesarios para que aprenda a implementarla y perfeccione su uso<sup>25</sup>. Para la doctora en matemática O'Neil<sup>1</sup>, estos algoritmos son modelos matemáticos incontestables, secretos e injustos<sup>26</sup>, debido a que bajo la fachada de neutralidad existen decisiones morales que perpetúan y aumentan la desigualdad social<sup>27</sup>.

En los apartados anteriores se ha señalado que la información con la que pretende instruir a la IA, desde el principio puede encontrarse sesgada, ya sea por los estándares del creador o por su propia ética, lo que puede ser un gran problema porque este tipo de tecnología tiene sistemas de aprendizaje automático, por lo que podría reproducir e incluso intensificar actitudes discriminatorias, produciéndose así un sesgo algorítmico, el cual tiene "un significado mucho más amplio que la discriminación, ya que no solo se relaciona con errores injustos sino con todo tipo de errores "sistemáticos", que pueden incluir los de naturaleza estadística, cognitiva, social, estructural o institucional"<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> COMISIÓN EUROPEA, "Excelencia y confianza en la inteligencia artificial". *Web oficial de la Comisión Europea*, Disponible en: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_es). Consultado el 29 de julio de 2022.

<sup>25</sup> MIRANDA GONCALVES, R. "A ética e a justiciabilidade dos direitos na era digital", *Direito digital, inteligência artificial e proteção de dados* (Eduardo Vera-Cruz Pinto & Marco Antonio Marques da Silva coords), Quartier Latin do Brasil, 2023, p. 16.

<sup>26</sup> LA VANGUARDIA, "Los algoritmos aumentan las desigualdades sociales", *Capitán Swing*, 2018. Disponible en: <https://capitanswing.com/prensa/los-algoritmos-aumentan-las-desigualdades-sociales/>. Consultado el 1 de agosto de 2022.

<sup>27</sup> O'NEIL C., "Armas de destrucción matemática, como el big data aumenta la desigualdad y la amenaza a la democracia", 2016. Disponible en: [https://lapupilainsomne.files.wordpress.com/2020/10/armas\\_de\\_destruccion\\_matematica-cathy\\_oneil.pdf](https://lapupilainsomne.files.wordpress.com/2020/10/armas_de_destruccion_matematica-cathy_oneil.pdf). Consultado el 3 de agosto de 2022.

<sup>28</sup> COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA Y CONSUMIDORES, GERARDS, J. y XENIDIS, R., "Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law", *Oficina de publicaciones de la Unión Europea*, 2021, pp.: 47. Disponible

Debido a la cantidad de valores incorporados a la IA, los resultados obtenidos no son justos, lo que pone en desventaja a ciertos grupos sociales como por el género, raza, etnia, edad etc., o personas dependiendo de la falta o posesión de ciertas características como las personas que tienen un apellido muy largo, personas con doble nacionalidad, o grupos seleccionados al azar<sup>29</sup>.

Si bien este tipo de inteligencia puede ser más eficiente y precisa, es muy difícil superar este tipo de problemas, ya que es una persona quien ingresa la información, por lo que puede verse afectada de alguna manera. Por ello, se propone tener un enfoque inclusivo para garantizar que todos disfruten de los beneficios de la tecnología de IA, teniendo en cuenta las necesidades específicas de los diferentes grupos de edad, sistemas y culturas, diferentes grupos lingüísticos, personas con discapacidades, niñas y mujeres y personas desfavorecidas, desfavorecidos, vulnerables o en riesgo<sup>30</sup>.

#### **4. CORRIENTES FILOSÓFICAS.**

La discusión de los avances tecnológicos nos lleva a centrarnos en cuestiones de la bioética moderna y cómo afectan a los humanos, lo que nos lleva al dilema de si el uso de esta tecnología nos lleva a preservar o, por el contrario, a transformar la naturaleza humana<sup>31</sup>.

Este enfoque nos hace pensar en dos corrientes filosóficas presentes en el mundo de la inteligencia artificial: los transhumanistas y los bioconservadores

##### **4.1. Transhumanistas.**

El transhumanismo es una ideología con base filosófica que se presenta como un nuevo paradigma para el futuro de la humanidad, el cual tiene como objetivo el

---

en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/082f1dbc-821d-11eb-9ac9-01aa75ed71a1>. Consultado el 5 de agosto de 2022.

<sup>29</sup> IBÍDEM, "Ethical Analysis of AI and Robotics Technologies". *SIENNA Projects*, pp.: 48. Consultado el 5 de agosto de 2022.

<sup>30</sup> IBÍDEM, "Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial". *UNESDOC biblioteca digital*, pp.: 12. Consultado el 8 de agosto de 2022.

<sup>31</sup> ALEJANDRO MADRUGA, "Futuro de la Inteligencia artificial", 2013. Disponible en: <https://cibernetico.org/2013/05/22/transhumanistas-vs-bioconservadores-1/>. Consultado el 8 de agosto de 2022.

cambiar, mejorar y prolongar la naturaleza humana, siendo deseable el poder superar límites.

En palabras de Nick Bostrom “es un movimiento cultural, intelectual y científico que afirma el deber moral de mejorar las capacidades físicas y cognitivas de la especie humana, y de aplicar al hombre las nuevas tecnologías para eliminar aspectos no deseados y no necesarios de la condición humana, como son: el sufrimiento, la enfermedad, el envejecimiento e incluso la condición moral”<sup>32</sup>. Es decir, el transhumanismo busca mejorar la naturaleza humana, superando sus limitaciones y prolongando su existencia a través de la razón, la ciencia y la tecnología<sup>33</sup>

De lo anteriormente comentado, se desprende que los transhumanistas tienden a considerar el deseo humano de ir más allá, superando las estrechas limitaciones impuestas por la naturaleza biológica para crear sus propias condiciones de vida, siendo definido también por Francis Bacon como la idea de "efectuar todas las cosas posibles", por lo que se refería a usar la ciencia para lograr el dominio sobre la naturaleza para mejorar las condiciones de vida de los seres humanos<sup>34</sup>.

Sin embargo, el movimiento transhumanista no muestra una adhesión a la idea del superhombre de F. Nietzsche, que encontró en sí mismo, en la voluntad de poder, por la fuerza interior, la capacidad de elevarse por encima de los débiles y derrotados. El nuevo hombre transhumanista es un ser que ha sido potenciado, desde el punto de vista físico y psíquico, a través de la biotecnología. En definitiva, es el hombre que encarna tantos avances científicos que se le considera peculiar en comparación con los humanos que hemos experimentado hasta ahora<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> OBSERVATORIO DE BIOÉTICA UCV, “El transhumanismo según Nick Bostrom”. *Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir*, 2017. Disponible en: <https://www.observatoriobioetica.org/2017/10/el-transhumanismo-segun-nick-boston/20781>. Consultado el 11 de agosto de 2022.

<sup>33</sup> WALKER VÁSQUEZ DEL ÁGUILA, J. y POSTIGO SOLANA, E., “Transhumanismo, neuroética y persona humana”, *Scielo*, 2015. Disponible en <https://www.scielo.br/j/bioet/a/PjkgX9vsygnQv594FJnNHpQ/?lang=es>. Consultado en 12 de agosto de 2022.

<sup>34</sup> BOSTROM, N., “A History of Transhumanist Thought”, *Facultad de Filosofía, Universidad de Oxford*, 2005. Disponible en: <https://nickbostrom.com/papers/history.pdf>. Consultado el 17 de agosto de 2022.

<sup>35</sup> MAURIZIO FAGGIONI, FR., “Transhumanismo: Volar más allá de la naturaleza humana”, 2021, pp-6. Disponible en: <https://www.antoniano.org/public/pua/dispense/1.%20M.%20Faggioni.pdf>. Consultado el 17 de agosto de 2022.)

Para poder llevar estas ideas a la práctica, esta ideología se apoya en el desarrollo de los avances científicos y tecnológicos concretamente en cuatro áreas: nanotecnología, biotecnología, tecnologías de la información y ciencias del conocimiento (NBIC)<sup>36</sup>.

Por lo que respecta a la naturaleza del ser humano, los transhumanistas consideran que el ser humano se reduce a las conexiones neuronales, a la materia por lo que esta puede ser modificada y mejorada, sustituyendo cualquier metáfora espiritual por una cognitiva.

Cabe destacar que esta corriente cuenta con su propia declaración o manifiesto transhumanista<sup>37</sup>, el cual parte del original que fue escrito en 1993, y hasta el día de hoy ha sufrido tres actualizaciones más, en donde se pretende aclarar las ideas o principios que representa esta ideología.

El comienzo del manifiesto comienza proclamando que “la humanidad es susceptible de ser afectada profundamente por la ciencia y la tecnología en el futuro. Prevemos la posibilidad de agrandar el potencial humano venciendo el envejecimiento, las limitaciones cognitivas, el sufrimiento involuntario y nuestro confinamiento al planeta Tierra”<sup>38</sup>. Tras esto recopila una serie de preceptos los cuales podemos simplificar de la siguiente manera:

1º. El potencial humano no se ha alcanzado y aún existen condiciones humanas maravillosas y valiosas.

2º. El mal uso de la tecnología puede traer riesgos, sin embargo es parte del progreso aunque no todo cambio es progreso.

3º. Necesidad de investigar para entender estos pronósticos y así reducir los riesgos y maximizar los beneficios

---

<sup>36</sup> BIOETICAWIKI, “Transhumanismo”. bioética wiki. 2021. Disponible en: <https://www.bioeticawiki.com/Transhumanismo>. Consultado el 19 de agosto de 2022.

<sup>37</sup> VITA-MORE, N., *Manifiesto transhumanista*. Última revisión 2020, original 1993. Disponible en: <https://arjephilo.files.wordpress.com/2021/01/manifiesto-transhmano.pdf>. Consultado el 23 de agosto de 2022.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ BARTOLOMÉ, J., “Transhumanismo”, *Antonio Diéguez*, resumen. Disponible en <https://julianmartinezbartolome.com/transhumanismo/>. Consultado el 23 de agosto de 2022.

4º. Promoción y financiación de estas medidas para evitar tales riesgos, así como la preservación de la vida, la salud, la sabiduría, evitar el sufrimiento grave, etc.

5º. Elaboración de políticas concienciadoras que eviten riesgos, garanticen la autonomía y los derechos individuales, respetando la dignidad humana y teniendo presente la responsabilidad con las generaciones futuras.

6º. Abogan por el bienestar de todo ser sintiente, incluidos los humanos, los animales no humanos y cualquier intelecto artificial futuro, forma de vida modificada, u otra inteligencia que pueda surgir por medio de los avances tecnológicos y científicos.

7º. Defienden que cada individuo pueda tomar la decisión de cómo llevar su vida y si optan o no a alguna tecnología para la modificación y mejoramiento humano.

#### **4.2. Bioconservadores.**

Los bioconservadores, a diferencia de los transhumanistas, difieren en algunos aspectos de la "mejora humana", considerándolos contrarios a las normas morales y los principios de igualdad humana, llegando a tener diversas posturas.

Por un lado, hay quienes consideran exagerado el tema de los beneficios que proponen en cuanto a las nuevas capacidades humanas, como la longevidad, y por otro lado suscitan cierto escepticismo, considerando la deshumanización de las personas si se llegase a retirar algún componente básico o esencial de la propia naturaleza humana.

Esta corriente filosófica no pone en duda que las innovaciones biomédicas son importantes para la humanidad, pero sólo las considera aceptables para intervenciones terapéuticas, curativas, es decir, tratamientos necesarios.

Partiendo de esta base, varios autores bioconservadores contemplan con recelo o desconfianza la corriente transhumanista, por lo que "no dicen" más que por lo que muestran. Como es el caso de León Kass, Francis Fukuyama y Michael Sandel entre otros, quienes sugieren que "la aparente sensatez del plan es lo que lo hace tan peligroso".

Pues a pesar de que se puedan eliminar ciertos genes “defectuosos” y potenciar o insertar otras mejoras, incluyendo incluso genes de otras especies para crear un ciberorganismo genéticamente rediseñado y potenciado, esto puede conllevar a la creación de humanos “superiores”. La problemática se presenta con una notable desigualdad, aparte de las ya existentes, lo que genera una gran incertidumbre.

Además de las desigualdades que pueden ocasionar estas teorías como puede ser el conflicto entre los más privilegiados con los menos privilegiados, también se pueden plantear otras problemáticas como es la dependencia que se tendría con este tipo de tecnología, la pérdida de la aspiración espiritual como “fuerza interior”, lo que ocasiona la creencia de que la tecnología tendría la solución de todos los problemas, entre otros muchos.

#### **4.3. Breve resumen**

Concluimos este apartado con un compendio de lo mencionado en este apartado, partiendo de la idea de que los transhumanistas consideran que no hay nada más que el cuerpo, el cual no ha concluido su evolución y este proceso se puede acelerar por medio del uso de la tecnología. Con ello aspiran a mejorar la condición humana, superando el envejecimiento, las enfermedades, así como las limitaciones físicas y mentales.

En contraposición a esta teoría nos encontramos con los bioconservadores, que consideran que el ser humano tiene una condición espiritual que no se puede tocar, por eso han llegado a la conclusión de que este tipo de procedimientos resultan innecesarios, pues no respetan las normas morales ni los límites naturales, lo que puede ocasionar la pérdida de atributos humanos que se pueden adquirir con la genética por ejemplo. Esto conlleva a que la humanidad pueda llegar a quedar dividida entre unos humanos superiores y otros inferiores o comunes.

## LA IA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO

### 5. RETOS PARA EL DERECHO.

#### 5.1. Ventajas y desventajas de la incorporación de la IA en el ámbito del derecho.

Recordamos que no hay un concepto unánime para definir qué es la inteligencia artificial, sin embargo, para poder comprobar su impacto en el ámbito del derecho es necesario recordar que nos encontramos ante un sistema que puede recopilar datos, aprender y tomar decisiones basadas en ellos, imitando así la inteligencia humana. “Hay que entender previamente que son capaces de procesar y aprender cosas mediante el aprendizaje automático o “machine learning” se trata de un método estadístico que es capaz de encontrar patrones y predecir resultados y el aprendizaje profundo “deep learning” en pocas palabras imita a funcionamiento de las neuronas humanas<sup>39</sup>”.

Esto resulta de interés mencionarlo, pues nos podemos plantear si la IA sería capaz de reemplazar al humano en ciertos ámbitos, sin embargo actualmente se considera que en la aplicación y asesoramiento legal no se pueden encomendar a la IA, ya que se requiere de criterio y análisis humano.

La idea que tenemos del abogado tradicional se reafirma en el Informe de Inteligencia Artificial y Abogacía<sup>40</sup>, donde se menciona que “el abogado tradicional” va a seguir existiendo y aunque el servicio jurídico tiene una gran parte de “artesanía” no podrá quedarse al margen de la transformación tecnológica (...)”.

Es esta transformación tecnológica, la que nos lleva a plantearnos cuáles pueden ser los usos que se pueden aplicar en el sector del derecho. Por un lado, nos

---

<sup>39</sup> BREVITY, “¿Qué usos puede tener la inteligencia artificial en el derecho?”, 2021. Disponible en: <https://brevity.pro/que-usos-puede-tener-la-inteligencia-artificial-en-el-derecho/#:~:text=La%20principal%20ventaja%20es%20la,en%20la%20resoluci%C3%B3n%20de%20conflictos>. Consultado el 25 de agosto de 2022.

<sup>40</sup> CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, “Informe de inteligencia artificial y abogacía”. *Abogacía Futura 2021: Prospectiva de Negocio Emergente*, 2021, pp.: 53. Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/11/1-Informe-IA-y-Abogacia-Futura-2021.pdf>. Consultado el 26 de agosto de 2022.

podemos plantear algunos posibles beneficios<sup>41</sup> que puede acarrear esta IA, como podrían ser:

- *La automatización de los procesos*, por medio de sistemas informáticos que podrían realizar tareas rutinarias y repetitivas sin intervención humana, de esta forma el abogado podrá disponer y dedicar su tiempo a lo que realmente importa.
- *Aumento de la creatividad*, al eliminar tareas repetitivas y rutinarias.
- *Mejora de la precisión* de los abogados con la implementación de la IA, pues los profesionales del derecho son cada vez más precisos y lo que supone una reducción de errores.
- *Menor tiempo empleado al análisis de documentos, sentencias, doctrina, etc.*, debido a que la IA es capaz de realizarlo casi al instante, además tener la capacidad de poder crear informes adaptados al tipo de trabajo que se realiza en ese momento.
- *Mejor toma de decisiones*. Al disponer la IA de mayor cantidad de datos, esta tiene la capacidad de tomar decisiones de forma rápida y eficaz, haciendo posible la elaboración de informes más precisos.
- *Aumento de la productividad*, ya que el conjunto de las ventajas anteriores evitaría el desperdicio de tiempo irrazonable.

Por otro lado, debemos ser conscientes de las desventajas que se puedan plantear también por el uso de esta IA, como podría ser:

- *Mayor competencia en el sector* debido a la *desigualdad o desequilibrio* que ocasiona el uso de esta tecnología, es decir, el abogado o bufete que no tenga la capacidad para analizar un amplio volumen de datos a

---

<sup>41</sup> SIERRA, Y., " Inteligencia artificial: ventajas y desventajas de la IA". *Lemontech Blog*, 2022. Disponible en: [https://blog.lemontech.com/inteligencia-artificial-ventajas-y-desventajas/#Principales\\_ventajas\\_para\\_tu\\_firma](https://blog.lemontech.com/inteligencia-artificial-ventajas-y-desventajas/#Principales_ventajas_para_tu_firma). Consultado el 29 de agosto de 2022.

la hora de realizar su trabajo tendrá menor eficacia en relación a los profesionales que si lo tengan, por ejemplo.

- *Falta de profesionales cualificados* que puedan emplear correctamente la IA a nivel empresarial.
- *Mayor coste de implementación*, pues actualmente, no es fácil implementar la IA sin un presupuesto significativo.
- *La multifuncionalidad*<sup>42</sup> de la tecnología puede ocasionar la sustitución de personas en ciertos puestos, por máquinas capaces de realizarlo de una manera más eficiente, lo que genera un *aumento del desempleo*.
- *La deshumanización*<sup>43</sup> de los puestos de trabajo, otra forma de disminuir los puestos de trabajo (en gran parte de cara al público), por máquinas. Pero esta deshumanización no sólo puede afectar a los puestos de trabajo sino también a los propios trabajadores o personas con “*una disminución de las capacidades cognitivas e intelectuales, disminución del pensamiento creativo, pérdida de autonomía, falta de independencia de pensamiento, dependencia a esta tecnología, etc.*”<sup>44</sup>. Cabe aportar en este apartado, que hay quienes piensan que este supuesto es un mito, ya que consideran inviable esta situación por el hecho de que siempre será necesaria la presencia de una persona humana para instruir y controlar a la IA<sup>45</sup>.

Estas son algunas de las posibles consecuencias que pueden derivar de la implementación de la IA en el sector del derecho. A modo de conclusión podemos comprender que en la actualidad y en un futuro próximo el uso de estas tecnologías

---

<sup>42</sup> SANTOS GONZÁLEZ, M.J., “Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro”. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n. 4, 2017, pp.: 27. Disponible en: <https://revpubli.unileon.es/ojs/index.php/juridica/article/view/5285>. Consultado el 2 de septiembre de 2022.

<sup>43</sup> LÓPEZ. S., “La lucha por la rehumanización del trabajo”. *Ehikos*, 2022. Disponible en: <https://ethikos.es/la-lucha-por-la-rehumanizacion-del-trabajo/>. Consultado el 5 de septiembre de 2022.

<sup>44</sup> EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK, “Artificial Intelligence for worker management: risk and opportunities”, *Agencia Europea para la seguridad y la Salud en el Trabajo*. 2022, pp.:1-2. Disponible en: <https://osha.europa.eu/es/publications/artificial-intelligence-worker-management-risks-and-opportunities>. Consultado el 5 de septiembre de 2022

<sup>45</sup> OBSERVATORIO DE RR.HH., “Mitos sobre la inteligencia artificial en el trabajo”, *ORH*, 2018. Disponible en: <https://www.observatoriorh.com/innovacion/mitos-inteligencia-artificial-trabajo.html>. Consultado el 6 de septiembre de 2022.

es inevitable ya que nos encontramos en un continuo cambio. Es un proceso lento por el momento, pero su uso no reemplaza las habilidades y aptitudes del abogado, pero si las mejorará. Hoy en día podemos encontrar este tipo de tecnologías en ciertas instituciones de España, en las cuales emplean un sistema de consulta de sentencias y jurisprudencia.

