

REVISTA AMAGIS Jurídica

ISSN 2175-3849. v. 17 - n. 2 (maio-ago. 2025)



REVISTA AMAGIS JURÍDICA

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

REVISTA AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

v. 17, n. 2, maio-ago. 2025



Belo Horizonte

2025

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS

REVISTA AMAGIS JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 17, n. 2, maio-ago. 2025)

Brevíssimo histórico da Revista Amagis Jurídica

A Revista Amagis Jurídica foi criada em 2009, na gestão do Desembargador Nelson Missias de Moraes como Presidente da Associação dos Magistrados Mineiros. A Revista se manteve ativa graças aos trabalhos dos seguintes Magistrados ocupando a função de Editor (em algumas épocas, tida como Diretor):

- Jane Ribeiro Silva e Gilson Soares Lemes – 2009 até junho 2015
- Gilson Soares Lemes e Ramon Tácio de Oliveira – julho 2015-2018
- Lailson Braga Baeta Neves e Ramon Tácio de Oliveira – 2019-2020
- Richardson Xavier Brant – 2021-...

EDITOR

Professor Doutor Richardson Xavier Brant

CONSELHO EDITORIAL

Professora Doutora Alice de Souza Birchall - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e Faculdade de Direito de Contagem (FDCON) - Belo Horizonte - Minas Gerais, Brasil.

Professor Doutor Álvaro Afonso Penna de Oliveira Pires - Universidade de Ottawa - Ottawa, Canadá.

Professora Doutora Cláudia Sofia Oliveira Dias Monge - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Lisboa, Portugal.

Professor Doutor Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires - Buenos Aires, Argentina.

Professor Doutor José Renato Nalini – Uniregstral - São Paulo - São Paulo, Brasil.

Professor Doutor Luis Eduardo Rey Vázquez - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata - Corrientes, Argentina.

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto - Porto - Portugal (licenciado das atividades letivas para o exercício do cargo de Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça – a Corte Suprema – de Portugal).

Professor Doutor Ricardo Manoel de Oliveira Moraes – Faculdade de Direito Milton Campos – Belo Horizonte – Minas Gerais, Brasil.

Organização, padronização e revisão linguística

Diagramação e editoração gráfica
Maria Rodrigues Mendes

Foto da capa: Rodrigo Albert/TJMG
www.amagis.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Amagis Jurídica. / Associação dos Magistrados Mineiros – vol. 17, n. 2 (maio / ago. 2025) __ Belo Horizonte, MG: Associação de Magistrados Mineiros.

Quadrimestral. 2025.
ISSN 2175-3849

Multilíngue.

1. Direito - periódicos I. Associação dos Magistrados Mineiros.

CDU 340

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	7
-----------------------	----------

1

EL ERROR DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL
DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
EN LA RESOLUCIÓN DEL AMPARO EN REVISIÓN
695/2023

<i>Aldo Efraín Ramírez Hernández.....</i>	<i>17</i>
---	-----------

2

ANÁLISE AO REGIME JURÍDICO DO PENHOR DE
CONTA BANCÁRIA À LUZ DO ORDENAMENTO
JURÍDICO PORTUGUÊS

<i>André Alfai Rodrigues.....</i>	<i>67</i>
-----------------------------------	-----------

3

EL LINGÜISTA FORENSE: CONCEPTO, PERFIL
Y APORTACIÓN PROCESAL DE ESTE PERITO

<i>Cristina Carretero González.....</i>	<i>87</i>
---	-----------

4

EL DERECHO PENAL ANTE EL DESAFIANTE CRUCE
ENTRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DELITO

<i>Daniel Schurjin Almenar.....</i>	<i>143</i>
-------------------------------------	------------

5

APUNTES Y REFLEXIONES SOBRE LA INCOPORACIÓN
DE LOS CONTRATOS ESTANDARIZADOS
DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN DE USO
INTERNACIONAL COMO MODALIDAD DE EJECUCIÓN
DE OBRA PÚBLICA BAJO LA LEY N.º 32069, LEY
GENERAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

<i>Diego Fernando García Vizcarra.....</i>	<i>165</i>
--	------------

6

MOVILIDAD SOSTENIBLE: DELIMITACIÓN Y
COMPETENCIAS

Eloísa Carbonell Porras e Inmaculada Ruiz Magaña..... 201

7

PRINCIPALES ASPECTOS DEL REAL DECRETO
1085/2024, DE 22 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE
APRUEBA EL REGLAMENTO DE REUTILIZACIÓN
DEL AGUA Y SE MODIFICAN DIVERSOS REALES
DECRETOS QUE REGULAN LA GESTIÓN DEL AGUA

Francisca Ramón Fernández..... 241

8

DE NUEVO SOBRE el SISTEMA DE RECURSOS en
EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LA
SEGUNDA INSTANCIA. RETOS PLANTEADOS POR LA
DOCTRINA SAQUETTI IGLESIAS