## **5.2. Impacto en los derechos humanos.**

El impacto que tienen las IAS en la sociedad es innegable, es por esa razón que muchos Estados se encuentran en medio de una carrera, para intentar convertirse en los pioneros en el uso de esta tecnología. Con el objetivo de conseguir este propósito se realizan numerosos estudios, los cuales valoran el impacto que pueda conllevar su uso en la sociedad y cómo pueden mejorar ciertos aspectos de la misma. Sin embargo, para poder obtener dichos beneficios, a veces se menoscaban ciertos derechos fundamentales que pueden afectar a la persona.

Para poder evitar o minimizar esta situación, los propios Estados y varias organizaciones internacionales se encuentran estudiando los riesgos que pueden ocasionar el uso de esta tecnología e intentan plantear posibles soluciones a estos retos. Como es el caso de la propuesta planteada en 2018 por Audrey Azoulay, Directora General de la UNESCO, que pretendía establecer un marco ético para la utilización de la IA, el cual se pudo establecer en 2021<sup>46</sup>, con el apoyo de varios expertos y el compromiso de los 193 Estados Miembros para incorporarlas y adaptarlas según sus legislaciones. Con ello, se pretende hacer frente a los avances tecnológicos que puedan surgir y que ya han surgido, como por ejemplo la utilización de una realidad virtual, el empleo de una app, la detección de enfermedades, vehículos autónomos, etc.

Ese marco ético se establece como una recomendación, cuyo objetivo es potenciar los beneficios de la IA y reducir los riesgos de la misma, para asegurar que

---

<sup>46</sup> UNESCO, "Los Estados Miembros de la UNESCO adoptan el primer acuerdo mundial sobre la ética de la inteligencia artificial", UNESCO, 2021. Disponible en: <https://es.unesco.org/news/estados-miembros-unesco-adoptan-primer-acuerdo-mundial-etica-inteligencia-artificial>. Consultado el 7 de septiembre de 2022.

el avance tecnológico garantice ciertos aspectos de la vida como son los derechos humanos, la privacidad, la educación, la cultura, entre otras muchas.

El contenido de esta recomendación se ha resumido en cuatro principios fundamentales:

1. La protección de datos de las personas, asegurando la transparencia y el control de los datos para que las personas sean capaces de acceder a sus propios registros de datos personales, pudiendo incluso modificarlos o controlarlos.

2. Prohibición de la calificación social y la vigilancia masiva por medio de sistemas de IA, pues son tan intensivas que violan los derechos humanos y las libertades fundamentales, debido a esto los Estados Miembros deben tener en cuenta de no dotar de personalidad jurídica a este tipo de IA, pues la responsabilidad debe recaer en los seres humanos.

3. Evaluación y supervisión del impacto que tiene la IA en el mundo. Esta recomendación pretende animar a los Estados Miembros a que hagan uso de un funcionario o consultor independiente para que pueda evaluar de forma objetiva el impacto que tiene la IA en las personas, en la sociedad y en el medio ambiente.

4. Protección del medio ambiente, alentando a que los que emplean la IA en cualquier ámbito, lo hagan de forma eficaz, en cuanto a los datos energía y recursos, evaluando el posible impacto ambiental, llegando a desistir de su implantación en el caso de que la evaluación de la misma sea negativa para el planeta.

Estos se presentan con mayor detalle en la Recomendación, que se acompañan de una serie de valores y principios que deberían ser “respetados por todos los actores durante el ciclo de vida de los sistemas de IA<sup>47</sup>”, así como la

---

<sup>47</sup> UNESCO, “Anteproyecto de recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial”, *UNESDOC Biblioteca Digital*, 2020. Disponible en: <https://es.unesco.org/news/estados-miembros-unesco-adoptan-primer-acuerdo-mundial-etica-inteligencia-artificial>. Consultado el 9 de septiembre de 2022.

exposición de los ámbitos de actuación en los que se presentan estas recomendaciones.

En cuanto al marco legal de los derechos fundamentales en el uso de la IA en la UE, se debe prestar atención a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros los instrumentos internacionales y del Consejo de Europa sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otras convenciones<sup>48</sup>, además del derecho derivado de la Unión, el derecho interno de los propios Estados Miembros, etc.

Una vez establecido a grandes rasgos el marco jurídico por el que se deberían mover los Estados Miembros para tratar el tema de la IA, tenemos que plantearnos el impacto que tiene el uso de la misma en los derechos fundamentales. Tal como hemos ido desgranando a lo largo del trabajo, esta tecnología requiere de una cantidad de datos importante, para su propio aprendizaje, lo que puede afectar directamente a la privacidad de las personas.

Para entender cómo afectaría estos sistemas a la privacidad, podemos plantear el supuesto de la videovigilancia masiva en vías públicas para evitar posibles delitos o localizar a determinadas personas. Este supone un claro ejemplo de violación de la intimidad de las personas y por ende vulnera lo establecido en el artículo 12 de la DUDH, el cual establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Esto nos lleva a otro de los retos que se plantean con el tema de la IA, y es la de la protección de los datos. Como podemos ver con el ejemplo anterior, ante ese

---

<sup>48</sup> Otras Convenciones, por ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1996, el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, la Convención contra la de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, la Convención contra la Tortura, de 1984, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, la Convención sobre los Derechos de las Personas con todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, la Convención contra la Tortura, de 1984, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006. Consultado el 12 de septiembre de 2022.

tipo de situaciones se debería dotar a las personas de los mecanismos necesarios para defenderse ante estas injerencias en su privacidad. De igual forma, existen múltiples supuestos de cesión de datos personales, como podría ser el caso de las páginas web, aplicaciones, blogs, etc., en donde los individuos deberían tener la capacidad de poder acceder a los registros pertinentes y poder gestionar la información que los mismos consideren oportuna.

Otro problema que se plantea es el control de la discriminación. Como ya hemos mencionado, los datos que se proporcionan a los sistemas de IA, más los que la misma vaya aprendiendo por su cuenta se pueden encontrar sesgados. En la actualidad hemos podido ver algún ejemplo, como es el caso de Microsoft, que puso en marcha un programa informático con el propósito de que mantuviera conversaciones casuales con jóvenes de entre 18 y 24 años, lo que tuvo un resultado realmente alarmante, pues en menos de un día la IA se volvió racista, antisemita y homófoba<sup>49</sup>. Ante este panorama Microsoft no tuvo otra opción que desactivar a la IA y disculparse con el público.

Por último, hay que mencionar que la integración de este tipo de inteligencia a los sistemas judiciales es beneficioso en varios aspectos cotidianos, sin embargo habría que prestar especial atención cuando se trate de garantizar los principios y derechos de acceso a la justicia de las partes, ya que no debe darse ningún tipo de distinción entre las personas, tal y como se establece en los artículos 1 y 2 de la DUDH respectivamente:

- “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.
- “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición

---

<sup>49</sup> EL MUNDO, “Una inteligencia artificial se vuelve racista, antisemita y homófoba en menos de un día en Twitter”, 2016. Disponible en: <https://www.elmundo.es/tecnologia/2016/03/28/56f95c2146163fdd268b45d2.html>, Consultado el 15 de septiembre de 2022.

económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Estos son algunos de los retos que se plantean a la hora de integrar los sistemas de IA en la sociedad, como vemos son problemáticas que en un principio resultan obvias, sin embargo su correcta implantación tiene grandes dificultades. Por esta razón, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o FRA, en su dictamen expone que “el legislador de la Unión debe considerar hacer obligatorias las evaluaciones de impacto que cubran toda la variedad de derechos fundamentales”. Estas evaluaciones de impacto son unas herramientas, que contribuyen a la toma de decisiones y la rendición de las correspondientes cuentas, o en otras palabras, informa a las agencias reguladoras y al público sobre la efectividad del programa que se planta utilizar, para poder evitar y prevenir posibles efectos negativos que vulneren los derechos fundamentales y las libertades, pudiendo ser utilizado tanto en el ámbito público como el privado.

## **6. PERSONALIDAD JURÍDICA ROBÓTICA Y LA RESPONSABILIDAD**

El art. 59 f, de la Resolución del Parlamento Europeo<sup>50</sup> recomienda “*crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente*”.

De esta recomendación, nos surgen diversas dudas, y es que, como se ha mencionado con anterioridad, cada día es más común convivir con coches autónomos, con electrodomésticos con acceso a internet vía *Wifi*, o en los casos más

---

<sup>50</sup> RESOLUCIÓN PARLAMENTO EUROPEO, 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica (2015/2103(INL)).

desarrollados, con auténticos robots de compañía producidos por una empresa asiática o norteamericana.

Por todo ello, trataremos de dar respuesta en las siguientes cuestiones; ¿qué es un robot “complejo”?, ¿cuándo se ha de considerar que una acción ha sido tomada de manera autónoma por dichas máquinas?, ¿cómo se materializaría la reparación de los daños causados?, ¿cómo indemnizarían a la víctima? o quién debe responder del daño causado por un robot, ¿el fabricante?, ¿el proveedor del *software*?, ¿la persona que maneja dicha máquina?, ¿existe una responsabilidad jurídico penal o civil?

### 6.1. Breve reseña a la normativa internacional

Haciendo un análisis de la normativa internacional vigente al respecto, es difícil encontrar textos normativos occidentales que desarrollen la cuestión. Todo lo contrario pasa en el continente asiático, concretamente en Corea del Sur y Japón, podemos encontrar algunos ejemplos de cuerpos normativos como la “*Regulación Legal de Sistemas Autónomos en Corea del Sur*” (2012)<sup>51</sup>, “*Ley de Corea sobre desarrollo y distribución de robots inteligentes*” (2005)<sup>52</sup> o “*Sede para la revitalización de la economía Japonesa*” (2015)<sup>53</sup>.

En cuanto a Europa, podemos encontrar la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el programa Europa Digital (2021-2027) donde en su considerando decimonoveno expone que “*el desarrollo de capacidades relacionadas con la inteligencia artificial constituye un motor crucial para la transformación digital de la industria y también del sector público. Robots cada vez más autónomos se emplean en fábricas, intervenciones en aguas profundas, hogares, ciudades y hospitales. Las plataformas comerciales de inteligencia artificial han*

---

<sup>51</sup> KOREAN TRANSLADE CENTER, “Intelligent Robots development and distribution promotion act”. Disponible en: [https://elaw.klri.re.kr/eng\\_mobile/viewer.do?hseq=17399&type=part&key=18](https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=17399&type=part&key=18) Consultado el 15 de septiembre de 2022.

<sup>52</sup> HILGENDORF E., KIM MINKYU, “Legal Regulation of Autonomous Systems in South Korea”. Disponible en: [https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/\\_migrated/content\\_uploads/Legal\\_Regulation\\_of\\_Autonomous\\_Systems\\_in\\_South\\_Korea\\_on\\_the\\_Example\\_of\\_Robot\\_Legislation\\_-\\_Hilgendorf\\_Kim\\_05](https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/Legal_Regulation_of_Autonomous_Systems_in_South_Korea_on_the_Example_of_Robot_Legislation_-_Hilgendorf_Kim_05). Consultado el 20 de septiembre de 2022.

<sup>53</sup> PRIME MINISTER OF JAPAN AND HIS CABINET, “Headquartrs for Japan’s Economic Revitalization”, 2015. Disponible en: ([https://japan.kantei.go.jp/97\\_abe/actions/201502/10article1.html](https://japan.kantei.go.jp/97_abe/actions/201502/10article1.html)) Consultado el: 20 de septiembre de 2022.

*pasado de la fase experimental a la de aplicaciones reales en los ámbitos de la salud y el medio ambiente; todos los principales fabricantes de automóviles están desarrollando vehículos autónomos y las técnicas de aprendizaje automático se encuentran en el núcleo de todas las principales plataformas web y de aplicaciones de macrodatos”<sup>54</sup>.*

Prosiguiendo nuestra búsqueda, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) emitió un Dictamen sobre *“Inteligencias Artificiales”* vienen a reiterar la idea de *“el potencial que abren la IA y sus aplicaciones, en particular en los ámbitos de la asistencia sanitaria, la seguridad en el transporte y la energía, la lucha contra el cambio climático y la anticipación de las amenazas en materia de ciberseguridad. La Unión Europea, los gobiernos y las organizaciones de la sociedad civil tienen un importante papel que desempeñar para aprovechar plenamente los beneficios que pueden aportar la IA, en particular a las personas con discapacidad, las personas con movilidad reducida, las personas mayores y los enfermos clínicos”<sup>55</sup>.*

No cabe olvidarse del ya mencionado anteriormente *Proyecto RoboLaw*, el cual se formó por juristas e ingenieros para el estudio e investigación de los riesgos generados por el progreso de la robótica.

Así pues, podemos observar un acuerdo en los órganos europeos frente a la importancia que está tomando el crecimiento exponencial las nuevas tecnologías, debiendo crearse una normativa que se adelante al movimiento, protegiendo los derechos de los europeos frente aquellas vulneraciones que se puedan producir, más aún cuando es una herramienta que puede facilitar a los más necesitados de atención por sus discapacidades.

---

<sup>54</sup> PARLAMENTO EUROPEO, “Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea por el que se establece el programa Europa Digital para el período 2021-2027”. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0434>. Consultado el 23 de septiembre de 2022.

<sup>55</sup> COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre << Inteligencia Artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa>>”. *Dictamen iniciativa 2018/C 440/01*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IE1473&from=ES>. Consultado el 23 de septiembre de 2022.

## 6.2 Principios orientadores

El mismo Dictamen de la CESE, recoge dos principios por los que se debe guiar una futura regulación de las entidades robóticas inteligentes. Estos principios son:

- Principio de Responsabilidad Legal: Establecer un sistema de responsabilidad donde los sistemas autónomos, en los casos de accidentes, cubran los daños causados tanto en las personas como en otros bienes materiales.
- Principio de Equidad: Enfocado en el ámbito laboral, la creciente preocupación por la sustitución del ser humano en los trabajos se ha de velar por que los trabajadores utilicen sus habilidades y conocimientos de la mejor forma posible, contribuyendo al bienestar común.

En otro Dictamen del mismo organismo, en este caso *“sobre la Inteligencia Artificial: las consecuencias de la IA para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad”*<sup>56</sup> se señala se despliegan los siguientes factores en futuras legislaciones:

- Un control humano (human-in-command) donde se regule un desarrollo *“responsable, seguro y útil de la IA”* donde el hombre tenga siempre el control sobre la máquina.
- Se desarrolle un código deontológico para *“el desarrollo, despliegue y utilización de la IA”* de manera que sean siempre compatibles con **“los principios de la dignidad humana, la integridad, la libertad, la privacidad, la diversidad cultural y de género y los derechos humanos fundamentales”**.
- Se cree un sistema de normalización *“para la verificación, validación y control de los sistemas de IA, basados en un amplio espectro de normas en materia de seguridad, transparencia, inteligibilidad, rendición de cuentas y valores éticos.”*

---

<sup>56</sup> COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. “Dictamen del CESE sobre la Inteligencia Artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad”. *Dictamen de iniciativa 2017/C 288/01*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:288:FULL&from=MT>. Consultado el 26 de septiembre de 2022.

Como podemos observar, no existen unos principios definidos o tasados por ninguna ley, sino una serie de consideraciones que desde el CESE orientan para futuras leyes.

### 6.3 Personalidad Electrónica

*derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas, (2) las asociaciones de interés particular sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”<sup>57</sup>.*

No podemos entender pues, que la creación de un robot o una inteligencia artificial por su programador sea considerada a todos los efectos de manera análoga al nacimiento biológico de un ser humano. Tampoco se puede considerar nada parecido a una persona jurídica ya que no tiene un encaje similar.

SANTOS GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. J.<sup>58</sup>, ha tratado como coordinadora del Departamento Jurídico del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INICIBE) analizar el marco jurídico en el que encuadrar a los robots inteligentes. Como comentamos, tampoco considera viable encuadrar a dichas inteligencias como personas físicas o jurídicas, y lo amplía al preguntarse si es posible encajarlas como animales o como cosa-objeto. A dicha pregunta determina que no es aceptable tampoco incluirlas en estos aspectos por no entrar en los parámetros de referencia.

Por lo tanto, la doctrina ha venido a cuestionarse si es necesaria la creación de una tercera personalidad, la personalidad electrónica, una creación del Derecho que dota a los robots autónomos inteligentes de algunos derechos y obligaciones de carácter instrumental necesarios para la vida en sociedad.

Respaldando esta idea, la resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017<sup>59</sup>, ha recalcado el acelerado avance de la robótica y en concreto del autoaprendizaje y la autonomía desarrollada por las mismas, así como la necesidad

---

<sup>57</sup> IBÍDEM.

<sup>58</sup> SANTOS GONZÁLEZ, M.J., “Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos del futuro”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*. 2017, pp.: 25-50.

<sup>59</sup> PARLAMENTO EUROPEO, “Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica”, 2017. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html). Consultado el 28 de septiembre de 2022.

de establecer los medios por los que estos han de responder de los daños y lesiones producidos.

Para HÉRNANDEZ GIMÉNEZ, M.<sup>60</sup>, se ha de confeccionar esta nueva figura jurídica, la persona electrónica, según la definición aportada por el Parlamento Europeo que dice que *“un robot autónomo e inteligente será todo aquel que cumple las siguientes cinco características: “capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos, capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción, disponer de un soporte físico mínimo, y, capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno e inexistencia de vida en sentido biológico”*.

Definiendo dicha categoría, considera Hernández que será más sencillo otorgar los derechos y obligaciones mencionados y aplicar una futura responsabilidad por sus actos.

Dicho lo cual, diferentes autores han reflexionado sobre la necesidad de la creación de esta personalidad robótica, la cual solo viene a responder una duda que interesa a Derecho pero no a la persona lesionada. Así pues, aquella persona que ha sido dañada por una inteligencia artificial o un robot autónomo e inteligente, solo se preguntará ¿y a mi quien me repara ahora el daño? Frente a esto, vamos a estudiar los distintos modelos propuestos de responsabilidad.

#### **6.4 Teoría de la responsabilidad**

La casuística ha demostrado que la forma de otorgar una responsabilidad jurídica por los actos lesivos provocados por IA o a consecuencia del uso abusivo o incorrecto de los mismos se puede enmarcar en tres modelos formulados por HALLEVY<sup>61</sup> y que distintos autores han referenciado.

---

<sup>60</sup> HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M., “Inteligencia Artificial y Derecho Penal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10 bis, 2019, pp.: 800.

<sup>61</sup> HALLEVY, G., “The Basic Models of Criminal Liability of AI Systems and Outer Circle”, *Social Science Research Network*, 2019.

Estos tres modelos se han denominado; (I) “*The perpetration by another liability model*” (II) “*The natural probable consequence liability model*” y (III) “*The direct liability model*”.

Vamos a explicar de manera sucinta en que se concretan estos tres modelos que tiene una aplicación tanto civil como penal.

#### **6.4.1. The perpetration by another liability model**

Similar a la figura del autor mediato que el código penal establece en su art. 28 y, salvando eso sí las distancias, nos encontramos el primer modelo desarrollado por Havelly. Expone que la IA no es más que una mera herramienta sin una responsabilidad precisable que es usada por otro, el autor de la lesión. Para ello, el autor considera que esto debe ser visto desde el prisma de que una IA no es un ser humano, ya que no actúa como tal, y nunca se la considerará de la misma manera. Así pues, de otorgarle una responsabilidad, las conductas realizadas por el robot autónomo o IA deben entenderse realizadas por un agente inocente, carente de concebir su conducta como negativa o repudiable, equiparándola al de un menor de edad o al de los incapacitados. Expone MORALES MORENO A.F.<sup>62</sup> que es incluso plausible considerar que los actos lesivos en vía penal se equiparen a los cometidos por aquellos en estados tales como embriaguez, bajo los efectos de las drogas tóxicas o los estupefacientes, y que no permitirían entender el hecho ilícito cometido.

Se trata pues, del uso que un fabricante, proveedor, o tercero realiza de la IA, con la intención de cometer un lesión cualesquiera de los derechos o bienes de las personas. Por lo tanto, por muy sofisticado que sea la inteligencia, está no responderá a efectos de resarcimiento patrimonial o como sujeto criminal, al no entender el hecho. Se habla de lo que en derecho penal se conoce como *mens rea*, requisito necesario para otorgar de culpabilidad al hecho delictivo acaecido. Este elemento se repetirá en los siguientes dos modelos con su respectivo análisis.

Debemos plantearnos pues, quien responderá de las lesiones producidas. Por un lado, tenemos al programador o fabricante, que se vale de su conocimiento para

---

<sup>62</sup> MORALES MORENO, A.F., “Inteligencia Artificial y Derecho Penal: Primeras Aproximaciones”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2021.

dotar a uno de estos sistemas autónomos la capacidad de realizar procesos complejos con los que conseguir un beneficio a costa de los derechos del resto de ciudadanos. Por otro lado, cabe la posibilidad de no imputar al proveedor o fabricante, sino al tercero que, modificar el código de dichos sistemas, altera el producto a fin de conseguir el beneficio antes mencionado.

En la actualidad, este es el modelo que se utiliza en el sistema jurídico español, considerando a los robots e inteligencias artificiales autónomos como medios o herramientas con los que conseguir un fin. Esto es producido, por la falta de una personalidad dada a estos sistemas.

#### **6.4.2 The natural probable consequence liability model**

El segundo modelo descrito por el autor se enfoca en la actuación, no de la IA, sino del sujeto que la crea o la controla. Así bien, a vueltas con la similitud de la autoría del derecho penal, podremos encontrar dos modelos de actuación por parte de estos sujetos, la imprudencia o dolo eventual.

En primer modelo de actuación reseñado es producido cuando el programador o fabricante, a la hora de crear la inteligencia, no tiene en cuenta todos aquellos posibles elementos que podrían suceder de la actuación de la inteligencia, pudiendo producir efectos dañosos para los bienes o personas que se encontraran con la misma. Así bien, serán responsables estos sujetos cuando el daño producido sea consecuencia de la actuación programada de una inteligencia artificial, que es previsible y sobre todo evitable, y de la cual no se hizo nada por eludir su concurrencia.

En estos casos no se puede hablar de una *mens rea*, pues el programador o fabricante no tienen una intención de dañar un bien jurídico protegido, es su imprudencia la que hace que se produzca el acto lesivo y de la cual debe tener una responsabilidad.

Morales Moreno realiza un ejemplo muy esclarecedor al respecto al comentar la siguiente situación: *“imagínese un avión al que se le integra un módulo de piloto automático gestionado por una IA, cuya misión es llevar el aparato del punto A al punto B, evitando colisiones con otros aviones. El programador al crear la herramienta no*

*tiene en cuenta los imprevistos o riesgos a los que se puede enfrentar en el vuelo la aeronave y no incluye un modelo de desactivación en caso de emergencia. En medio del vuelo el piloto desea cambiar la ruta con motivo de una tormenta y este sistema le bloquea el acceso al entender que se le está apartando de la misión a la que le fue encomendada. Finalmente y a consecuencia de la tormenta y de que el piloto no pudo tomar las riendas de la aeronave debido al bloqueo del sistema, ocurre un siniestro que produce la muerte de todos los pasajeros a bordo”<sup>63</sup>.*

De este ejemplo se puede destilar que la responsabilidad penal puede recaer en el programador, que, sin buscar la comisión de un ilícito, la inobservancia de ciertas posibilidades plausibles han finalizado con la trágica consecuencia de la muerte de varias personas. Esta línea de pensamiento es la que se ha venido usando en los Estados Unidos de América para enjuiciar estos sucesos.

Así pues, Hallevy usa el mismo sistema para imputar responsabilidades a las personas que en el uso de IA no prevean los efectos lesivos que pueden causar con el uso normal o anormal del mismo.

Pero ¿deben los programadores y usuarios tener en mente todos los resultados posibles que la experiencia nos da, incluso prever aquello que no es posible anticipar? QUINTERO OLIVARES ha venido a anotar al respecto que para ello “*deberíamos incluir el principio de precaución en las normas de cuidado, lo cual no es posible “porque implicaría permitir que el derecho penal nos proteja de los desconocido”<sup>64</sup> y de lo cual añadimos lo que como se ha expresado en numerosas ocasiones en el mundo del derecho; *permissum videtur id omne quod non prohibetur*<sup>65</sup> (lo que no está prohibido, está permitido).*

En cuanto al segundo modelo de actuación por parte del programador, fabricante o el tercero que hace uso de la IA, tenemos el elemento del dolo eventual.

---

<sup>63</sup> IBÍDEM, pp.: 193.

<sup>64</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZAL, “La robótica ante el Derecho Penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 1, 2017, pp.: 20.

<sup>65</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/permissum-videtur-id-omne-quod-non-prohibetur#:~:text=Se%20considera%20permitido%20todo%20lo,el%20principio%20de%20libertad%3A%20i>. Consultado el 2 de octubre de 2022.

Para que este requisito se dé, la persona que crea o emplea la IA con un fin doloso sabe de la consecuencia del resultado. Es aquí cuando el uso de esta inteligencia, en su tarea encomendada, realiza un daño mayor del perseguido por el perpetrador. Se habla pues de dolo eventual dentro de la actuación del programador, fabricante o tercero que emplea esta tecnología, debido a la posibilidad que existe de que suceda un daño mayor a un bien jurídico, el conocimiento por el autor de la probabilidad del suceso y la aceptación por el mismo, a pesar de que el resultado acaecido no fuera el perseguido por este.

Frente a este modelo de *la consecuencia natural y probable por un modelo de responsabilidad*, Ramón Fernández, F.<sup>66</sup>, ha venido a nombrar dos teorías. La *teoría de la inmunidad selectiva a los fabricante*, donde las actuaciones dañosas cometidas por el consumidor de estas aplicaciones no podrán ser imputables a los creadores, siempre que éstas sean evitables con la debida prudencia y diligencia.

También se ha nombrado al *teoría de la personalidad jurídica* donde, siguiendo un poco el modelo anterior analizado, se otorga a las IAs una responsabilidad directa y limitada en su actuación al darles una consideración similar a la de un animal. En estos casos, la inteligencia primitiva de estas máquinas, contribuyen a la posibilidad de que un bien sea lesionado y es deber de su propietario velar por que este mal no ocurra y responder de aquellos casos en los que se ha lesionado un bien.

#### **6.4.3 The direct liability model**

Si bien los anteriores dos modelos siempre requerían de la intervención de un ser humano, el último sistema planteado por Havelly va un poco más allá. Para este modelo, planteó qué pasaría si el daño fuera producido por una IA cuya actuación estuviera fuera de los límites previsibles por el programador o fabricante o no se pudiera imputar al consumidor o tercero por un uso imprudente o incorrecto del mismo. Es más, que pasaría si detrás de la actuación dolosa de una IA, hubiera otra gestionándola.

---

<sup>66</sup> RAMÓN FERNÁNDEZ, F., "Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?", *Diario La Ley*, Editorial Wolters Kluwer., nº 9365, 2019, pp.: 3.

El autor comenta que para estos casos debería existir una personalidad concretada para estas máquinas que pudieran responder de los daños producidos, más aún, cuando estamos tratando de unas herramientas inteligentes que evolucionan con el tiempo, que aprenden y sobre todo, que son autónomas.

Cabe destacar lo ya reseñado anteriormente por Morales Moreno en cuanto a los elementos *actus reus* y *mens rea*. En estos casos donde no existe un ser humano detrás, determinar si existen estos elementos puede ser complicado. A pesar de ello, el *actus reus* si es fácilmente determinable cuando solo es necesario la producción de un acto sin la intromisión de un tercero controlador. Es decir, si un robot autónomo golpeara a un ser humano, por ejemplo, con su brazo mecánico, produciendo unas lesiones, podemos hablar de que existe tal elemento, al haber causado un daño de manera independiente. Otra manera de que ocurra este *actus reus* es la omisión de su deber de hacer algo. Si la IA está programa para evitar que ocurra un suceso y no lo hace, no por un fallo en su programación, sino porque a su *saber y entender* no hay nada que evitar, y se produce el acto lesivo, podemos decir que si existe este elemento necesario para otorgar responsabilidades a una máquina.

Por otro lado, la *mens rea* es el elemento difícil de determinar o probar, puesto que se trata de aportar pruebas que vislumbren si una máquina tuvo o tiene pensamientos, y si estos son lo suficientemente avanzados como para poder concretar que la IA actuó de manera consciente y dolosa.

Esto que parece ciencia ficción, es el dilema que se enfrenta los programadores y fabricantes a la par que los juristas cuando deben valorar las consecuencias plausibles cometidas por robots inteligentes y autónomos. Un ejemplo de ello son los coches automáticos, punteros hoy en día, y a los cuales hay que someterlos a una serie de cuestiones morales como, en una situación donde la muerte de un ser humano está garantizada, quien debe morir, el conductor, el viandante, un ciclista que cruzaba en el momento del accidente, etc.

Desde nuestro punto de vista no es posible en la actualidad determinar que la inteligencia automática tenga tal nivel que pueda decidir que hacer por su propia cuenta. Todo lo contrario, estará a lo que el fabricante o programador haya

considerado, según su moral, para determinar que en casos extremos quien vive y quien muere, quien es lesionado y quien no.

Estos modelos propuestos no dejan de ser solo la punta de algo que puede y debe ser desarrollado con más profundidad en los años venideros, sobre todo con el rápido avance de la tecnología, la integración de internet en cada vez más productos electrodomésticos y una mayor implicación y relación con los seres humanos. En palabras del profesor Miranda Gonçalves, R.<sup>67</sup> *“los desarrolladores e investigadores de la inteligencia artificial deben partir de la ética y hacer que esta tenga como objetivo la mejora significativa de la vida de las personas”*. Esto en relación con la responsabilidad no es otra cosa que la respuesta por parte de los promotores de las nuevas tecnologías de dar seguridad y respuesta frente a los males causados por la aplicación incorrecta o incluso a veces correcta pero carente de prevenir todos los resultados, de esta nueva realidad.

## **6.5. Actual polémica en el uso de inteligencias artificiales y la creación de obras de arte. Especial vinculación con el derecho de autor.**

Hace unos meses saltaba a la palestra en foros y redes sociales un fuerte debate sobre el uso de inteligencias artificiales como modo de crear obras artísticas, sobre todo cuadros y novelas, al desvalorizar el trabajo humano en la creación cultural.

Son cada vez más, las páginas web que podemos encontrar que ofrecen su IA con el fin de crear aquellas imágenes que le sean requeridas. Así bien, se ha popularizado su uso generando una discusión sobre el objetivo de estas herramientas, si son necesarias, o si por el contrario son una muerte anunciada de la creación humana.

Ejemplo de ello encontramos la noticia clave con la que ha surgido todo este debate, y es que, un estadounidense ganó un concurso de arte digital presentando su obra realizada íntegramente mediante una IA. El arte digital es la última innovación del campo del arte con la tecnología, y es que el artista, haciendo uso de diversos

---

<sup>67</sup> MIRANDA GONÇALVES, R., “Inteligencia artificial y derechos humanos: Una solución a los conflictos éticos y morales a través de una regulación normativa futura”, *Artificial Intelligence and human rights*. Dykinson, Madrid, 2021, pp.: 48-76.

programas (no solo *Paint*) y una tableta digital crea cuadros con una complejidad moderadamente alta. La obra ganadora "*Théâtre D'Opéra Spatial*"<sup>68</sup>, fue creada con *Midjourney*<sup>69</sup> una aplicación que se puede encontrar en internet y que crea una imagen según las indicaciones que el usuario le dé. Como esta aplicación, también podemos encontrar otras como *DALL-E*<sup>70</sup>, que es de las más famosas.

La comunidad artística se pregunta si es justo premiar y sobre todo comparar aquellas obras realizadas por un ser humano, del que se desprende creatividad, técnicas y talento para conseguir un resultado que puede ser "igualado" por una máquina que realiza sus obras en base a un sinfín de datos almacenados y que superpone obras para lograr el resultado solicitado.

Para ejemplificar la problemática, imagine que un usuario de estas aplicaciones le pide a la IA que le cree una imagen del "paso del tiempo bajo una noche estrellada" y para ello la aplicación junta "*la persistencia de la memoria*" de Salvador Dalí y "*la noche estrellada*" de Vicent Van Gogh. Se genera una problemática para el mundo, no solo del arte, de dar crédito al esfuerzo y visión, sino también del derecho en cuanto a la autoría y su protección.

### 6.5.1 Encuadre de sistemas IA en el ámbito del Derecho de autor.

Se le plantea al Derecho una variedad de preguntar relacionadas con el ámbito de la creación artísticas tales como; ¿se debe proteger antes una obra humana sobre una realizada por IA?, ¿deben ser protegidas las obras creadas mediante sistemas IA?, ¿Cuándo se considera vulnerado el derecho de autor?

De estas cuestiones, la primera idea fundamental que debemos considerar es la "originalidad" de la obra. El artículo 10 del Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando,

---

<sup>68</sup> 20 MINUTOS, "Gana un concurso de pintura digital con una obra generada por inteligencia artificial: "la muerte del arte ante nuestros ojos", 2022. Disponible en: <https://www.20minutos.es/gonzoo/noticia/5047288/0/gana-un-concurso-de-pintura-digital-con-una-obra-generada-por-inteligencia-artificial-la-muerte-del-arte-ante-nuestros-ojos/>. Consultado el 5 de enero de 2023.

<sup>69</sup> MIDJOURNEY. Disponible en: <https://midjourney.com/home/?callbackUrl=%2Fapp%2F>. Consultado el 5 de enero de 2023.

<sup>70</sup> DALL-E. Disponible en; <https://openai.com/dall-e-2/>. Consultado el 5 de enero de 2023.

aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante TLRPI) viene a comentar lo siguiente.

*“Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: e) las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, etc.*

*El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella.”<sup>71</sup>*

De esta definición, vemos que el legislador ya tuvo en cuenta el avance de las nuevas tecnologías e incluyó en todo momento una manera de proteger aquellas obras creadas por distintos soportes o medios. Así mismo, no sirve aquella obra que sea una copia o sucesión de copias de otras obras anteriores, debe existir un esfuerzo creativo en la nueva obra, más allá de la aplicación de técnicas o mecánicas que no suponen dicha dificultad.

A pesar de ello, previamente en el art. 5 de este texto normativo ya deja constancia de que se considera autor *“la persona natural que crea alguna obra...”<sup>72</sup>* incluyendo en un segundo punto a las personas jurídicas para casos tasados.

Cabe recalcar que como hemos visto anteriormente, las IA no disponen actualmente de una personalidad jurídica, por lo que no cabría en el derecho español encuadrar las obras creadas por estos medios como autoras de las mismas. Así mismo, otras legislaciones como el famoso *Copyright*<sup>73</sup> del derecho norteamericano por ejemplo, también considera imprescindible la labor humana en la creación de la obra para poder ser protegida. Así los sistemas de *Common Law* y *Civil Law* han llegado a un mismo acuerdo en el que el principio fundamental de autoría se genera solo si media una persona natural entre la creación y el resultado de la obra. Por lo

---

<sup>71</sup> Art. 10. RD 1/1996, de 12 de abril, de la Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>72</sup> Art. 5. Ídem.

<sup>73</sup> CHAPTER 306. “The Human Authorship Requirement”, *Compendium of U.S. Copyright Office Practices*, Third Edition., 2014. Disponible en: <https://law.resource.org/pub/us/compendium/ch300.html#:~:text=and%20uniform%20manner.-,306%20The%20Human%20Authorship%20Requirement,created%20by%20a%20human%20being.> Consultado el: 8 de enero de 2023.

tanto se genera otra pregunta de difícil solución que es ¿quién es el autor de una obra hecha mediante IA? ¿el programador o el usuario? ¿hay otro encuadre?

Si el requisito necesario para que una obra de arte sea protegida por el derecho de autor es la participación de un ser humano en su creación, se ha venido a cuestionar si es posible encuadrarla dentro de la denominada *obra colectiva*.

El art. 8 del TRLPI expresa que “*se considerará obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada*”<sup>74</sup>.

Sin ánimo de repetir lo que ya hemos venido expresando con anterioridad, para que una IA pueda ser considerada autora de una obra debe crearse una personalidad jurídica que le otorgue una serie de derechos así como una modificación de la legislación que le dé cabida, al menos, como colaborador de una obra.

Bajo los ejemplos antes mencionados sobre DALL-E o Midjourney, estas inteligencias entrenadas mediante la creación de una base de datos que recopila de una multitud de fuentes como medio de su adquisición de conocimiento para posteriormente elaborar la imagen ordenada, el ámbito de la robótica ha de evolucionar aún más para que no se pueda considerar que lo que hacen es un “*corta y pega*” en una superposición de imágenes donde, siguiendo lo expresado por el art. 8, si es diferenciable cada uno de los elementos, más aún si estos son característicos de otras obras.

Así mismo, mencionar otro elemento importante a la hora de valorar la calidad de una obra de arte y es la concepción o idea de la misma.

Hablamos antes de que los robots autónomos e inteligentes, cualquiera que sea el soporte físico que presentan, son ejecutores de acciones previamente programadas. La idea de dotarlas de una autonomía como elemento clave antes tratado no es óbice para darse cuenta de que no dispone de ese “*deseo*” por plasmar

---

<sup>74</sup> Art. 8. RD 1/1996, de 12 de abril, de la Ley de Propiedad Intelectual

una idea de manera artística. Es decir, siempre están sujetos a la orden de un ser humano para su creación. El fin de una IA es desarrollarse con la idea de hacer su tarea mejor, y de descubrir nuevas formas de realizarla, pero siempre dentro del ámbito de su programación. Por lo tanto, para que una obra artística sea concebida como tal, no solo a de pensarse, pues esto no genera ningún derecho de autor, ni para máquinas ni para seres humanos, sino que ha de ejecutarse. Esta *ejecución* es la palabra clave con la que el derecho de autor nace.

Por lo tanto, para que una obra sea considerada tal y por ende protegida por el derecho de autor. tenemos que reunir los elementos nombrados de originalidad, ejecutividad y la nota distintiva de que ha de haberlo sido por un ser humano.

En suma, el ordenamiento jurídico español no contiene normas específicas en cuanto a la titularidad de los resultados producidos por IA, como elemento externo a la obra humana. Saiz García, C.<sup>75</sup> ha venido a apuntar una categoría de obras según la asistencia dada por las IA; la *“computer-aided Works”* o CAW donde el programa es una herramienta que facilita el trabajo, como pueden ser; *Photoshop, ZBrush* o *Blender*. La *“computer-generated Works”* o CGW son aplicaciones donde la intervención humana es mínima o nula, como ejemplos los programas antes reseñados y donde el factor humano solo es visible en la solicitud de la imagen, en la idea. No intervienen en su creación. También recoge una tercera categoría que dice *“está a caballo entre ambos modelos”* donde el hombre si tiene cierta responsabilidad en la obra, pero no incide en ella de una manera determinante para la consecución del resultado.

Es de interés apuntar que Reino Unido ha atribuido la autoría de las obras generadas mediante IA a aquel autor que tiene un impacto tal en el programa, que esta obra no sería posible sin su intervención, por mínima que sea.

---

<sup>75</sup> SAIZ GARCÍA, C., “Las Obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor”. *InDret, Revista para el Análisis del Derehco*. LLM München, Barcelona, 2019, pp.: 27.

En este sentido, *“en los casos de trabajos literarios, dramáticos, musicales o artísticos que se han generado mediante ordenador, el autor tendrá que haber realizado los ajustes necesarios para la creación de la obra”*<sup>76</sup>

Por lo tanto, a las preguntas al principio señaladas, entendemos que se produce un verdadero debate entre quien debe ser considerado autor de la obra. Al respecto no podemos ser tajantes pues una parte dirá que es el programador de la IA debido a su naturaleza fundamental a la hora de crear la máquina. De otra parte, aquellos que defienden que será el tercero usuario, este pone la idea y haciendo los ajuste necesarios, puede ser considerado autor.

Por otra parte, y resaltando la idea del programador como creador del código, se ha ampliado la idea de que este (el código) sea considerado propiedad intelectual y defendido el autor bajo la legislación comentada en este punto, ya que tienen su encuadre en el art. 10.1. i) del TRLPI.

Habrá que estar pendientes de las actualizaciones en este ámbito, que ya han tenido una respuesta por parte de la comunidad artística, prohibiendo su uso en concursos, exigiendo que se indique de manera clara que la obra presentada está generada bajo estas herramientas, y generando un rechazo al uso profesionalizado de estas y vinculado a la creación del arte.

## **7. JURISPRUDENCIA.**

Procedemos en este punto a realizar un estudio de la distinta jurisprudencia creada en torno a las IAs en nuestro ordenamiento jurídico, comenzando por la rama constitucional, por ser esta ordenación la principal en el desarrollo de los derecho y libertades fundamentales, y posteriormente, realizar un breve análisis del uso que se le ha dado a las IAs en las distintas ramas del derecho.

---

<sup>76</sup> SECCIÓN 9.3. Authorship Work. Copyright, Designs and Patents Act 1988. Part I, Chapter I. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/9>. Consultado el 5 de enero de 2023.

## 7.1 STS (Pleno), 22 de Mayo de 2019.

El Defensor de Pueblo en funciones interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 1 del art. 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, incorporado a esta por disposición final tercera, apartado dos, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales.