Gloria Marín Benítez e Manuel Vélez Fraga..... 265

9

DESARROLLO SOSTENIBLE, MANTENIMIENTO
SOSTENIBLE Y SOSTENIBILIDAD: SOBRE LOS
CONCEPTOS JURÍDICOS, LAS LIMITACIONES, LA
UTILIDAD, LA UTOPIA Y EL CAMINAR

Roberto O. Bustillo Bolado..... 291

10

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE PER ILLECITO
TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

Tiziana Rumi..... 317

EDITORIAL

Anuncio a publicação do número 2 (segunda Revista do ano) do volume 17 (que indica o número de anos seguidos desse veículo jurídico-científico) da nossa **Revista Amagis Jurídica**, relativa ao segundo quadrimestre deste ano de 2025, preenche do sentimento de alegria por completar a edição e de gratidão pelo dever cumprido ante o compromisso assumido há quase cinco anos. Houve a produção de 17 edições (números) anteriores, desde 2021.

Os artigos abordam temas atuais, palpitantes no meio jurídico, o que estimula o debate acadêmico e favorece o pulsar da reflexão. As contribuições vêm de diversos lugares do mundo, para preservar a exigência de exogenia. Estimulam-se, a propósito, os estudos de Direito Comparado, para a busca de conhecer experiências diferentes que se complementam em suas interseções e pertinências.

Em tempos de globalização, adotado entre nós um sistema de precedentes, vulgariza-se a disseminação e aproveitamento das características dos paradigmas de “Civil” e “Common Law”, aqui e alhures, o que faz crescer a relevância de se conhecer as singularidades de cada sistema nos países onde se originaram e naqueles nos quais vem passando por particulares adaptações.

Passo à apresentação das abordagens deste número, informando que vieram artigos do México, Portugal, Peru, Espanha, Argentina e Itália.

O Direito Constitucional aparece sob variações interpretativas. As mutações impostas pela emergência da legislação, mudam a fisionomia do Direito. As interpretações da lei, a cada situação da

vida, completam a dinâmica de desenvolvimento e aplicação do Direito. Não é raro que versões hermenêuticas do mesmo texto legislativo se apresentem diversas, com as adequações da chamada “interpretação conforme”. A Primeira Câmara da Suprema Corte de Justiça da Nação Mexicana analisou o teor da Resolução do Amparo em Revisão 695/2023, que trata das relações poliafetivas ou poliamorosas. A análise leva em conta questões de poligamia e monogamia. Uma das considerações é a correlação com o texto do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. A decisão da Suprema Corte Mexicana foi a de que não se pode reconhecer o casamento poliamoroso. E que não há discriminação, especialmente porque o poliamor proposto é, sempre, em relações entre um só homem e duas ou mais mulheres. Logo, configura mais uma ofensa à dignidade da mulher, sempre a parte mais vulnerável. No artigo científico denominado “El error de interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Resolución del Amparo en Revisión 695/2023”, o Professor Aldo Efraín Ramírez Hernández, vinculado à Universidad Autónoma de San Luis Potosí, no México, coloca palavras em sentido contrário, afirmando ter havido interpretação que confunde poligamia (casamento efetivo e válido) com poliamor (união não transformada em casamento). Para o autor, o poliamor é reconhecimento da igualdade e da liberdade de o casal aceitar mais uma pessoa na relação, formando um “trisal”. Para o autor, a poligamia reconhecida em alguns países, de fato, coloca sempre a mulher em situação de aceitação de outras esposas para um só marido, enquanto a união poliafetiva – argumenta – é a representatividade da autodeterminação, situação em que os integrantes da relação poliamorosa decidem, em suas sãs consciências, o convívio como se casados fossem tendo duas pessoas de um sexo com uma pessoa de outro sexo. Conclui o Autor que a Suprema Corte não deveria impedir o reconhecimento da relação poliafetiva, para valorizar o direito da personalidade, as decisões individuais e as marcas do consentimento entre os conviventes.