***“Artículo 58 Bis. Utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales.***

1. *La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan las garantías adecuadas.”<sup>77</sup>*

### 7.1.1 Fundamentos de Hecho

El Defensor del Pueblo argumenta en los sucesivos puntos, los siguientes extremos:

A) “El legislador no limita el tratamiento de datos personales que revelen opiniones políticas por parte de los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales, y no establece cuáles son las garantías a las que se refiere el precepto impugnado, ni los criterios para determinarlas, ni el vehículo normativo que deba contenerlas, ni la autoridad o poder público que deba establecerlas, y ni si quiera realiza referencia alguna a los derechos de los titulares de los datos ni al modo y condiciones en que estos pueden ejercitarlos. De este modo, cualquier dato personal relativo a opiniones públicas, aun siendo un dato sensible especialmente protegido, puede ser objeto de tratamiento sin que hubiera sido aportado para este fin, o sin que su titular lo consienta, o sin que tenga noticia del tratamiento sin que hubiera sido aportado para ese fin, o sin que su titular lo consienta, o sin que tenga noticia del

---

<sup>77</sup> En la actualidad este precepto se encuentra anulado por esta sentencia.

tratamiento ni de su finalidad y sin que sepa en qué condiciones puede ejercer sus derechos de oposición y cancelación.

Alega el Defensor del Pueblo que el legislador no ha precisado, conforme al art. 53.1 CE, en qué consisten y cuáles son esas “garantías adecuadas”, con lo que los poderes de disposición y control sobre los datos personales que forman parte del consentimiento esencial del derecho del art. 18.4 CE quedan en cuestión, propiciándose una situación evidente de inseguridad jurídica contraria a su art. 9.3 que, en el contexto tecnológico actual, afecta también al derecho a la libertad ideológica del art. 16 y al derecho a la participación política del art. 23.1, todos ellos de la CE.”

B) “El poder de disposición y control sobre los datos personales adquiere una relevancia extraordinaria cuando los datos concernidos son los relativos a las opiniones políticas, los cuales, por su vinculación con otros derechos y libertades, como la ideológica y las de expresión y comunicación, así como el principio de igualdad, pertenecen a la categoría de datos especialmente protegidos.

El Convenio<sup>78</sup> para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, incluye en las “categorías particulares de datos”, aquellos datos personales que revelen las opiniones políticas los cuales “no podrán tratarse a menos que el derecho interno prevea las garantías apropiadas”. En términos similares se pronuncia el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la garantía de la intimidad individual y familiar, aplicable al tráfico de datos de carácter personal.

Por su parte, el Reglamento<sup>79</sup> 2016/679, de protección de datos (RGPD), prohíbe el tratamiento de las que denomina categorías especiales de datos personales, entre las que se encuentran las que revelen opiniones políticas (Art. 9.1), prohibición que, no obstante, admite algunas excepciones... línea que sigue en la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

---

<sup>78</sup> CONVENIO DE 28 DE ENERO DE 1981, “para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal”, Estrasburgo 1981.

<sup>79</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, “relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE”.

C) El Defensor del Pueblo señala que la línea normativa acorde con la regulación internacional y europea se rompe con la tramitación de una enmienda de adición, que incorpora una nueva disposición final tercera que modifica la LOREG y le añade el nuevo artículo 58 bis, cuyo apartado 1, lejos de atender a la protección especial que en el contexto tecnológico actual debe proporcionarse a los datos que revelen opiniones políticas de las personas, abre la puerta a su tratamiento por los partidos políticos. El precepto ampara el tratamiento, en principio prohibido, de datos personales relativos a opiniones políticas. Lo ampara genéricamente en el “interés público”, no en un interés público esencial como pide la norma europea. Y para obtener este amparo basta con la oferta de unas inciertas e indeterminadas “garantías adecuadas” que *ni el precepto ni la norma en la que se inserta concretan en absoluto. Y lo hace a favor de los partidos políticos “en el marco de sus actividades electorales”,* otro concepto indeterminado que no tiene por qué coincidir con el periodo legalmente previsto en cada proceso de elecciones con la campaña electoral.

A juicio del Defensor del Pueblo, la genérica mención al “interés público” sin especificarlo no basta para fundamentar la intromisión de los datos relativos a opiniones políticas a favor de los partidos políticos en el también impreciso marco de sus actividades electorales.”

D) “La inconcreción de la norma respecto de las garantías que han de rodear la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por parte de los partidos políticos también produce una afectación indeseable respecto de la libertad ideológica garantizada por el art. 16 CE. Supone una injerencia indebida en la libertad ideológica, al posibilitar el tratamiento de las opiniones políticas para un fin distinto del que motivó su expresión o manifestación y sin que quepa predecir las consecuencias que puedan derivarse de dicho tratamiento, el cual, además, con la tecnología disponible para el tratamiento combinado y masivo de datos procedentes de fuentes diversas, es potencialmente revelador de la propia ideología y contrario a la garantía del art. 16.2 CE.

Pese a ello, el legislador, aun siendo consciente del riesgo que las nuevas tecnologías y el tratamiento masivo de datos puede suponer para los derechos y libertades de las personas y para la libertad ideológica y el derecho a no hacer pública

la propia, ha abdicado de su deber de incluir detalladamente las garantías adecuadas para la recopilación de datos personales que revelen opiniones políticas. No solo se ampara la recopilación, sino también se autoriza a los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales a utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral”.

E) “También está comprometido el derecho a la participación política en los asuntos públicos que garantiza el art. 23 CE. Esta libertad difícilmente puede darse en un entorno tecnológico en el que las modernas técnicas de análisis de la conducta sobre la base del tratamiento masivo de datos y la inteligencia artificial permiten procedimientos complejos orientados a modificar, forzar o desviar la voluntad de los electores y sin que estos sean conscientes de ello.”

A continuación el abogado del Estado hace valer, y quedan recogidos, sus argumentos en contra de lo expuesto por el Defensor del Pueblo, y que no entraremos a valorar, debido a que su postura es de la defensa de los derecho ideológicos y no tanto del medio con el que se trata estos datos.

Interesa pues, la afirmación que realiza el Defensor del Pueblo, el uso de las IAs por parte de los partidos políticos con el fin de amoldar las opiniones de los individuos según sus preferencias. Este mal uso de las nuevas tecnologías sin duda puede afectar a los derechos fundamentales, no solo amparados por la CE, también a toda aquella normativa internacional en este sentido. Siguiendo esta línea de pensamiento, el abogado del Estado, en el fundamento de hecho quinto ya nombra el famoso caso de “Cambridge Analytica” y como el Estado Español, siguiendo la Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) realiza diversas enmienda en el Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) con el fin de evitar que estos hechos ocurran en España y argumenta que se ha trato de establecer una serie de garantías, tal y como recoge el precepto impugnado.

### 7.1.2 Fundamentos de Derecho

El Tribunal *ad hoc* ha valorado que de la controversia suscitada, queda en cuestión ciertos elementos del art. 58 bis, 1, tales como, (i) el uso indeterminado que se va a realizar del tratamiento de estos datos personales (ii) la falta de una regulación que desarrolle el modo en el que se va a limitar el derecho fundamental, así como los sujetos con capacidad para realizar tal manipulación de los datos, o los medios a emplear (iii) y la falta de unas garantías implementadas por la propia norma.

Consideran pues, se ha vulnerado los arts. 18.4 y 53.1 de la CE, “por infringir la reserva de ley y por no respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos”, todo ello en base al art. 9, apartado 1, del RGPD, por el que se prohíbe el tratamiento de datos personales que desvelen opiniones políticas o el origen étnico o racial, las creencias filosóficas y religiosas o la afiliación sindical, entre otros datos de carácter sensible.

Por lo tanto, es relevante los medios con los que se consiguen estos datos. El uso de IAs como vía para el acceso y tratamiento de estos elementos informativos por parte de partidos políticos deben ir de la mano con una serie de garantías que aseguren la no vulneración de los derechos fundamentales, no solo los de protección de datos, sino también, una posterior violación de dichos derechos, como el honor, la libertad ideológica, la no discriminación, entre otros.

Apostilla el Tribunal, que ha de estarse a los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y confidencialidad, principios que han de estar amparados en una norma con rango de ley, y de los cuales los entes públicos deben velar por su cumplimiento.

### 7.1.3 Fallo

Tras la exposición de motivos realizada en los fundamentos de derecho por el Tribunal, ha venido a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 58 bis apartado 1, todo ello en tanto en cuanto, no se ha fijado una serie de garantías mínimas para la ejecución de tal precepto, considerando que existe una grave injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales.

De esta sentencia, podemos destacar que los medios tecnológicos, cada vez más presentes como conducto para el tratamiento masivo de datos, han de salvaguardar la confidencialidad de las personas cuyos datos se están manejando, todo ello respetando el principio de proporcionalidad, y donde se ha de informar a todos los sujetos cuyas fichas han sido manejadas, de la finalidad de los mismos, sus derechos frente a dicha manipulación, y en fin, desplegar una serie de garantías que eviten el mal uso de los mismos.

## **7.2 AAP Burgos, 30 noviembre de 2021**

La Audiencia Provincial de Burgos condujo los recursos realizados frente al procedimiento de Diligencias Previas 745/17, iniciado mediante querrela por Bernabé y SERVITEL OLIMPO S.L., frente al Banco Santander S.A. y persona física no identificada en base a los hechos que a continuación se exponen.

### **6.2.1 Fundamento de Hecho**

En síntesis, un día de noviembre de 2018, se realizó un ingreso a favor de SERVITEL OLIMPO por parte del querellante, sin que este hubiera firmado ni realizado dicha transferencia.

Este hecho fue puesto en conocimiento de la entidad bancaria denunciada para que comprobara el error acaecido y lo solucionara, identificando a la persona que había realizado el ingreso a favor de SERVITEL OLIMPO, si bien, Banco Santander no dio respuesta alguna a la querellada.

Bernabé entiende vulnerado sus derechos, puesto que se han revelado información sensible, perjudicándole.

De la querrela se extra lo siguiente, *“La recopilación de datos junto con el uso de técnicas modernas como la inteligencia artificial, ha generado un amplio debate y preocupación respecto a los límites que deben aplicarse, entre los que se encuentra el derecho a la protección de datos de carácter personal”*.

La representación legal de Bernabé solicitó la aplicación del art.5 de la Ley Orgánica 3/2018. De 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía

de los derechos digitales, por un delito de revelación de secretos tipificado en el Código Penal.

Así mismo, la querellada presento ante la AEPD, denuncia por los hechos acontecidos y con base en el derecho que tiene a su entender y que se vio vulnerado.

Este organismo emitió resolución por la que entendía que se debía inadmitir la reclamación realizada al no apreciar indicios suficientes que justificaran la infracción. De este acto, el Juez de instrucción dicto auto de sobreseimiento y el cual ha sido recurrido argumentándose la falta de motivación por la cual esta causa no deba seguirse en vía penal.

## **7.2.2 Fundamentos de Derecho**

Desafortunadamente, el Tribunal no entra en este proceso a valorar el uso o no de las nuevas tecnologías en ámbito bancario ni la aplicación de las IAs que tan de moda se están poniendo a la hora de ofrecer productos financieros por estas entidades.

Así mismo, siguiendo la línea de la Sentencia del Tribunal Supremos analizada con anterioridad, podemos ver nuevamente la línea tan fina que separa el uso correcto de estas tecnología con la vulneración de los derechos a la protección de datos de carácter sensible de las personas en ámbitos digitales.

### **7.2.2.1 Actividades Financieras e Inteligencias Artificiales**

Con motivo de las mencionadas IAs como herramienta en expansión para la venta de productos financieros, los usuarios pueden encontrarse con más frecuencia con asistentes virtuales<sup>80</sup>, similares a Siri, la asistente virtual de Apple, o Bixby en el caso de la marca Samsung, pero que en este caso están diseñados para la resolución de cuestiones que el cliente pueda tener o como guía entre los productos, siendo una

---

<sup>80</sup> IUVITY, "Asistentes virtuales y chatbots: los casos de éxito en la banca", 2022. Disponible en: <https://blog.iuvity.com/asistentes-virtuales-los-casos-de-exito-en-la-banca>. Consultado el 10 de noviembre de 2022.

herramienta que toma decisiones dentro de un abanico reducido de posibilidades si las comparamos con otros asistentes como los ya mencionados<sup>81</sup>.

Otras IAs que no están dirigidas a relacionarse con los seres humanos, si no al análisis de su conducta son los *credit scoring*<sup>82</sup>, donde se función es el estudio de Big Data, una combinación de algoritmos y la evaluación de créditos, permitiendo a las entidades financieras perfilar productos específicos a los clientes. Su función principal en este ámbito es la venta de seguros, al realizar una categorización del cliente según los datos que aporte.

También caben mencionar aquellas inteligencias destinadas a la prevención contra el fraude, la lucha contra el blanqueo de capitales y el control de datos por segundo a fin de detectar anomalías. El *Machine Learning*<sup>83</sup> es una de esas herramientas que se dedica a desarrollar métodos de detección de actividades fraudulentas. Sin embargo, Machine Learning no sólo se aplica al ámbito de la prevención de ataques, sino que también es usado como medio de prevención de impagos<sup>84</sup>, ya que pueden prever según los ingresos de los clientes, cuales de ellos es posible que dejen de pagar, a fin de que las entidades puedan combatirlo.

Recientemente, las IAs en el sector de la banca han girado en torno al asesoramiento en inversiones, tan de moda en la actualidad por la aplicación de las criptomonedas, divisas digitales que han irrumpido en la economía global, que han comenzado a tener sus consecuencias como veremos en el derecho, como que Hacienda obligue a declararlas.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> EXPANSIÓN, “La fiebre de los “Chatbots” llega a la banca”, 2018. Disponible en <https://www.expansion.com/economia-digital/companias/2018/07/01/5b311215268e3e87798b4680.html>. Consultado el 10 de noviembre de 2022.

<sup>82</sup> CIVIS LEND, “¿Qué es el scoring y como se asigna el rating”, 2021. Disponible en: <https://www.civislend.com/blog/que-es-el-scoring-y-como-se-asigna-el-rating>. Consultado el 10 de noviembre de 2022.

<sup>83</sup> CLEVERDATA. “Big Data y Banca: el valor del Machine Learning”. Disponible en: <https://cleverdata.io/big-data-banca/>. Consultado el 10 de noviembre de 2022.

<sup>84</sup> EL ECONOMISTA, “Inteligencia Artificial reduce riesgos de impago”, 2022. Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/sectorfinanciero/Inteligencia-Artificial-reduce-riesgos-de-impago-20220516-0085.html>. Consultado el 15 de noviembre de 2022.

<sup>85</sup> ABOGACÍA ESPAÑOLA, “Hacienda obligará a declarar anualmente las criptomonedas”, 2022. Disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/hacienda-obligara-a-declarar-anualmente-las-criptomonedas/>. Consultado el 15 de noviembre de 2022.

### **7.2.3 Fallo.**

El Tribunal ha desestimado el recurso de apelación de Bernabé y SERVITEL OLIMPO, haciendo valer lo dispuesto por el Juzgado de instrucción.

Como se comenta anteriormente, el Tribunal no entra a valorar la aplicación del uso de IAs y los peligros que asechan frente a los derechos fundamentales. Aun así, es un peligro real y que en un futuro próximo veremos un aumento de procesos judiciales en esta cuestión.

## **7.3 SAP Madrid, 8 de noviembre de 2021**

El Juzgado de 1ª Instancia de Madrid dicto Sentencia frente a un procedimiento de reclamación de cantidades por parte de GAMCO S.L., contra SCHWEPPE S.A., por los siguientes.

### **7.3.1 Fundamentos de Hecho**

Schweppes firmó un contrato con Gamco por la que se acordaba *“una propuesta técnico-económica para la puesta en marcha del proyecto de “Optimización de Promociones” e incluye de forma detallada la planificación, la inversión económica, y los recursos necesarios para llevar a cabo un despliegue óptimo de la solución propuesta por Gamco, que comprende un entorno con las estructuras y algoritmos de inferencia de conocimiento automático preparados para el entrenamiento, producción y despliegue de modelos de conocimiento”*.

El conflicto nace de la aplicación de una inteligencia artificial desarrollada por Gamco con fines de promoción de la marca de bebidas. Dicha IA no consiguió los datos necesarios para superar lo que se denominó “Action Standard” del experimento, por lo que no se abonó a la empresa desarrolladora de esta inteligencia las cantidades pactadas por el desarrollo y aplicación de la misma.

### **7.3.2 Fundamentos de Derecho**

Es de provecho para este estudio las declaraciones realizadas por los testigos que actuaron en el proceso.

El primero de estos, trabajador de Gamco en el proyecto piloto de esta IA, manifestó que Schweppes no proporciono los datos necesarios para nutrir a la herramienta, mientras que otros testigos solo añadieron que no existía un “action standard” en el proyecto.

Por parte de la empresa demandada, el responsable de la política comercial manifestó que el objetivo era introducir una inteligencia artificial que optimizara las promociones, y en cuyo proceso él estuvo implicado, pero que no dio los resultados esperados.

### **7.3.3. Fallo**

El Tribunal desestimó el recurso de apelación interpuesto por Gamco, ya que se entiende que no se ha devengado concepto alguno que no haya sido abonado por Schweppes.

Esta sentencia se trae como ejemplo de la aplicación de IA en el sector civil y mercantil. Es cada vez más frecuente ver a empresas incorporando estas herramientas con fines de gestión, desarrollo de marcas publicitarias, o como hemos visto en sentencias anteriores, control y seguridad.

Esta aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial no está exenta de conflictos. Ciertamente es que el procedimiento no es propiamente sobre un defecto producido por la IA, pero si es interesante como la discrepancia entre las dos empresas viene dada por los resultados obtenidos por la inteligencia. Así, Gamco hace resaltar, como recoge la sentencia sobre la declaración de los testigos, la falta de datos necesario y no aportados por Schweppes como principal problema de que la aplicación no haya tenido un porcentaje de éxito mayor.

## **8. CONCLUSIÓN.**

En el presente trabajo se ha puesto en relevancia varios aspectos importantes a tener en cuenta de la IA y su impacto presente y posible futuro, en la vida cotidiana de las personas por medio de la implantación de nuevas tecnologías, robots, programas, etc. Precisamente, el principal objetivo que tiene la misma es facilitar en

gran medida la vida de los seres humanos<sup>86</sup>, no obstante, este planteamiento nos lleva a cuestionarnos si verdaderamente el uso de la misma será tan idílico como se nos presenta en un principio, pues, como hemos podido observar con este estudio, aún no hay una legislación suficientemente solidificada en donde se recojan todos y cada uno de los aspectos esenciales para su correcto funcionamiento, sin mermar los derechos fundamentales de los individuos entre otros, es por ello que numerosas organizaciones y Estados siguen estudiando el tema, ya que nos encontramos actualmente en una carrera por ser los pioneros en la materia.

Por el momento, este tipo de tecnología representa una clara mejora de la vida como la conocemos, porque ambiciona facilitar muchos aspectos de la misma como por ejemplo en los ámbitos sociales en donde te puedas desplazar con un vehículo autónomo, en los ámbitos laborales facilitando el análisis de una mayor cantidad de datos, en los ámbitos sanitarios en donde podrían analizar y realizar casos con mayor efectividad, etc. Sin embargo, podemos afirmar por el momento queda un largo camino por el cual se pueda legislar e implementar correctamente la IA, pues todos los Estados, empresas u organizaciones que deseen utilizar o lanzar al mercado este tipo de tecnología deberán comprometerse con la misma para que no aprenda patrones sesgados o discriminatorios que pongan en riesgo el orden social, así como el aplicar una correcta política para evitar vulneraciones con el tema de la protección de datos personales de los ciudadanos, respetando la intimidad, la igualdad, la moral, entre otros aspectos.

Por todo ello, consideramos que el estado actual de la robótica y la inteligencia artificial necesita de un mayor desarrollo y concreción, respetando los derechos fundamentales y desarrollándose en base a una serie de valores éticos, tal y como ya expresó Miranda Gonçalves, R<sup>87</sup>, donde rijan el principio de proporcionalidad<sup>88</sup> en la aplicación de esta nueva tecnología.

---

<sup>86</sup> MIRAUT MARTÍN, L., "New realities, new rights. Some reflections on the need to safeguard personal data", *Artificial Intelligence and human rights*. Dykinson, Madrid, 2021, pp.: 24-47.

<sup>87</sup> MIRANDA GONÇALVES, R., "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19". *Justicia Do Direito*, v. 34, n. 2, 2020, pp.: 148-172.

<sup>88</sup> MIRANDA GONÇALVES, R., "Consideraciones sobre el principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales: mención especial a la videovigilancia masiva". *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 8, n. 02, 2021, pp.: 1-18.

Así mismo, la creación de una personalidad electrónica como medio de poder objetivizar aquellos actos que produzcan lesiones y su consecuente responsabilidad y reparación, es uno de los pilares fundamentales necesarios a desarrollar de cara al Derecho, más aún si se espera aumentar su uso así como por los ámbitos en los que se relaciona, como hemos comentado, salud, prevención de riesgos, gestión de algunos derechos fundamentales como la integridad moral y la propia imagen.

## BIBLIOGRAFÍA

- BIOETICAWIKI. (s.f). "Transhumanismo". bio.etica wiki, 2021 . Disponible en: <https://www.bioeticawiki.com/Transhumanismo>.
- BOSTROM, N. (2005). "A History of Transhumanist Thought". Facultad de Filosofía, Universidad de Oxford, 2005. Disponible en: <https://nickbostrom.com/papers/history.pdf>.
- BREVITY. "¿Qué usos puede tener la inteligencia artificial en el derecho?", brevity, 2021. Disponible en: <https://brevity.pro/que-usos-puede-tener-la-inteligencia-artificial-en-el-derecho/#:~:text=La%20principal%20ventaja%20es%20la,en%20la%20resoluci%C3%B3n%20de%20conflictos>
- CASTRILLÓN GÓMEZ, O.D., RODRIGUEZ CÓRDOBA, M. P. y LEYTON CASTAÑO, J. D., (s.f). "Ética e inteligencia artificial. ¿Necesidad o urgencia?", Universidad Nacional de Colombia Manizales, Caldas 0017, Colombia. Disponible en: <https://www.iiis.org/cds2008/cd2008csc/cisci2008/PapersPdf/C054TM.pdf>.
- EIURIS. "Proyecto Robolaw", 2020. Disponible en: <https://www.eiurisweb.com/proyecto-robolaw/>
- GUILLEUMA GONZÁLEZ, P. "Ética aplicada a la inteligencia artificial de los coches autónomos". Universidad Pontificia Comillas, ICADE, 2021. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/46698/TFG-%20Guilleuma%20Gonzalez%2C%20Patricia.pdf?sequence=1>.
- HALLEVY, G., "The Basic Models of Criminal Liability of AI Systems and Outer Circle", Social Science Research Network, 2019.
- HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M., "Inteligencia Artificial y Derecho Penal", Actualidad Jurídica Iberoamericana, nº 10 bis, 2019, pp.: 800.
- LÓPEZ, S., "La lucha por la rehumanización del trabajo". Ehikos, 2022. Disponible en: <https://ethikos.es/la-lucha-por-la-rehumanizacion-del-trabajo/>.
- MADRUGA GONZALEZ, A. "Podemos escoger nuestro futuro. Bioconservadores vs transhumanistas. Futuro de la inteligencia artificial", 2015. Disponible en <https://cibernetica.wordpress.com/2015/09/15/podemos-escoger-nuestro-futuro-bioconservadores-vs-transhumanistas/>
- MARTINEZ BARTOLOME, J. (s.f). Transhumanismo, Antonio Diéguez, resumen. Disponible en <https://julianmartinezbartolome.com/transhumanismo/>.

- MAURIZIO FAGGIONI, FR. "Transhumanismo: Volar más allá de la naturaleza humana", 2021, pp.:6. Disponible en: <https://www.antoniano.org/public/pua/dispense/1.%20M.%20Faggioni.pdf>.
- MCCARTHY, J., "What is artificial intelligence?", Computer Science Department Stanford University, 2007. Disponible en : <http://faculty.otterbein.edu/dstucki/inst4200/whatisai.pdf>.
- MIRANDA GONÇALVES, R., "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justiça Do Direito*, v. 34, n. 2, 2020, pp.: 148-172.
- MIRANDA GONÇALVES, R., "Consideraciones sobre el principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales: mención especial a la videovigilancia masiva". *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 8, n. 02, 2021, pp.: 1-18.
- MIRANDA GONÇALVES, R., "Inteligencia artificial y derechos humanos: Una solución a los conflictos éticos y morales a través de una regulación normativa futura", *Artificial Intelligence and human rights*. Dykinson, Madrid, 2021, pp.: 48-76.
- MIRANDA GONCALVES, R. "A ética e a justiciabilidade dos direitos na era digital", *Direito digital, inteligência artificial e proteção de dados* (Eduardo Vera-Cruz Pinto & Marco Antonio Marques da Silva coords), Quartier Latin do Brasil, 2023,
- MIRAUT MARTÍN, L., "New realities, new rights. Some reflections on the need to safeguard personal data", *Artificial Intelligence and human rights*. Dykinson, Madrid, 2021, pp.: 24-47.
- MORALES MORENO, A.F., "Inteligencia Artificial y Derecho Penal: Primeras Aproximaciones", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2021.
- MOYANO LAÍN, G. "Responsabilidad en inteligencia artificial: Señoría, mi cliente robot se declara inocente", *eUsal Revistas*. Universidad de Salamanca, 2021, pp.:220. Disponible en: <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/AIS202191197232/26054>.
- OBSERVATORIO DE BIOÉTICA UCV. "El transhumanismo según Nick Bostrom". Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, 2017. Disponible en: <https://www.observatoriobioetica.org/2017/10/el-transhumanismo-segun-nick-boston/20781>.
- OBSERVATORIO DE RR.HH. "Mitos sobre la inteligencia artificial en el trabajo". ORH, 2018. Disponible en: <https://www.observatoriorh.com/innovacion/mitos-inteligencia-artificial-trabajo.html>.
- ON THE ROAD. "El dilema moral del coche autónomo". ON THE ROAD Together we move the world, 2021. Disponible en: <https://www.ontheroadtrends.com/etica-en-coches-autonomos/>.
- OSUNA RODRÍGUEZ, S. M., "Teoría de la inteligencia artificial para la calidad". Gestipolis, 2008. Disponible en: <https://www.gestipolis.com/teoria-inteligencia-artificial-calidad/>.
- O'NEIL C., "Armas de destrucción matemática, como el big data aumenta la desigualdad y la amenaza a la democracia", 2016. Disponible en: [https://lapupilainsomne.files.wordpress.com/2020/10/armas\\_de\\_destruccion\\_matematica-cathy\\_-oneil.pdf](https://lapupilainsomne.files.wordpress.com/2020/10/armas_de_destruccion_matematica-cathy_-oneil.pdf).
- QUINTERO OLIVARES, GONZAL, "La robótica ante el Derecho Penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas". *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, núm. 1, 2017, pp.: 20.

- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “Robótica, inteligencia artificial y seguridad: ¿Cómo encajar la responsabilidad civil?”, Diario La Ley, Editorial Wolters Kluwer., nº 9365, 2019, pp.: 3.
- RIPIANI, L., KUGLER, A., SOLER, N., KUGLER, M., RODRIGO, R., (s.f). “El futuro del trabajo en América Latina y el Caribe. ¿Cuál es el impacto de la automatización en el empleo y los salarios?”. Banco Interamericano de Desarrollo, 2020. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/EI-futuro-del-trabajo-en-America-Latina-y-el-Caribe-Cual-es-el-impacto-de-la-automatizacion-en-el-empleo-y-los-salarios.pdf>.
- SAIZ GARCÍA, C., “Las Obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor”. InDret, Revista para el Análisis del Derecho. LLM München, Barcelona, 2019, pp.: 27.
- SANTOS GONZÁLEZ, M.J. “Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro”. Revista Jurídica de la Universidad de León, 2017, n. 4, pp.:27. Disponible en: <https://revpubli.unileon.es/ojs/index.php/juridica/article/view/5285>.
- SEGOVIA GONZÁLEZ, R. “El dilema del tranvía”. LinkedIn, 2020. Disponible en: [https://www.linkedin.com/pulse/el-dilema-del-tranv%C3%ADa-rogelio-segovia-gonzalez?trk=portfolio\\_article-card\\_title](https://www.linkedin.com/pulse/el-dilema-del-tranv%C3%ADa-rogelio-segovia-gonzalez?trk=portfolio_article-card_title).
- SIERRA, Y. “Inteligencia artificial: ventajas y desventajas de la IA”. Lemontech Blog, 2022. Disponible en: [https://blog.lemontech.com/inteligencia-artificial-ventajas-y-desventajas/#Principales\\_ventajas\\_para\\_tu\\_firma](https://blog.lemontech.com/inteligencia-artificial-ventajas-y-desventajas/#Principales_ventajas_para_tu_firma).
- SANTOS GONZÁLEZ, M.J., “Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos del futuro”, Revista Jurídica de la Universidad de León. 2017, pp.: 25-50.
- VITA-MORE, N. (Última revisión 2020, original 1993). Manifiesto transhumanista. Disponible en: <https://arjephilo.files.wordpress.com/2021/01/manifiesto-transmano.pdf>.
- WALKER VÁSQUEZ DEL AGUILA, J. y POSTIGO SOLANA, E. “Transhumanismo, neuroética y persona humana”. Scielo, 2015. Disponible en <https://www.scielo.br/j/bioet/a/PjkgX9vsygNQv594FJnNHpQ/?lang=es>.

## **BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA**

- 20 MINUTOS, “Gana un concurso de pintura digital con una obra generada por inteligencia artificial: “la muerte del arte ante nuestros ojos”, 2022. Disponible en: <https://www.20minutos.es/gonzoo/noticia/5047288/0/gana-un-concurso-de-pintura-digital-con-una-obra-generada-por-inteligencia-artificial-la-muerte-del-arte-ante-nuestros-ojos/>. Consultado el 5 de enero de 2023.
- ABOGACÍA ESPAÑOLA, “Hacienda obligará a declarar anualmente las criptomonedas”, 2022. Disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/hacienda-obligara-a-declarar-anualmente-las-criptomonedas/> . Consultado el 15 de noviembre de 2022.
- BBC MUNDO. “Que es “la teoría del empujón” que le hizo ganar al estadounidense Richard H. Thaler el Nobel de Economía”. BBC NEWS MUNDO, 2017. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41551856>.

- BBC MUNDO. “5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook perdiera U\$ 37.000 millones en un día”. BBC NEWS MUNDO, 2018. Disponible en: <https://www.scribbr.es/citar/generador/folders/7AcMeArvsFht7bJvHvWxaw/lists/5CcCrucy48rB6AcilkBZyn/>.
- CIVIS LEND, “¿Qué es el scoring y como se asigna el rating”, 2021. Disponible en: <https://www.civislend.com/blog/que-es-el-scoring-y-como-se-asigna-el-rating>. Consultado el 10 de noviembre de 2022.
- CLEVERDATA. “Big Data y Banca: el valor del Machine Learning”. Disponible en: <https://cleverdata.io/big-data-banca/>. Consultado el 10 de noviembre de 2022. ELECONOMISTA, “Inteligencia Artificial reduce riesgos de impago”, 2022. Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/sectorfinanciero/Inteligencia-Artificial-reduce-riesgos-de-impago-20220516-0085.html>. Consultado el 15 de noviembre de 2022.
- DALL-E. Disponible en; <https://openai.com/dall-e-2/>. Consultado el 5 de enero de 2023
- EL MUNDO. “Una inteligencia artificial se vuelve racista, antisemita y homófoba en menos de un día en Twitter”. EL MUNDO Madrid, 2016. Disponible en: <https://www.elmundo.es/tecnologia/2016/03/28/56f95c2146163fdd268b45d2.html>.
- EXPANSIÓN, “La fiebre de los “Chatbots” llega a la banca”, 2018. Disponible en <https://www.expansion.com/economia-digital/companias/2018/07/01/5b311215268e3e87798b4680.html>. Consultado el 10 de noviembre de 2022.
- EL MUNDO, “Una inteligencia artificial se vuelve racista, antisemita y homófoba en menos de un día en Twitter”, 2016. Disponible en: <https://www.elmundo.es/tecnologia/2016/03/28/56f95c2146163fdd268b45d2.html>, Consultado el 15 de septiembre de 2022.
- IUVITY, “Asistentes virtuales y chatbots: los casos de éxito en la banca”, 2022. Disponible en: <https://blog.iuvity.com/asistentes-virtuales-los-casos-de-exito-en-la-banca>. Consultado el 10 de noviembre de 2022.
- LA VANGUARDIA. “Los algoritmos aumentan las desigualdades sociales”. Capitán Swing, 2018. Disponible en: <https://capitanswing.com/prensa/los-algoritmos-aumentan-las-desigualdades-sociales/>.
- MIDJOURNEY. Disponible en: <https://midjourney.com/home/?callbackUrl=%2Fapp%2F>. Consultado el 5 de enero de 2023.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/permissum-videtur-id-omne-quod-non-prohibetur#:~:text='Se%20considera%20permitido%20todo%20lo,el%20principio%20de%20libertad%3A%20i>. Consultado el 2 de octubre de 2022.
- SALAS, J., “El algoritmo que discrimina a los pacientes negros sin conocer su raza”. EL PAÍS, 2019. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2019/10/24/ciencia/1571909798\\_596622.html](https://elpais.com/elpais/2019/10/24/ciencia/1571909798_596622.html).
- SENRA, R., “El dilema de las redes sociales” de Netflix: 5 secretos de los dueños de las redes para engancharnos y manipularnos, según el documental. BBC

NEWS MUNDO, 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54385775>.

TUBELLA, P., “Los estudiantes británicos derrotan al algoritmo de Johnson”. EL PAÍS, 2020 Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-08-18/los-estudiantes-britanicos-propician-la-primera-gran-derrota-de-johnson.html>.

## LEGISLACIONES

COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS. “Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas del Derecho Civil sobre robótica”. Informe -A8-0005/2017 Parlamento Europeo, 2017. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_ES.html).

COMISIÓN EUROPEA, DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA Y CONSUMIDORES, GERARDS, J. y XENIDIS, R. “Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law”. Oficina de publicaciones de la Unión Europea, 2021, pp.:47. Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/082f1dbc-821d-11eb-9ac9-01aa75ed71a1>.

COMISIÓN EUROPEA. (s.f). “Excelencia y confianza en al inteligencia artificial”. Web oficial de la Comisión Europea. Disponible en: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_es).

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. “Informe de inteligencia artificial y abogacía”. Abogacía Futura: Prospectiva de Negocio Emergente, 2021, pp.:53. Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/11/11-Informe-IA-y-Abogacia-Futura-2021.pdf>.

Código Civil español artículo 30.

CHAPTER 306. “The Human Authorship Requirement”, Compendium of U.S. Copyright Office Practices, Third Edition., 2014. Disponible en: <https://law.resource.org/pub/us/compendium/ch300.html#:~:text=and%20uniform%20manner,-,306%20The%20Human%20Authorship%20Requirement,created%20by%20a%20human%20being>. Consultado el: 8 de enero de 2023.

CONVENIO DE 28 DE ENERO DE 1981, “para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal”, Estrasburgo 1981.

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH AT WORK. “Artificial Intelligence for worker management: risk and opportunities”. Agencia Europea para la seguridad y la Salud en el Trabajo, 2022, pp.:1-2. Disponible en: <https://osha.europa.eu/es/publications/artificial-intelligence-worker-management-risks-and-opportunities>.

HILGENDORF E., KIM MINKYU, “Legal Regulation of Autonomous Systems in South Korea”. Disponible en: [https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/\\_migrated/content\\_uploads/Legal\\_Regulation\\_of\\_Autonomous\\_Systems\\_in\\_South\\_Korea\\_on\\_the\\_Example\\_of\\_Robot\\_Legislation\\_-\\_Hilgendorf\\_Kim\\_05](https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/Legal_Regulation_of_Autonomous_Systems_in_South_Korea_on_the_Example_of_Robot_Legislation_-_Hilgendorf_Kim_05). Consultado el 20 de septiembre de 2022.

JANSEN, P. y BREY, P. (2019). “Ethical Analysis of AI and Robotics Technologies”. SIENNA projects, 2019, pp.:67. Disponible en: <https://www.sienna-projects.eu/>

- project.eu/digitalAssets/801/c\_801912-l\_1-k\_d4.4\_ethical-analysis--ai-and-r--with-acknowledgements.pdf.
- KOREAN TRANSLADE CENTER, “Intelligent Robots development and distribution promotion act”. Disponible en: [https://elaw.klri.re.kr/eng\\_mobile/viewer.do?hseq=17399&type=part&key=18](https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=17399&type=part&key=18) Consultado el 15 de septiembre de 2022.
- LESLIE, D. (2019). “Understanding artificial intelligence ethics and safety: A guide for the responsible design and implementation of IA system in the public sector”. Public Policy Programme, The Alan Turing Institute, 2019, pp.:5. Disponible en: <https://doi.org/10.5281/zenodo.3240529>.
- Otras Convenciones, por ejemplo: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1996, el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, la Convención contra la de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, la Convención contra la Tortura, de 1984, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006.
- PARLAMENTO EUROPEO, “Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea por el que se establece el programa Europa Digital para el período 2021-2027”. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0434>. Consultado el 23 de septiembre de 2022.
- RD 1/1996, de 12 de abril, de la Ley de Propiedad Intelectual.
- REGLAMENTO (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, “relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE”.
- SECCIÓN 9.3. Authorship Work. Copyright, Designs and Patents Act 1988. Part I, Chapter I. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/9>. Consultado el 5 de enero de 2023.
- UNESCO. “Anteproyecto de recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial”, UNESDOC, Biblioteca Digital, 2020. Disponible en: <https://es.unesco.org/news/estados-miembros-unesco-adoptan-primer-acuerdo-mundial-etica-inteligencia-artificial>.
- UNESCO. “Los Estados Miembros de la UNESCO adoptan el primer acuerdo mundial sobre la ética de la inteligencia artificial”. UNESCO, 2021. Disponible en: <https://es.unesco.org/news/estados-miembros-unesco-adoptan-primer-acuerdo-mundial-etica-inteligencia-artificial>.
- UNESCO. “Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial”. UNESDOC biblioteca digital, 2021, pp.:17. Disponible en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa).

## JURISPRUDENCIA

AAP Burgos, 30 noviembre de 2021.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre << Inteligencia Artificial: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa>>”. Dictamen iniciativa 2018/C 440/01. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IE1473&from=ES>. Consultado el 23 de septiembre de 2022.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. “Dictamen del CESE sobre la Inteligencia Artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad”. Dictamen de iniciativa 2017/C 288/01. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:288:FULL&from=MT>. Consultado el 26 de septiembre de 2022.

PARLAMENTO EUROPEO, “Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica”, 2017. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html). Consultado el 28 de septiembre de 2022.

RESOLUCIÓN PARLAMENTO EUROPEO, 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica (2015/2103(INL)).

SAP Madrid, 8 de noviembre de 2021.

STS (Pleno), 22 de Mayo de 2019.

# **O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DA OFERTA DO TRATAMENTO DE ESGOTO NAS CAPITAIS DA REGIÃO NORTE DO BRASIL**

## **THE UNCONSTITUTIONAL ENVIRONMENTAL STATE OF THINGS: AN ANALYSIS OF THE OFFER OF SEWAGE TREATMENT IN THE CAPITALS OF THE NORTHERN REGION OF BRAZIL**

**Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho<sup>1</sup>**  
Universidade do Estado do Amazonas  
Universidade Federal do Amazonas

**Aldo Reis de Araújo Lucena Júnior<sup>2</sup>**  
Universidade do Estado do Amazonas

### **RESUMO**

O presente artigo analisou se o atual cenário de oferta do tratamento de esgoto nas capitais da região Norte do Brasil é caracterizador do Estado de Coisas Inconstitucional. Para tanto, inicialmente buscamos apresentar o conceito do Estado de Coisas Inconstitucional - ECI. Após, verificou-se o reconhecimento do ECI pelo Supremo Tribunal Federal, analisando os critérios utilizados para seu reconhecimento. Por fim, verificamos, à luz dos dados disponibilizados pelo Instituto Trata Brasil, em seu Ranking do Saneamento 2023, se o tratamento de esgoto oferecido nas capitais da região norte do Brasil é ensejador do reconhecimento do ECI, baseados nos critérios estabelecidos pela Suprema Corte brasileira. A pesquisa será realizada através de análise bibliográfica e documental de caráter qualitativo. Ao final, concluiu-se que o tratamento de esgoto fornecido nas capitais da região norte do país vulnera o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado de milhares de pessoas, portanto, pode ensejar o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado de Coisas Inconstitucional; Problema Estrutural; Decisão Estrutural; Tratamento de Esgoto.