O Professor Mestre André Alfar Rodrigues é um dos autores portugueses que mais publicam livros a cada ano. E seus livros estão entre os mais vendidos de uma grande e tradicional editora portuguesa. Além de publicar livros, o Professor também é autor de artigos jurídicos. Entre os quais está o texto denominado “Análise ao Regime Jurídico do Penhor de Conta Bancária à Luz do Ordenamento Jurídico Português”. Deve-se lembrar que, no Brasil, em nome da liberdade de celebração de contratos entre as partes, era possível o penhor de automóveis antes mesmo de o Código Civil de 2002 inaugurar disciplina legal do tema. Também em Portugal, por força do costume (o Direito Consuetudinário), é possível a oferta de saldo em conta corrente ou valores aplicados como garantia pignoratícia. Em Portugal há o penhor de conta bancária. E o é sem que haja leis específicas. Motivo, por sinal, de explicações constantes do artigo em referência. O Autor começa lecionando que há duas espécies de contas bancárias: as que têm depósito corrente e as que têm valores aplicados (a prazo). Se os valores do saldo dessas contas são ofertados em uma operação de crédito bancário, quando chegar ao vencimento do contrato nos casos em que o devedor não cumprir prontamente a obrigação, liberando-se com o pagamento, o banco pode debitar o valor contratado na conta corrente. Existe, em Portugal e no Brasil, uma regra da proibição do pacto comissório, o qual permitiria ao credor pignoratício (nomenclatura brasileira) ou penhoratício (denominação portuguesa) se apropriar do valor em conta, de forma direta, sem intermediação da Justiça (ou de outras formas de execução extrajudicial que possam existir). A regra inicial, então, é a venda do produto empenhado e, com o valor obtido proceder à quitação. Por se tratar de conta bancária cujo objeto do penhor é dinheiro, não há necessidade de conversão do produto em dinheiro. Nessa posição, a doutrina e a jurisprudência portuguesas autorizam a apropriação direta, sem intermediação do Poder Judiciário, sendo uma exceção ao pacto comissório. Para o Autor, seria uma “compensação imprópria”, pois o débito em conta do valor devido e não pago no vencimento é uma forma de quitar o

contrato com garantia de penhor com o próprio dinheiro ofertado como garantia.

A Professora Doutora Cristina Carretero González desenvolve pesquisas, além do Direito, em oratória e redação jurídico-empresarial. Atua no magistério na Universidad Pontificia Comillas, em Madrid. Publicou livros e artigos jurídicos sobre linguagem forense. Enquanto no Brasil se ouve muito falar que os profissionais do Direito têm um dialeto separatista, imponente e até ultrapassado, os espanhóis estudam o fenômeno. Nesse campo, nos Estados Unidos, há a American Association For Applied Linguistics; na Argentina, foi criada a Asociación de Linguística Forense Argentina; na Alemanha, há a Germanic Society for Forensic Linguistics desde 2012; na Inglaterra (estando instalada em vários outros países) há, desde 1993, a International Association for Forensic and Legal Linguistics, e, desde 1991, também a International Association for Forensic Phonetics and Acoustics (igualmente, com sede em vários países). São entidades que promovem Conferências e publicam Revistas sobre a Linguagem Forense. A Professora Doutora Cristina Carretero González é uma das estudiosas do segmento. As suas pesquisas se aprofundam, com consulta a inúmeros livros, revistas científicas, anúncios de cursos de pós-graduação. Para surpreender que existam cursos de pós-graduação em Linguagem Forense em vários países do mundo, com publicações noticiosas, especialmente oriundas das Universidades, que tratam de cursos, palestras e congressos sobre a Linguagem Forense. Como exemplo, desde 2023, a autora vem pesquisando o tema para produzir o artigo “El lingüista forense: concepto, perfil y aportación procesal de este perito”, que esta Revista tem o privilégio de publicar. É um estudo completo, de leitura imprescindível para os profissionais do Direito.

Com vasto conhecimento de Direito e de Informática, o Professor Daniel Schurjin Almenar publica regularmente sobre todas as inovações tecnológicas que inundam o mundo a cada momento (tem-se o conhecimento de que um “ano” em termos de informática

é composto de apenas quatro meses, significando que até três vezes em um ano civil um mesmo produto da tecnologia da inteligência é renovado, em modelos mais potentes, mais eficientes e, quase sempre, menores e com custo mais acessível). Ligando o Direito Penal à inteligência artificial, o Autor demonstra preocupação com a necessidade de regulação do uso dessa tecnologia. Destaca alguns segmentos do Direito Penal em que o uso da inteligência artificial pode potencializar ou o crime, ou o alcance ou a ofensa. Tem-se como exemplo o discurso de ódio, disseminado com uso da inteligência artificial que permite colocar a imagem de uma pessoa como se ela própria estivesse falando – com sua voz praticamente original e com movimentos de boca e de gestos que condizem com o texto – exatamente o que os adversários querem, para transmitir a falsa informação. Há também a possibilidade de abusos sexuais, especialmente de menores e vulneráveis. Envolve o risco de fraude em que, por meios falsos, há a transmissão de voz e imagem como se fossem de uma pessoa, para obter dinheiro de outra pessoa. Com o uso da inteligência artificial, há extrema facilidade de invadir aplicativos ou para transferir dinheiro das vítimas ou para implantar vírus. Todos esses temas são tratados no texto, colocando o Direito Penal interligado à inteligência artificial. E demonstrando os perigos e a necessidade de urgente legislação que regule o uso seguro, transparente e adequado em todas as partes do mundo.