Recebido em: 07.10.2023

Aceito em: 05.11.2023

---

<sup>1</sup> Doutor em Desenvolvimento Sustentável e Mestre em Ciência Política. Coordenador e professor do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1203576344531897>. E-mail: [ecfilho@uea.edu.br](mailto:ecfilho@uea.edu.br).

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9514153213955269>. E-mail: [ardalj.mda23@uea.edu.br](mailto:ardalj.mda23@uea.edu.br)

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo avaliar se as atuais condições de oferta do tratamento de esgoto nas capitais da região norte do Brasil, verificadas a partir dos dados disponibilizados pelo Instituto Trata Brasil em seu Ranking do Saneamento 2023, são ensejadoras do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional – ECI.

A pesquisa possui relevância jurídica e acadêmica na medida em que pretende fomentar o debate acerca do Estado de Coisas Inconstitucional enquanto mecanismo capaz de concretizar direitos e garantias fundamentais, especialmente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a partir de uma avaliação casuística.

A relevância social do trabalho resta configurada, pois pretende avaliar se as capitais do norte do país e seus mais de 5.350.000 (cinco milhões e trezentos e cinquenta mil) habitantes, segundo o censo do IBGE realizado em 2022, são vítimas de um problema estrutural ambiental grave onde a solução perpassa, necessariamente, pela lavratura de uma decisão estrutural emanada do Poder Judiciário, capaz de, ao menos em tese, concentrar esforços do Poder Público para garantir o mínimo existencial em matéria ambiental aos nortistas.

Inicialmente, apresentamos o conceito doutrinário e jurisprudencial do Estado de Coisas Inconstitucional – ECI, enquanto técnica decisória capaz de sanar vícios de inconstitucionalidade. Após, verificou-se o reconhecimento do ECI pelo Supremo Tribunal Federal - STF, no bojo da ADPF nº 347 e da ADPF nº 760, elencando-se os critérios utilizados pela Suprema Corte para seu reconhecimento. Por fim, analisou-se, à luz dos dados disponibilizados pelo Instituto Trata Brasil em seu Ranking do Saneamento 2023, se as condições do saneamento básico oferecido nas capitais da região norte do Brasil, especificamente quanto ao tratamento de esgoto, são ensejadoras do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, segundo os critérios apontados na jurisprudência da Suprema Corte brasileira.

Quanto a metodologia, a pesquisa possui abordagem quanti-qualitativa com objetivo descritivo, exploratório e explicativo, valendo-se da revisão bibliográfica e documental.

## **2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – ECI**

O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI foi reconhecido pela primeira vez pela Corte Constitucional Colombiana, no bojo da *Sentencia de Unificacion* n. 559, no ano de 1997 (BERTOLDI e SCHÖNHOFEN, 2022, p. 6).

Após, a própria Suprema Corte Colombiana, quando da *Sentencia* T-025 de 2004, estabeleceu o que se deve entender como Estado de Coisas Inconstitucional, nos seguintes termos:

*es una decisión judicial, por medio de la cual la Corte Constitucional declara que hay una violación masiva generalizada y sistemática de los derechos fundamentales es de tal magnitud, que configura una realidad contraria a los principios fundantes de la Constitución Nacional y estas situaciones pueden provenir de una autoridad pública específica que vulnera de manera constante los derechos fundamentales, o de un problema estructural que no solo compromete una autoridad sino que incluye también la organización y el funcionamiento del Estado, y que por tanto se puede calificar como una política pública, de donde nace la violación generalizada de los derechos fundamentales* (COLOMBIA apud CAÚLA e RODRIGUES, 2018, p. 9).

Libardo José Ariza (apud CAMPOS, 2015, p. 88) conceitua o Estado de Coisas Inconstitucional como a intervenção estrutural da Suprema Corte nos casos em que se verifica uma violação massiva e sistemática a direitos fundamentais. Tal situação é gerada por falhas na atuação das instituições de Estado levando a Corte Constitucional a reconhecer a existência de uma realidade inconstitucional.

Nesse sentido, a declaração do ECI decorre do reconhecimento pelo Judiciário, especificamente pelas Cortes Constitucionais, de uma ineficiência sistemática na implementação dos direitos e garantias fundamentais (CAMPOS, 2015, p. 129).

A compreensão do ECI, ao que nos parece, perpassa pela inteligência dos conceitos de: (i) problema estrutural, (ii) bloqueio estrutural e (iii) decisão estrutural.

Relativamente ao conceito de problema estrutural, este pode ser entendido como um estado de desconformidade estruturada, continuada e permanente, necessitando para sua solução de uma reorganização estrutural. Importante destacar que a solução do problema estrutural, haja vista sua complexidade, não pode ser alcançada através de um único ato, pressupondo reestruturação/reorganização das ações dos entes públicos (DIDIER JR, ZANETI JR e OLIVEIRA, 2020, p. 104-106).

Por seu turno, bloqueio estrutural consiste em uma situação em que se constata a incapacidade do poder público, em suas diferentes instâncias/instituições, de solucionar as violações aos direitos fundamentais. Trata-se de falha estatal que se materializa na ausência de medidas legislativas, administrativas, judiciais e orçamentárias compatíveis com a complexidade do problema. (CAMPOS, 2015, p. 193).

A decisão estrutural, por fim, é aquela que, partindo do reconhecimento de um problema estrutural, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende alcançar e, ao mesmo tempo, os meios de ação para a consecução de tal desiderato, nesse sentido, temos que “a decisão estrutural não estrutura, mas sim reestrutura o que estava desorganizado” (DIDIER JR, ZANETI JR e OLIVEIRA, 2020, p. 109).

O ECI, no entanto, não está indene de críticas, dentre elas destacamos a mitigação ao princípio da separação dos poderes, ativismo judicial inerente ao instituto e vagueza do que se entende por “estado de coisas inconstitucional” (STRECK, 2015).

É certo que, quando o Poder Judiciário reconhece o ECI está na verdade assumindo funções típicas dos outros Poderes, tais como gestão de políticas públicas, gerenciamento de recursos orçamentários e efetivação/execução de direitos fundamentais (BERTOLDI e SCHÖNHOFEN, 2022, p. 7).

Há que se destacar, no entanto, que os estados modernos nasceram com a finalidade de garantir os direitos fundamentais (CREVEL apud CAÚLA e RODRIGUES, 2018, p. 9), razão pela qual não só devem se abster de condutas que possam lesar tais direitos, mas, também, devem agir em prol de sua defesa e

implementação. A tutela dos direitos e garantias fundamentais, deve servir, em última análise, como alicerce axiológico para a atuação do Estado (CAMPOS, 2015, P. 71-72).

Destarte, a despeito das críticas lançadas ao ECI, especialmente no que tange a invasão do Poder Judiciário nas funções típicas do Legislativo e Executivo, a existência de um problema estrutural, bem como a de um bloqueio estrutural, “não autoriza o alheamento do Judiciário sob o argumento de intervenções indevidas” (CAÚLA e RODRIGUES, 2018, p. 12).

Campos (2015, p. 130-132), ao analisar a jurisprudência da Suprema Corte Colombiana, elenca quatro pressupostos caracterizadores do Estado de Coisas Inconstitucional, são eles: (i) constatação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta um número amplo de pessoas; (ii) omissão reiterada e persistente da Administração Pública na missão de implementar e defender os direitos fundamentais; (iii) reconhecimento de que a superação do quadro de inconstitucionalidade pressupõe a atuação coordenada de diversos órgãos e entidades públicas; (iv) elevado número de afetados com a violação aos direitos fundamentais.

Partimos do pressuposto que, pelo menos em tese, o ECI pode ser reconhecido diante de violações ao direito ao meio ambiente equilibrado. Esse é o entendimento de Bleine Queiroz Caúla e Francisco Lisboa Rodrigues, citados por Bertoldi e Schönhofen (2022, p. 12), nos seguintes termos:

A investigação do tema surge a partir da (in)efetividade das normas constitucionais ambientais. Instrumentos preventivos de gestão ambiental pública – como licenciamento ambiental, Agenda 21 Local, Sistema Integrado de Gestão Ambiental – quando negligenciados pela Administração Pública, configura violação do comando constitucional (art. 225). Problemas relacionados ao saneamento básico, recursos hídricos, resíduos sólidos, poluição, matriz energética, mobilidade urbana motivam a rediscussão da harmonização e independência dos Poderes da República, de modo a blindar a segurança jurídica da Constituição, em especial a efetividade dos direitos fundamentais.

Tal possibilidade ganha maior relevo diante do reconhecimento da dimensão ecológica da dignidade humana que, em tempos de “sociedade de risco”, exige um padrão mínimo de qualidade ambiental para que se possa desfrutar de uma vida digna, saudável e segura (SARLET e FENSTERSEIFER, 2019, p. 77). A inobservância da preservação do meio ambiente saudável, nos moldes em que previsto pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988, implica na violação direta ao núcleo essencial da dignidade humana, posto não se poder conceber a vida e a saúde dissociadas do meio em que as pessoas vivem, se relacionam e desenvolvem suas potencialidades.

### **3 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – ECI NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O Estado de Coisas Inconstitucional será analisado nesse tópico considerando a manifestação do Supremo Tribunal Federal no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347 e ADPF nº 760.

#### **3.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347**

A ADPF nº 347 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL e tinha como objeto o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro em razão de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos em todos os níveis da federação (PSOL, 2015).

Na petição inicial, o PSOL arguiu que a situação do sistema prisional brasileiro era de violação sistemática a diversos direitos fundamentais dos presos, dentre os quais: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF); vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”); garantia de respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX); direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV); devido processo legal (art. 5º, LIV e LV); presunção de inocência (art. 5º, LVII); saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º) (PSOL, 2015).

Ademais, o Autor da ação indicou, a partir dos dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2014, que o número de detentos nas prisões brasileiras era de 563.526 (quinhentos e sessenta e três mil quinhentos e vinte e seis), além de mais 147.000 (cento e quarenta e sete mil) em prisão domiciliar (PSOL, 2015).

Sob tal perspectiva, segundo o Partido, estaria configurado bloqueio institucional intransponível, demonstrando-se a evidente falha do Estado brasileiro em garantir à população carcerário o núcleo essencial de diversos direitos fundamentais, razão pela qual deveria ser declarado o ECI e exarada uma decisão estrutural que superasse a resposta jurisdicional tradicional, dada a complexidade do tema (PSOL, 2015).

O mencionado bloqueio institucional estaria evidenciado ainda, segundo o PSOL, em razão do conhecimento da situação calamitosa dos presídios por parte da sociedade brasileira, manifestações oficiais do Legislativo e do Executivo, bem como diversas declarações por parte de autoridades públicas dando conta de que a situação do sistema carcerário é insustentável e violadora da dignidade humana. Ademais, é destacada a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a tomar medidas de proteção aos encarcerados (PSOL, 2015).

O Supremo Tribunal Federal, em 04 de outubro de 2023, julgou a Arguição parcialmente procedente, reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

A partir da leitura do voto do ministro Marco Aurélio, relator da ADPF, Bruno Baía Magalhães (2019, p. 26) aponta que os requisitos para reconhecimento do ECI, segundo a decisão do Supremo Tribunal Federal, seriam cinco, a saber:

- 1) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; 2) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação identificada, 3) que a superação das transgressões exija a atuação de todas as autoridades políticas; 4) Sub-representação parlamentar da população atingida pela violação generalizada e a 5) a impopularidade social dos atingidos pelas violações.

Os dois últimos pressupostos para reconhecimento do ECI, nos termos da manifestação do STF, são criticados por Magalhães (2019).

No tocante a sub-representação parlamentar, o Autor sustenta que o argumento do Ministro é problemático em virtude de não serem somente os encarcerados sub-representados politicamente, mas também outras minorias, não havendo se falar em representatividade plena de todo e qualquer grupo/seguimento social no Legislativo, do contrário, poderia ser sustentada uma ausência generalizada de representação popular nas casas legislativas (Magalhães, 2019, p. 26).

Quanto a impopularidade dos presos, “não há uma correlação direta entre o estabelecimento de prioridades eleitorais e a percepção comum da sociedade acerca dos direitos fundamentais dos presos” (Magalhães, 2019, p. 28). Assim, não se pode afirmar que exista um bloqueio de vontade político, em razão da opinião pública ver de forma negativa a população carcerária.

Em fecho o multicitado Autor conclui que no caso da ADPF nº 347 o STF precisou produzir os pressupostos da sub-representação política e impopularidade social e temática para refrear o reconhecimento do ECI em um país como o Brasil, recheado de violações aos direitos fundamentais (MAGALHÃES, 2019, p. 31).

### **3.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 760**

A ADPF nº 760 foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, Rede Sustentabilidade – REDE, Partido Democrático Trabalhista – PDT, Partido Verde, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Socialismo e Liberdade – PSOL e Partido Comunista do Brasil – Pcdob, em 11 de novembro de 2020, requerendo a adoção de medidas urgentes para equacionar as graves e irreparáveis lesões a preceitos fundamentais, decorrentes de atos comissivos e omissivos da União, relativamente ao desmatamento da Amazônia Legal e à emergência climática, posto configurar verdadeiro estado de coisas inconstitucional (PSB, *et. al.* 2020).

Os Autores sustentaram, ainda, que a conduta da União configuraria ofensa aos seguintes preceitos fundamentais, meio ambiente ecologicamente equilibrado

para as presentes e futuras gerações, direito à vida, à dignidade, à saúde, direito dos povos indígenas e comunidades tradicionais, dentre outros (PSB, *et. al.* 2020).

Quanto a atuação dos órgãos públicos, os Partidos sustentam:

“(i) atuação estatal absolutamente deficiente: drástica redução da fiscalização e controle ambientais; (ii) atos omissivos e comissivos destinados a inviabilizar a implementação do PPCDAm, incluindo-se a desestruturação dos órgãos e entidades federais; (iii) inexecução do orçamento disponível e congelamento do financiamento da política pública; (iv) atos normativos destinados a inviabilizar a atuação estatal suficiente; (v) atos omissivos e comissivos atentatórios aos direitos fundamentais à informação e à participação em matéria ambiental; e (vi) a ‘extinção branca’ do PPCDAm” (PSB *et al*, 2020).

A Ministra Carmen Lúcia, relatora da ação, cita em seu voto os seguintes pressupostos para o reconhecimento do ECI, nos termos da jurisprudência da Suprema Corte Colombiana:

a) a ofensa massiva e generalizada de direitos fundamentais que afetam número significativo de pessoas; b) a prolongada omissão das autoridades quanto ao cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos fundamentais ou a adoção reiterada de práticas inconstitucionais; c) a ausência de medidas legislativas e/ou administrativas necessárias para evitar afrontas aos direitos fundamentais; d) a existência de problema social cuja solução demande a intervenção de várias entidades, requerendo a adoção de conjunto completo e coordenado de ações; e) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema ajuizassem ações individuais para tutela dos seus direitos, produzir-se-ia grande congestionamento judicial (STF, 2022).

Ademais, a Relatora cita os pressupostos à luz da doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, quais sejam:

Em síntese, são três os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional: - a constatação de um quadro não simplesmente de ‘proteção deficiente’, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; - a falta de

coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira 'falha estatal estrutural', que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; - a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc (CAMPOS, apud STF, 2022).

A Ministra, ao final de seu voto, reconhece o Estado de Coisas Inconstitucional ambiental, mencionando como fundamento, a falha estrutural do Estado brasileiro em matéria ambiental, corporificada na ausência de políticas ambientais de controle ao desmatamento, fiscalização insuficiente, inexecução orçamentária para promoção da proteção ambiental, ausência de comprometimento para modificar a situação periclitante de gravame ecológico com efeito de atingir, inclusive, as futuras gerações, bem como a inobservância dos deveres constitucionais e internacionais do Brasil sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado (STF, 2022).

#### **4 RANKING DO SANEAMENTO 2023 DO INSTITUTO TRATA BRASIL**

O Instituto Trata Brasil - ITB é uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP com atuação desde 2007, formada por empresas com interesse nos avanços do saneamento básico e na proteção dos recursos hídricos do país (TRATABRASIL, 2023).

O ITB aponta que quase 100 milhões de brasileiros (44,2%) não têm acesso à coleta de esgoto. Menciona que, em 2020, o percentual de esgoto não tratado representava 5,3 milhões de piscinas olímpicas despejadas na natureza (TRATABRASIL, 2023).

No tocante a situação do esgotamento sanitário oferecido na região norte do país, o Instituto, citando o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS (2021), aduz que apenas 20,6% do esgoto produzido é tratado.

A região norte do Brasil, formada por 7 estados, possui uma população de 17.349.619 pessoas. Considerando apenas as capitais dos estados nortistas, foco do presente estudo, tem-se uma população de 5.351.216 (IBGE, 2022).

No tocante, especificamente a elaboração do Ranking do Saneamento 2023, quanto a metodologia, o Instituto explana o seguinte:

O Ranking pode ser subdividido em três grupos distintos: “Nível de Atendimento”, “Melhora do Atendimento” e “Nível de Eficiência”. O primeiro possui cinco indicadores, o segundo, quatro, e o terceiro conta com três, totalizando 12 indicadores aos quais são atribuídas notas para os 100 municípios mais populosos do Brasil, segundo o IBGE. Tais indicadores, conforme será discutido na Subseção 2.2, são calculados com base nos dados disponibilizados pelo SNIS. A descrição e ponderação de cada um dos indicadores, será detalhada mais adiante. O cálculo do Ranking foi desenvolvido em cinco etapas: Etapa 1: Coleta e tabulação dos dados do SNIS; Etapa 2: Definição de critérios relevantes, sistema de ponderações e cálculo das notas atribuídas a cada um dos indicadores analisados; Etapa 3: Tratamento dos dados e elaboração do Ranking com base na metodologia proposta; Etapa 4: Análise dos resultados; e Etapa 5: Elaboração do presente documento (TRATABRASIL, 2023).

No estudo, são apresentados os 20 piores municípios do ranking, considerando os seguintes indicadores: atendimento de água, coleta e tratamento de esgotos, índice de perdas e investimentos. Na lista dos piores municípios estão relacionadas cinco das sete capitais da região norte, a saber, Manaus, Rio Branco, Belém, Porto Velho e Macapá. Tocantins figura na 16ª posição do ranking, ostentando a melhor colocação entre as capitais da região norte do Brasil, e, Boa Vista, figura na 28ª posição, estando na segunda melhor posição relativamente as capitais do norte.

Considerando apenas o tratamento de esgoto, vejamos a situação das capitais da região norte do país:

TABELA 1 – TRATAMENTO DE ESGOTO NAS CAPITALS DA REGIÃO NORTE

Cidade	Posição no ranking	População	Indicador de Tratamento Total de Esgoto (%)
--------	--------------------	-----------	---

Palmas	16 <sup>a</sup>	28.372	63,20
Boa Vista	28 <sup>a</sup>	436.591	95,02
Manaus	83	2.255.903	21,58
Rio Branco	94	419.452	19,88
Belém	95	1.506.420	3,63
Porto Velho	98	548.952	0,00
Macapá	100	522.357	27,14

Fonte: TRATA BRASIL (2023).

A Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo da Unicamp (2005), tratando da importância do tratamento do esgoto menciona que a falta de tratamento dos esgotos pode contribuir para a proliferação de várias doenças além da degradação da qualidade da água. A disposição adequada dos esgotos é essencial para a manutenção da saúde pública. Esgotos não tratados podem contaminar a água, os alimentos, os utensílios domésticos, o solo, os animais etc. Ademais, várias doenças transmitidas pela ausência de tratamento de esgotos são responsáveis por altos índices de mortalidade.

Outra importante razão para tratar os esgotos é a preservação ambiental, em razão da alteração nas características físicas, químicas e biológicas dos corpos d'água, resultando na mortandade de peixes e outros organismos aquáticos, escurecimento da água e exalação de odores desagradáveis. Há, também a possibilidade de eutrofização, provocando a rápida proliferação de algas conferindo odor, sabor e biotoxinas à água (UNICAMP, apud CETESB, 1988).

Assim, nota-se que a ausência de tratamento de esgoto leva à degradação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por via oblíqua, atinge de forma negativa diversos outros direitos fundamentais tais como, a saúde, a moradia, o lazer, a segurança etc.

A partir de agora iremos analisar se os dados apresentados pelo ITB em seu Ranking do Saneamento de 2023, relativamente ao tratamento de esgoto das capitais da região norte do país, pode levar ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Inicialmente, registramos que utilizaremos os pressupostos elencados por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, mencionados pela Ministra Carmem Lúcia

em seu voto nos autos da ADPF nº 760, para a caracterização do ECI, quais sejam: (i) constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um grande número de pessoas; (ii) falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, caracterizando falha estatal estrutural; (iii) necessária atuação coordenada e conjunta de vários órgãos estatais para a superação da falha (CAMPOS, *apud* STF, 2022).

Relativamente ao primeiro requisito, verifica-se, pelos dados estampados no Ranking do Instituto Trata Brasil, que nenhuma capital da região norte trata a totalidade do esgoto sanitário produzido e cinco das sete cidades não chegam a tratar nem 30% do esgoto produzido. Tal situação, configura um quadro grave onde o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é diuturnamente agredido e posto em cheque, juntamente com outros como, saúde, moradia, proteção da criança e do adolescente, solidariedade intergeracional, que tem sua fruição diretamente ligada a um ambiente sadio.

Como já mencionado, a região Norte possui uma população de 5.351.216 habitantes, e o baixo nível de tratamento de esgoto fornecido na região tem o potencial lesivo de afetar todas essas pessoas.

Assim, o primeiro requisito resta, em nosso sentir, devidamente caracterizado.

Avante, no tocante a falha das medidas administrativas, colaciona-se crítica tecida por Marcos Montenegro, engenheiro e coordenador-geral do Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento (Ondas), sobre o Novo Marco do Saneamento, Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020:

A meta de universalização do saneamento básico para a próxima década será inalcançável caso o Brasil mantenha políticas de austeridade e continue a incentivar o protagonismo da iniciativa privada no setor. (...) Essa nova lei é a cloroquina da doença do saneamento básico. É um remédio que além de não curar, pode matar o doente. Por que pode matar? Porque tem um potencial de desorganização do que nós temos que é muito grande. (BRASILDEFATO, 2022).

A Lei criticada por Montenegro é o instrumento normativo que serve como guia para os avanços no setor de saneamento nacional. Do mesmo modo, Pagani e Bocchiglieri (2021, p. 57), em estudo sobre o Marco do Saneamento, mencionam que “há convicção de que o país vai fracassar nessa empreitada, não alcançará as metas, e que não haverá recursos bastantes para a sua viabilização”.

Ademais, o problema dos baixos índices de saneamento básico no Brasil não são novidade, na verdade são velhos conhecidos das autoridades, em seus diversos níveis, todavia, não se tem solução para o problema, apresentando a região Norte sempre as últimas colocações nos rankings oficiais.

Há, nesse sentido, uma falha estrutural, capaz de atingir o núcleo fundamental de direitos fundamentais de um número elevado de pessoas, portanto o segundo pressuposto para declaração do ECI resta configurado.

Por fim, quanto a necessária atuação coordenada do Poder Público, é patente a necessidade de todos os entes federativos agirem em conjunto, mormente quando se vislumbra a complexidade do tema.

Nesse sentido, as ações de saneamento básico devem ser pensadas a partir de um viés multidisciplinar, ínsito as questões ambientais, de modo que sejam integradas as políticas públicas de saúde, desenvolvimento urbano e rural, habitação, preservação ambiental, preservação de recursos hídricos, revelando-se como fio condutor do desenvolvimento social do país (PAGANINI E BOCCHIGLIERI, 2015).

Deste modo, restam caracterizados os pressupostos ensejadores do ECI no tocante ao atual cenário do tratamento de esgoto nas capitais da região norte do país, a partir dos dados apresentados pelo Ranking do Saneamento 2023 do Instituto Trata Brasil.

## **CONCLUSÃO**

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma realidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já tendo sido, inclusive, reconhecido no tocante a

violações ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do voto da Ministra Relatora no bojo da ADPF nº 760.

A par da análise proposta no presente trabalho, o atual cenário do tratamento de esgoto oferecido nas capitais da região norte do Brasil demonstra-se como um problema estrutural capaz de atingir o núcleo essencial de diversos direitos fundamentais de milhões de brasileiros nortistas.

Ademais, o Estado brasileiro demonstra-se, até o momento, incapaz de apresentar solução adequada à problemática, razão pela qual entendemos caracterizar-se como falha estrutural do Poder Público.

Destarte, considerando a complexidade do tema, sendo necessária a atuação de todos os entes federativos para a universalização dos serviços de saneamento básico, e, portanto, do tratamento de esgoto, conclui-se que restam configurados os requisitos para caracterização do ECI no tocante a oferta de tratamento de esgoto na região norte do país.

Por fim, espera-se que o diálogo entre os Poderes e Instituições da República sejam fortalecidos pelo reconhecimento do ECI que pode tornar-se um instrumento chave na proposta de uma sociedade livre, justa e solidária, com menos desigualdade social e regional e que pretende a promoção do bem de todos os brasileiros.

## REFERÊNCIAS

Biblioteca Didática de Tecnologias Ambientais. **A Importância do Tratamento de Esgotos Sanitários**. Universidade Estadual de Campinas. Campinas/SP, 2005. Disponível em: <https://www.fec.unicamp.br>. Acesso em 24 set. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 set. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015, 249 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

CAÚLA, Bleine Queiroz, RODRIGUES, Francisco Lisboa. O Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental. **Revista de Direito Público Contemporâneo - UFRRJ**, ano nº 02, volume nº 02, edição nº 02, 2018, p. 136-151. Rio de Janeiro, 2018.

DIDIER JR Fredie, ZANETI JR, Hermes, OLIVEIRA Rafael Alexandre de. 2020, **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 75, p. 101-136, Rio de Janeiro, 2020.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Brasileiro de 2022**. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br>. Acesso em: 05 set. 2023

Instituto Trata Brasil. **Ranking do Saneamento do Instituto Trata Brasil de 2023 (SNIS 2021)**. São Paulo, 2023. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/>. Acesso em 15 set. 2023

MAGALHÃES, Bruno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br>. Acesso em 01 out 2023.

PAGANINI, Wanderley da Silva; BOCCHIGLIERI, Miriam Moreira. O Novo Marco Legal do Saneamento: universalização e saúde pública. **Revista USP** v. 128, p. 45-60, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 01 out. 2023.

Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. **Petição Inicial – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de concessão de medida cautelar – 2015**, disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em 10 set. 2023.

Partido Socialista Brasileiro – PSB, et. al. **Petição Inicial – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de concessão de medida cautelar – 2020**, disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em 10 set. 2023.

Principais Estatísticas. Esgoto. **Instituto Trata Brasil**, São Paulo [s.d]. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/principais-estatisticas/esgoto/>. Acesso em: 15 set. 2023.

RODRIGUES, Bertoldi Marcia; SCHONHOFEN, Vivian Pinheiro. A solidariedade intergeracional ambiental e o processo estrutural como instrumentos para a contenção do estado de coisas inconstitucional ambiental. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, 2022, Vol. 13, Núm. 1, Disponível em: <https://raco.cat/index.php/rcda/article/view/404070>. Acesso em: 20 set. 2023

SARLET, Wolfgang Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STF. **ADPF nº 760**. Voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia Antunes Rocha. DJ 31.03.2022. Disponível em: [https:// portal.stf.jus.br](https://portal.stf.jus.br). Acesso em 10 set. 2023

STF. **Medida Cautelar: ADPF nº 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. DJ 19.02.2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>. Acesso em 10 set. 2023

STRECK, Lênio. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Conjur**, 24 out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 19 set. 2023.

SUDRÉ, Lú. Especialista compara novo marco do saneamento à cloroquina: "Não cura e pode matar". **Brasil de Fato**. São Paulo, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br>. Acesso em: 20 set. 2023.

# LITÍGIOS CLIMÁTICOS E O DIREITO INTERNACIONAL: A BUSCA PELA CONCRETUDE DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## CLIMATE DISPUTES AND INTERNATIONAL LAW: THE SEARCH FOR THE CONCRETE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

**Xenofontes Curvelo Piló<sup>1</sup>**  
Universidade de Itaúna

**Deilton Ribeiro Brasil<sup>2</sup>**  
Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas/Universidade de Itaúna

### **RESUMO:**

A presente pesquisa tem como objetivo discutir a problemática do aquecimento global e a sua judicialização com base no chamado direito das mudanças climáticas. A violação dos direitos humanos é uma das consequências das mudanças climáticas. A depender do modo como cada país é impactado pelas mudanças climáticas, podem caber mais medidas de adaptação ou mitigação. O atual debate sobre o clima é profundo, em especial, na perspectiva ambiental dos direitos fundamentais e em razão dos mais recentes acontecimentos mundiais que envolvem a temática. A injustiça causada pelas mudanças climáticas é hoje parte muito relevante do contexto de justiça ambiental vigente. Para o desenvolvimento dessas discussões, este estudo adota o método descritivo e analítico, em uma análise sistemática do ordenamento jurídico internacional, por meio do procedimento de pesquisa bibliográfica e revisão bibliográfica, mencionando casos concretos, articulando literatura em relação aos litígios climáticos e jurisprudências de tribunais internacionais. Como resultados alcançados, observou-se que os litígios visam pressionar os legisladores e os formuladores de políticas na busca de condições de controle e mitigação das mudanças climáticas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Litígios climáticos; proteção direitos humanos; direito internacional.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutorando do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8688-5409>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8570712885711499>. E-mail: [xenopilo@yahoo.com.br](mailto:xenopilo@yahoo.com.br)

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA) e da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7268-8009>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1342540205762285>. E-mail: [deilton.brasil@sete.fasa.edu.br](mailto:deilton.brasil@sete.fasa.edu.br)

Recebido em: 07.10.2023

Aceito em: 05.11.2023

## 1. INTRODUÇÃO

A afirmação de que o aquecimento global, as mudanças climáticas e seus efeitos negativos decorrem das ações humanas, atualmente é consenso jurídico. A maioria dos cientistas que pesquisam sobre o clima concordam que o planeta onde vivemos está aquecendo e que as emissões de gases de efeito estufa são a principal causa de tal fenômeno.

Foucault (2015) afirma que o clima é um conjunto de variáveis meteorológicas, sucessivas, como temperatura, umidade do ar, intervenção da luz solar e pressão atmosférica, que se repetem por meses e anos em ciclos em determinado local de acordo com as condições da atmosfera.

A questão climática é a questão de nosso tempo. É a pergunta interrogante que nos lança o destino, a preocupação com o futuro da humanidade, a emergência climática é a antessala de todas as outras questões em relação a humanidade.

O debate atual e profundo sobre o clima, em especial, na perspectiva ambiental dos direitos fundamentais, a crise climática e as alterações em razão do aquecimento global justificam esta pesquisa, sobretudo em razão dos mais recentes acontecimentos mundiais que envolvem a temática.

No contexto de emergência climática, a emissão de gases de efeito estufa, que levam ao aquecimento global e, inequivocamente, geram o mais contundente efeito sobre a sociedade humana, faz com que sejam observadas, nas últimas décadas, consequências climáticas sem precedentes. Assim, o aquecimento global é um fenômeno climático de extensão significativa.

Devido ao estado de emergência climática e os perigos e riscos que ela representa para a humanidade, torna-se uma obrigação o exercício consciente da cidadania global, pois as consequências das mudanças climáticas são embasadas em fatos incontroversos. Tais mudanças e seus efeitos são consequência de séculos de desenvolvimento econômico e humano insustentável e predatório.

Nesse contexto, o debate de ordem social, econômica e jurídica sobre a crise climática e o aquecimento global, faz-se imprescindível, sobretudo quando

se consideram suas influências diretas na consolidação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental. Sendo adequado as interferências das ações humanas e, conseqüentemente, as alterações climáticas em todas as suas composições atuais e principalmente para as futuras civilizações, a natureza gera, diferentes gravidades, com efeitos para toda a humanidade.

Acerca da discussão, Wedy (2018) argumenta que a era das mudanças climáticas é o tempo dos direitos fundamentais e da sustentabilidade ecológica, que também é um dever que vincula entes públicos – inclusive de Direito Internacional – e particulares. E, nessa era, os litígios climáticos apresentam notável relevância.

O clima é um direito fundamental essencial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A partir da elucidação das tendências de responsabilização do Estado, o Acordo de Paris evidencia a importância urgente de reafirmação do mais importante pacto global de combate às alterações climáticas da civilização contemporânea. A vantagem de adotar uma abordagem de direitos humanos em relação às mudanças climáticas é que ela permite traduzir as preocupações com esse fenômeno em termos de obrigações devidas diretamente aos indivíduos.

## **2. O DIREITO CLIMÁTICO NO CONTEXTO INTERNACIONAL**

A Corte Internacional de Justiça reconheceu que a proteção do meio ambiente integra o *corpus* do direito internacional, por meio da obrigação geral dos Estados de garantir que as atividades dentro de sua jurisdição e controle respeitem o meio ambiente de outros Estados ou de áreas fora do controle nacional. Igualmente, a Corte reconheceu que o meio ambiente não é uma abstração, mas representa o espaço e a qualidade de vida e a própria saúde dos seres humanos, incluindo as gerações por nascer (Côrte, 1996).

A importância e universalidade das questões ecológicas e o caráter emergente de questões ambientais tornaram a proteção ambiental uma prioridade das políticas públicas internas dos estados e de organizações internacionais.

A disposição transfronteiriça da poluição ou da assertiva de temas ambientais globais, como o efeito estufa e as mudanças climáticas, a redução da camada de ozônio, a conservação da biodiversidade e o desmatamento requerem um comprometimento internacional com certa especialização, inclusive com a democracia e a cooperação em escala bilateral.

## **2.1 O acordo global de combate às alterações climáticas**

Nos últimos anos a consciência das alterações climáticas enquanto problema social vem aumentando consideravelmente e de forma consistente, tendo-se transformado num dos maiores desafios para a humanidade. De forma consensual, em dezembro de 2015, em Paris, foi firmado um acordo global que busca combater os efeitos das mudanças climáticas e buscar meios para reduzir as emissões de gases de efeito estufa. Somente em novembro de 2016, entra em vigor o documento do acordo, então chamado de Acordo de Paris, sendo ratificado pela União Europeia, pela Autoridade Palestina e mais 195 países signatários da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), durante a 21ª Conferência das Partes (COP-21).

Um dos objetivos do Acordo é manter o aquecimento global “muito abaixo de 2° C”, buscando ainda “esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais”. Esse foi o mais recente esforço multilateral para a construção sólida de uma arquitetura de regulação internacional no contexto das mudanças climáticas. Países signatários comprometeram-se a elaborar uma estratégia global “para proteger o sistema climático para gerações presentes e futuras” (UNFCCC, 2015).

Segundo Oliveira e Brasil (2019, p.17-38), para o alcance do objetivo final do Acordo de Paris, os governos se envolveram na construção de seus próprios compromissos, a partir das chamadas Pretendidas Contribuições Nacionalmente Determinadas (iNDC, sigla em inglês). Por meio das iNDCs, cada nação apresentou sua contribuição de redução de emissões dos gases de efeito estufa, seguindo o que cada governo considera viável de acordo com o cenário social e econômico local.

Continuam os autores, afirmando que, no que diz respeito ao financiamento climático, o Acordo de Paris determina que os países desenvolvidos deverão investir 100 bilhões de dólares por ano em medidas de combate à mudança do clima e adaptação em países em desenvolvimento. Uma novidade no âmbito do apoio financeiro é a possibilidade de financiamento entre países em desenvolvimento, chamada “cooperação Sul-Sul”, o que amplia a base de financiadores dos projetos (Oliveira; Brasil, 2019).

Um conjunto multidisciplinar acadêmico, The Lancet Countdown, investigou, de acordo com Watts *et al.* (2017), as interfaces entre as responsabilidades climáticas e a saúde global e indicou a necessidade de se montar um itinerário com grupos temáticos de monitoramento coletivo de indicadores e análise de base de dados. Os autores afirmam que as mudanças climáticas agem como uma força multiplicadora dos riscos globais e já alertavam que, embora os impactos diretos das mudanças climáticas estivessem relacionados com aumento de temperatura, ondas de calor e aumento da frequência de eventos climáticos extremos como tempestades, enchentes e secas, as consequências sociais e de saúde pública são de longo alcance e de distribuição heterogênea, pois existem diversos tipos de sistemas sociais e ambientais (Watts *et al.*, 2017).

Venâncio, por sua vez, observa que os avanços pontuais na efetividade das políticas climáticas são originados, em parte, pela judicialização de casos estratégicos, que alargam o entendimento sobre o que é o bem comum, o que é a natureza e qual o nosso papel em proteger os bens naturais. Como as mudanças climáticas podem ser incorporadas em várias frentes de defesa ambiental, como a redução de gases do efeito estufa, o mercado de carbono, as ações de desmatamento etc., ela comumente é agregada à temática ambiental, mas, ao mesmo tempo, extrapola os limites postos no Direito Ambiental e, por isso, impulsiona uma mudança epistemológica na direção de uma nova ética climática: “nesse sentido, a ciência social jurídica tem potencial, ao avançar epistemologicamente, para assumir uma função mais ativa no processo de salvaguarda do meio ambiente (Venâncio, 2018).

Considerando a gravidade do tema, urge a necessidade de ampliar limites e promover um novo paradigma climático, sendo necessário um arcabouço legal que esteja em conformidade com e atualizado para os desafios contemporâneos e que

envolva cooperação para que reais mudanças culturais e éticas sejam estabelecidas. Todavia, há uma insuficiência da estrutura dogmática jurídica para responder às demandas atuais de justiça socioambiental e climática, o que resulta nas disputas de litigância climática, que têm se mostrado uma importante ferramenta nos avanços das questões socioambientais.

## **2.2 Litígios climáticos e o direito internacional**

A litigância climática é uma nova forma de conflito que surge para preencher a ausência de especificidade de conteúdo abordando as mudanças climáticas nas legislações e processos regulatórios (Burger; Gundlach, 2021).

Ainda de acordo com o autor, ao longo da última década, as leis que codificam a legislação nacional e as respostas internacionais às mudanças climáticas cresceram em número e importância. Como essas leis reconheceram novos direitos e criaram novos deveres, litígios que buscam desafiar sua validade ou sua aplicação particular seguem surgindo.

Da mesma forma, outros litígios visam pressionar os legisladores e os formuladores de políticas para que sejam mais ambiciosos e completos em suas abordagens às mudanças climáticas. Além disso, há os litígios que buscam preencher as lacunas deixadas pelo legislativo e superar a inação regulatória. Como resultado, tribunais estão julgando um número crescente de disputas sobre ações – ou inação – relacionadas às mudanças climáticas com esforços para sua mitigação e adaptação (Burger; Gundlach, 2021).

Como o Direito das Mudanças Climáticas está sendo desenvolvido, o litígio climático é um novo fenômeno que busca aperfeiçoar a legislação ambiental e climática. Assim, à medida que essas leis reconhecem novos direitos e criam novos deveres, seguem os litígios que buscam desafiar sua validade aparente ou sua aplicação específica.

Sarlet e Wedy (2020) afirmam que os países europeus estão à frente de casos relevantes para a perspectiva comparativa da litigância climática, destaca-se entre eles a Alemanha, que vem inovando ao consolidar suas políticas climáticas aliadas a uma nova cultura sustentável urbana. Destaca-se entre os casos a demanda de um

fazendeiro peruano contra a Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk (RWE), a maior produtora de energia elétrica alemã. O caso é sobre a comprovação da responsabilidade da RWE pela emissão de gases de efeito estufa no processo de derretimento do gelo do topo das montanhas de Huaraz, em local próximo à residência do agricultor.

Esse caso é de crucial importância em relação ao acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional Federal Alemão e à possibilidade de instaurar uma reclamação contra atores privados ou públicos. O autor da ação fundamentou seu argumento em instrumentos do Código Civil Alemão e alegou que a RWE é responsável pela emissão de 0,47% das emissões mundiais de GHG (Sarlet; Wedy, 2020).

Países europeus tendem a observar as mudanças do clima como um problema ambiental refletido nas suas manifestações ao longo dos anos, por intermédio dos seus ministros de meio ambiente nas negociações climáticas na ONU. O avanço nos Direitos das Mudanças Climáticas também está relacionado à forma como lidaremos com as violações transnacionais entre o local do dano e os responsáveis pelas mudanças climáticas.

Há ainda lacunas, que somente podem ser esclarecidas à medida que as obrigações de compliance e transparência forem exigidas de modo mais contundente e, dessa forma, podendo indicar a contribuição exata de cada corporação, empresa e governo ao efeito estufa e aquecimento global, assim como a necessária consolidação e internalização da Responsabilidade Social Corporativa (Sarlet; Wedy, 2020).

A história de que os governos fazem um grande esforço para cumprir compromissos climáticos tem se mostrado cada vez mais frágil e a população tem comunicado, mediante grandes marchas e petições com muitas assinaturas, que esse esforço tem sido muito pouco para barrar um colapso ambiental e climático. Esses processos reiteram o destaque expressivo do papel dos cidadãos em reivindicar o que acreditam ser a justiça climática. O papel dos ativistas socioambientais e cientistas em acusar violações tem também importante colaboração aos litígios, chamando atenção da sociedade civil e pressionando instituições e governos, sobre as questões climáticas e sobre os direitos humanos, já que as mudanças climáticas são ameaças à humanidade. Muitos desses casos são impulsionados pelo trabalho ativo das ONGs,

que constroem um potencial ao lado de uma geração de jovens preocupada com o futuro próximo que enfrentará.

### **3. LITÍGIOS CLIMÁTICOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Nas últimas décadas, tratados internacionais, constituições, legislações infraconstitucionais e políticas públicas têm abordado as mudanças climáticas causadas por fatores antrópicos como um grande desafio a ser enfrentando, seja pela necessidade do corte das emissões de gases de efeito estufa nos parâmetros acordados em Paris, no ano de 2015, seja para a adoção imediata de medidas de adaptação e de resiliência com a finalidade de proteger a vida humana e não humana, o meio ambiente, a economia e os bens públicos e privados.

Os litígios climáticos são ações legais movidas por indivíduos, organizações não governamentais (ONGs), comunidades ou até mesmo governo contra empresas, governo ou outras entidades em relação às mudanças climáticas. Tais processos visam responsabilizar os infratores pelas atividades que induziram as mudanças climáticas e exigem medidas corretivas para combater os efeitos negativos. Há diferentes tipos de processos climáticos que podem ser movidos em várias jurisdições, os demandantes podem alegar que essas emissões violam leis ambientais, regulamentos ou normas internacionais.

As mudanças climáticas podem ter impactos diretos na vida e saúde das pessoas. Eventos climáticos extremos, como ondas de calor intensas, secas prolongadas, tempestades muito fortes e aumento do nível do mar podem levar a danos físicos, mortes prematuras e agravamento de doenças. A falta de ação para mitigar esses efeitos pode ser considerada uma violação do direito à vida e à saúde. Há casos em que os litígios climáticos são movidos com base na alegação de que as ações ou omissões das partes envolvidas resultaram em violações diretas dos direitos humanos.

O uso de direitos humanos em litígios climáticos é, em muitos aspectos, uma extensão lógica do uso de direitos humanos na proteção ambiental de maneira geral. Esse desenvolvimento tem sido problematizado de maneiras específicas, mais significativamente, pela objeção de que a proteção do meio ambiente com base nos

direitos humanos reflete uma abordagem antropológica profunda à degradação ambiental, que não representa a importância intrínseca do meio ambiente além de sua relação com o bem-estar humano. Pragmaticamente, os direitos humanos têm-se mostrado uma das vias mais promissoras para a proteção ambiental na ausência de regulamentação ou diante de regulamentação considerada inadequada (Zeben, 2021).

O direito à vida e à segurança pessoal está relacionado com um dever do Estado de proteger a vida dos seres humanos e a sua incolumidade física. O estado é o destinatário da norma que tutela um direito fundamental de primeira geração. Os indivíduos, portanto, também têm o dever de precaução e de não violação desses direitos fundamentais.

### **3.1 A dignidade (humana) e os litígios climáticos**

A proteção humana é um princípio fundamental dos direitos humanos e serve como base para os processos climáticos. A conexão entre os humanos e processos climáticos está relacionada aos efeitos adversos das mudanças climáticas nas condições de vida e bem-estar das pessoas. As mudanças climáticas podem ameaçar a humanidade de várias maneiras, inclusive com impactos na saúde e segurança. As mudanças climáticas podem ter como consequências a eventos climáticos extremos, como calor intenso, tempestades, enchentes e secas prolongadas. Esses eventos têm o potencial de causar danos físicos, lesões e mortes, afetando a segurança e o bem-estar das pessoas.

Zeben (2021) destaca que, embora o litígio climático não seja uma solução completa para as mudanças climáticas, ele pode desempenhar um papel importante na criação de uma pressão política mais forte para que os governos ajam de forma mais decisiva e eficaz no combate à mudança climática. Argumenta que os direitos humanos podem ser usados como um caminho promissor para enfrentar a crise climática e que a litigância climática pode ser uma ferramenta eficaz para proteger os direitos humanos das pessoas afetadas pelas mudanças climáticas e para responsabilizar os governos e as empresas por suas ações ou inações que

contribuem para as mudanças climáticas e seus impactos nos direitos humanos (Zeben, 2021).

Os litígios climáticos, portanto, estão inseridos num contexto normativo que consagra a proteção ambiental como direito humano e fundamental. A Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (1972) apresenta-se como o marco histórico-normativo inicial da proteção ambiental, projetando-se pela primeira vez no horizonte jurídico, especialmente no âmbito internacional, ideia em torno de um direito humano a viver em um ambiente equilibrado e saudável, tomando a qualidade do ambiente como elemento essencial para uma vida humana com dignidade e bem-estar. Grifa-se que, já no Preâmbulo da Declaração de Estocolmo, encontra-se o registro de que ambos os aspectos do ambiente, natural ou construído, são essenciais ao bem-estar e ao gozo dos direitos humanos básicos, com destaque para o direito à vida, compreendido como um direito à vida condigna e saudável. No seu Princípio 1º, resta expresso que o “homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, num meio ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem-estar, e tem a solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para as presentes e futuras gerações (Sarlet; Fensterseifer, 2014).

É importante esclarecer que se encontra vinculado à dimensão ecológica da dignidade humana o reconhecimento da dignidade às futuras gerações humanas, ampliando-se a dimensão temporal da dignidade para as existências humanas futuras. Deve, assim, ser reforçada a ideia de responsabilidade e dever jurídico, além do plano moral, para com as gerações humanas futuras, inclusive com o reconhecimento da dignidade de tais vidas, afirmando, portanto, a perpetuidade existencial da espécie humana.

A crise climática, por certo, persiste com o aumento das temperaturas e dos eventos climáticos extremos. De fato, como se pode observar no Emissions Gap Report 2020, lançado pela Unep, em dezembro de 2020, apesar de ter havido diminuição nas emissões de dióxido de carbono causadas pela pandemia da covid-19, existe uma tendência inequívoca de aumento nas temperaturas para 3°C no final deste século.

De outro lado, nações e entes privados estão progressivamente comprometidos com salutares metas de emissões líquidas negativas até 2050. Para isso, urge, por certo, a transição energética e a descarbonização profunda da economia. As futuras gerações de seres humanos, felizmente, talvez tenham, para além dos maus, bons exemplos a seguir. Os adolescentes, representados por seus genitores e os jovens estão, já nestes dias, a reivindicar direitos fundamentais como ao clima estável e seguro. Exercem, via litígios climáticos, uma forte pressão sobre os governos para uma mudança na governança climática, realizando um importante e rico movimento global de criação de direitos ambientais e climáticos intergeracionais. O Poder Judiciário, portanto, na maioria dos países do mundo, cada vez mais, assume um papel de protagonismo na declaração e na concretização destes direitos em virtude da emergência climática e da omissão dos demais poderes estatais (Zeben, 2021).

Na edificação de um modelo de Estado de Direito de feição ecológica com base democrática fundada em democracia participativa e com marco axiológico com raízes no princípio constitucional da solidariedade numa tentativa de conciliação e diálogo normativo entre a realização dos direitos sociais e a proteção ambiental, as consequências das decisões de litígios climáticos vem caminhando com a finalidade de proteger os direitos fundamentais.

### **3.2 O julgamento de litígios climáticos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia**

As secas que acompanham o aquecimento global estão afetando a segurança alimentar. A precipitação flutuante e a salinização de lagos e rios colocam em risco abastecimento de água potável. Os direitos humanos impõem a obrigação de mitigar as mudanças climáticas. Tais mudanças impactam direta e indiretamente uma série de direitos humanos garantidos internacionalmente. Por isso, os estados têm o dever de tomar medidas efetivas para prevenir esses impactos climáticos, buscando mitigar o aquecimento global e garantir que todos os seres humanos, que são sujeitos de direitos, tenham a capacidade necessária para se adaptarem à crise climática.

Pode-se afirmar que não há uma hierarquia vertical entre o TJ/EU (Tribunal de Justiça da União Europeia) e os tribunais nacionais, mas sim um modelo de

cooperação horizontal, sendo que, enquanto o Tribunal comunitário interpreta o Direito da União para garantir a aplicação uniforme deste, os juízes nacionais efetivamente aplicam o Direito, vez que a atuação do TJ/UE, via questão prejudicial, não envolve a resolução do caso concreto.

Para sustentar a atuação conjunta entre a União Europeia e os Estados Membros, há o dispositivo 4º, item 2, do TFUE (2007), que prevê expressamente o meio ambiente como matéria de competência compartilhada, assim como a defesa dos consumidores, o que inclui o direito à informação ambiental relacionado à liberdade de escolha do consumidor com relação ao produto a ser consumido.

Zeben (2021) afirma que os tribunais europeus têm reconhecido cada vez mais a importância dos direitos humanos em casos de litígio climático e têm tomado medidas para garantir que as políticas e ações relacionadas ao clima sejam compatíveis com esses direitos. Destaca a autora que a proteção dos direitos humanos pode ser um caminho valioso para garantir uma resposta eficaz à crise climática e pressionar os governos e as empresas a agirem de maneira mais decisiva para enfrentá-la.

Ainda de acordo com Zeben (2021), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos reconhece o direito à vida, à saúde e a um meio ambiente saudável, e esses direitos podem ser violados quando os governos não tomam medidas adequadas para enfrentar a crise climática. Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem reconhecido cada vez mais a relevância dos direitos humanos em casos de litígio climático e tem tomado medidas para garantir que as políticas e ações relacionadas ao clima sejam compatíveis com esses direitos.

Discutindo casos específicos em que a CEDH e o TEDH foram usados em litígios climáticos, como o caso de Urgenda na Holanda, em que o Tribunal ordenou que o governo holandês tomasse medidas mais fortes para reduzir as emissões de gases de efeito estufa, a autora esclarece que os casos apresentados ao Tribunal demonstram o potencial dos instrumentos europeus de direitos humanos para proteger os direitos do homem em face das mudanças climáticas e para pressionar os governos a agir de maneira mais decisiva para enfrentar a crise climática.

*Pari passu*, famílias da União Europeia, do Quênia e Fiji processaram o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia na tentativa de impor metas

mais ambiciosas de mitigação das mudanças climáticas. Alegaram que o objetivo da União Europeia de reduzir as emissões domésticas de gases de efeito estufa em 40% até 2030 é insuficiente para protegê-los das ameaças impostas pelas mudanças climáticas e afirmaram que seus direitos já estão sendo violados. Alguns dos autores seriam afetados por ondas de calor, secas, pelo risco de incêndios florestais e da desertificação, outros poderiam perder a vida com o aumento do nível do mar e com o aumento da frequência e da intensidade das tempestades. Requereram que a meta de redução de 40% de emissões de gases de efeito estufa fosse declarada ilegal e revogada, com os réus sendo obrigados a estabelecer uma meta de cortes com patamar mais ambicioso e elevado (Heinrich, 2019).

Embora não exista legislação específica para a apuração da responsabilização civil dos emissores de gases de efeito estufa pelos danos decorrentes das mudanças do clima, a legislação alemã possui disposições no âmbito da responsabilidade civil e da responsabilização do poder público nas suas mais diversas manifestações, que podem, em tese, ser invocadas em litígios climáticos. De fato, para além de fundamentos políticos e morais da responsabilidade pelos danos causados, o Direito, na condição de estrutura normativo-institucional reguladora das relações políticas, econômicas, sociais, culturais e ambientais, dispõe de instrumentos organizacionais e procedimentais para o reconhecimento da responsabilização dos emissores de gases de efeito estufa causadores das mudanças do clima e de suas catastróficas consequências que têm se expandido nos últimos anos de modo alarmante (Sarlet; Fensterseifer, 2019).

Considerando que a União Europeia é constituída por diversos países, é inevitável a ocorrência de conflitos de fontes entre o Direito da União e os direitos nacionais, portanto o desenvolvimento dos supramencionados parâmetros foi capaz de elucidar as divergências e garantir a continuidade do processo de integração da União Europeia (Melo; Amaral Júnior, 2016).

É evidente que, ao trazer casos de litígio climático para tribunais europeus de direitos humanos, indivíduos e grupos podem ajudar a estabelecer jurisprudência em relação aos direitos humanos relacionados ao clima. Havendo sido estabelecidos precedentes jurisprudenciais, os tribunais podem usar esses casos como base para tomar decisões futuras em casos semelhantes e para pressionar os governos a agirem

de maneira mais decisiva para enfrentar a crise climática. A União Europeia tem sido pioneira em políticas de mudança climática e pretende ser neutra em termos climáticos até 2050.

### 3.3 O papel do *soft-law* e os litígios climáticos

Litígios climáticos e *soft law* são dois aspectos distintos, mas interconectados, da abordagem de mudanças climáticas e questões ambientais.

De um lado temos os litígios climáticos, que dizem respeito a ações legais movidas por indivíduos, comunidades, organizações ou até mesmo governos contra partes que eles acreditam ser responsáveis por contribuir para a mudança climática ou por não lidar adequadamente com seus impactos. Esses casos legais podem variar amplamente em natureza e visam vários atores, como governos, corporações ou até mesmo organismos internacionais.

A governança global climática pode desempenhar funções regulatórias por meio de uma diversidade de normas, incluindo normas legais e não legais. De acordo com a teoria da legalização, as normas internacionais que, de outra forma, poderiam ser consideradas *hard law*, devido ao seu status legal de forma jurídica (como nos tratados ou normas baseadas em costumes).

Todavia, elas podem ainda ser vistas como *soft law*, se forem imprecisas ou carecerem de mecanismos para determinar a resolução de disputas ou se forem meras referências para a interpretação (Sarlet; Wedy; Fensterseifer, 2023). Esses casos geralmente são baseados em leis e tratados nacionais ou internacionais e podem ser ouvidos em vários tribunais, incluindo tribunais nacionais e internacionais.

Apesar de sua natureza não vinculativa, os instrumentos de *soft law* podem ter influência e impacto significativos no comportamento de estados, empresas e outros atores. Frequentemente, eles servem como estruturas ou diretrizes para cooperação, coordenação e ação em questões específicas. No contexto das mudanças climáticas, a *soft law* pode assumir a forma de acordos internacionais, declarações, resoluções e iniciativas voluntárias.

Segundo Wendy (2023), na *soft law*, as disposições são imprecisas, não vinculativas e carecem de delegação. No âmbito do direito internacional das

mudanças climáticas prevalece a *soft law*, o que é uma lástima, pois seriam necessárias normas com a previsão de obrigações precisas e juridicamente vinculativas voltadas para os cortes das emissões dos gases de efeito estufa e para a responsabilização dos emissores públicos, diretos e indiretos, e privados, notadamente as grandes companhias do petróleo e do carvão. Falta, outrossim, uma Corte Internacional com autoridade legal e moral, de aceitação global, para fazer cumprir o direito climático manifestado por normativas ao estilo *hard law*, *soft law* e normas não legais (Wendy, 2023).

A *soft law* pode ser essencial para abordar questões complexas e em rápida evolução, como a mudança climática, pois permite flexibilidade, construção de consenso e o envolvimento de várias partes interessadas. Embora não sejam juridicamente vinculativos, os instrumentos de *soft law* podem ajudar a definir normas, moldar expectativas e incentivar as partes a adotarem políticas e ações mais robustas. Em alguns casos, princípios e normas de *soft law* podem até influenciar litígios climáticos, esclarecendo que advogados e litigantes podem usar instrumentos de *soft law* como argumentos persuasivos para demonstrar um padrão de comportamento que o réu deveria ter seguido, mesmo que o próprio instrumento de *soft law* não crie obrigações legalmente aplicáveis.

É importante reconhecer que tanto o litígio climático quanto o *soft law* desempenham papéis cruciais na abordagem das mudanças climáticas e na condução da ação climática, com o litígio climático fornecendo um caminho legal para a responsabilização e o *soft law* orientando os esforços cooperativos e estabelecendo expectativas para a cooperação global.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

À medida que as mudanças climáticas continuam a representar desafios significativos para o bem-estar das pessoas e do planeta, a interseção de litígios climáticos e a proteção dos direitos humanos se tornam cada vez mais cruciais.

Não existe direito ao desenvolvimento invocável e passível de concretização que não seja o direito ao desenvolvimento sustentável. A era das mudanças climáticas é o tempo dos direitos fundamentais e da sustentabilidade ecológica, que também é

um dever que vincula entes públicos, inclusive de Direito Internacional e particulares, e os litígios climáticos apresentam notável relevância (Wedy, 2018).

O amplamente difundido e cada vez mais desenvolvido direito das mudanças climáticas, tem levado também a um incremento do número de litígios em esfera judicial, administrativa, arbitral, seja no plano do direito interno dos Estados, seja no âmbito do direito internacional público e privado. Nesse sentido, a análise de casos concretos, à luz de precedentes judiciais e não judiciais se revela fundamental, porquanto necessária ao desenvolvimento, tanto de uma teoria, quanto de uma prática eficaz da litigância ambiental.

Litígios climáticos podem servir como uma ferramenta vital na busca de justiça para aqueles cujos direitos humanos foram afetados pelas mudanças climáticas. Comunidades vulneráveis, especialmente em países em desenvolvimento, muitas vezes sofrem o peso dos impactos adversos das mudanças climáticas, como eventos climáticos extremos, aumento do nível do mar e escassez de alimentos e água. Ações legais podem ajudar a responsabilizar governos e empresas por suas ações ou omissões que agravam a mudança climática e impactam desproporcionalmente as comunidades marginalizadas.

O direito de participar nos processos de tomada de decisão que afetam o meio ambiente e o clima é reconhecido pela lei internacional de direitos humanos. Litígios climáticos podem desempenhar um papel importante para garantir que comunidades e indivíduos tenham voz no desenvolvimento e implementação de políticas climáticas, promovendo transparência e inclusão na governança climática.

O litígio climático pode responsabilizar as empresas por sua contribuição para a mudança climática e sua responsabilidade no respeito aos direitos humanos. Isso é especialmente relevante nos casos em que as corporações se envolvam em atividades que resultem na degradação ambiental e impactem negativamente os direitos humanos, como direitos à terra e ao acesso à água potável.

## **5. REFERÊNCIAS**

OLIVEIRA, Weder Antônio de; BRASIL, Deilton Ribeiro. A concretude dos tratados internacionais ambientais para a redução dos gases efeito estufa. *In*: CALGARO, Cleide; BRASIL, Deilton Ribeiro; GOMES, Magno Federici. (Orgs.) **Poder de polícia, desenvolvimento sustentável e socioambientalismo**. Porto Alegre: Fi, 2019. p. 17-38.

BURGER, Michael; GUNDLACH, Justin. The status of climate change litigation: A global review. **United Nations Environment Programme**, May 2017, Columbia Public Law Research Paper. 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3364568>. Acesso em: 10 jun. 2023.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Opinião Consultiva e Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares**. 1996. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2023.

FOUCAULT, Alain. **O clima: história e dever do meio ambiente terrestre**. Lisboa: Instituto Piaget, 2015, p. 43

HEINRICH, Boll Stiftung. Climate change and human rights can courts fix it, 18 mar. 2019. **The Green Political Foundation**. Disponível em: <https://www.boell.de/en/2019/03/18/climate-change-and-human>. Acesso em: 15 jun. 2023.

MELO, Lucas Fonseca e; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, 2016, p.238

SARLET, Ingo; WEDY, Gabriel. Notas sobre os assim chamados “litígios climáticos” na Alemanha: o caso Lliuya vs. Rwe. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 21, n. 1, p. 227-296, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/24027/14490>. Acesso em: 11 jun. 2023.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e proteção do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 192

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ecológico: Constituição, Direitos Fundamentais e proteção da natureza**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 347

SARLET, Ingo; WEDY, Gabriel, FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Climático**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2023, p. 412.

UNITED NATIONS. **Introduction to climate action**. Disponível em: <https://unfccc.int/climate-action/introduction-climate-action>. Acesso: 10.jun.2023

WATTS, Nick *et al.* The Lancet Countdown: tracking progress on health and climate change. **The Lancet**, v. 389, issue 10074, 2017. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0140673616321249>  
Acesso em: 14 jun. 2023.

WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.115

VENÂNCIO, Marina Demaria. Estado de Direito Ecológico e agroecologia: repensando o Direito Ambiental rumo à sustentabilidade. *In*: DINNEBIER, F.; MORATO, J. R. (Orgs.). **Estado de Direito Ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde. 2018, p.201

ZEBEN, Josephine Van. The role of the EU Charter of fundamental rights in climate litigation. *German Law Journal*, v. 22, issue 8, p. 1499-1510, December 2021.  
Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31990L0313>. Acesso em: 10 jun. 2023.