Já se afirmou que até as guerras trazem algum avanço, quando se pensa em inovação e tecnologia. Acontece algo semelhante quando um país se propõe a sediar jogos olímpicos, as inovações em infraestrutura e na própria Administração Pública são forçadamente compreendidas. Algumas técnicas dessas épocas de tempo exíguo, no que se conhece como “economia de guerra”, forjam o aparecimento de inovações. É o que se nota no Peru, que colheu melhorias contratuais para a realização dos Jogos Pan-Americanos de 2019 e aperfeiçoou os Contratos Padronizados de Engenharia e Construção de uso internacional. A padronização se deu por meio de leis e decretos, e com a emissão de Planos – alguns

deles, aprovados por Decretos presidenciais – com projeção de atividades para um conjunto de quatro anos. A maior renovação está no bojo Lei Geral de Contratações Estaduais. Um estudo feito pelo Professor Mestre Diego Fernando García Vizcarra, da Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, resultou na escrita de um artigo que dissecou as normas jurídicas que norteiam os planos e servem como padrão para elaboração dos contratos administrativos.

Há estudos fora do Brasil que servem como lições. Um exemplo são as pesquisas científicas acerca da mobilidade urbana e que se relaciona com a questão da sustentabilidade. A Professora Doutra Eloísa Carbonell Porras, da Universidad de Jáen, Espanha, vem publicando livros e artigos científicos há mais de duas décadas. Seus estudos são qualificados e reconhecidos. Quem na Espanha também tem amplo destaque no campo do Direito Administrativo relacionado à mobilidade e ocupação do solo urbano é a Professora Doutora Inmaculada Ruiz Magaña. As duas se uniram para produção do artigo científico que aborda a mobilidade sustentável, que é um conceito que ultrapassa o simples “transporte urbano” ou o transporte de cargas e de passageiros pelas rodovias. O texto leva em consideração as condições ambientais – poluição, expedição de monóxido de carbono e outros – e tem em conta ainda a geração de emprego e renda, capaz por si só de incluir socialmente e com independência do governo. O artigo científico no leva a um passeio – para não afastar do tema da mobilização ou deslocamento – pela legislação espanhola já existente e as propostas de novas leis em trâmite no Congresso espanhol, algumas com previsão de transformação em lei ainda neste ano de 2025.

Embora muitos esforços louváveis, insuficientemente divulgado no Brasil é o tema da água como bem indisponível. Em outra mirada, mais do que estudado, o tema é cercado de regras (leis em forma de Decretos, Decretos-Lei e Ordens) especiais na Espanha que regulam não somente o uso racional da água, como a reciclagem e o reaproveitamento da água. No fim de 2024, a Espanha editou

o Real Decreto 1.085, regulando a reutilização racional da água, como forma de evitar desperdício e a própria gestão dos recursos hídricos. Quem desvenda o tema é a Professora Doutora Francisca Ramón Fernández, da Universidade Politécnica de Valência. E o faz com ares de pesquisadora, com estilo de preservacionista e, principalmente, com a qualidade de saber selecionar o tema, as palavras e as fundamentações (em normas jurídicas e em doutrina) que contribuem para que o trabalho possa ser qualificado como uma valiosa contribuição. Temas periféricos como mudança climática – em consequência ou uso racional ou irracional da água – mostram que o consumo humano é importante, mas também o é o uso da água na produção de alimentos, tanto “in natura” quanto na parte industrializada.

A Professora Doutora Gloria Marín Benítez e o Professor Manuel Vélez Fraga continuaram uma parceria (que têm no campo profissional) e escreveram o artigo científico “De nuevo sobre el sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo y la Segunda Instancia: retos planteados por la doctrina *saqueti iglesias*”. O tema envolve os Direitos Humanos, o Direito Penal e o Direito Administrativo. Por ser matéria recursal, também há um pouco de Direito Processual Civil e Direito Processual Administrativo. A análise se centra em Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em um caso específico, considerando a necessidade de uma segunda audiência, em se tratando de procedimentos administrativos, quando há aplicação de sanção penal com fundamento em regras da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos teria consolidado o entendimento no ano de 2021, mas interpretações posteriores do mesmo Tribunal, para causas semelhantes, voltaram a provocar discussões jurídicas. E a abordagem mostra as vertentes interpretativas, a pautar novas decisões do Tribunal e atualizar a interpretação. Concluem, se é cabível ou não, a aplicação doutrinária da necessidade de uma segunda audiência, em caráter administrativo para casos desse jaez.

Quando se faz um capítulo de introdução a um livro há maior liberdade de expressão. Quando o livro tem organização do próprio autor do capítulo de introdução, há espaço para questões filosóficas e até poéticas se imiscuírem ao campo do Direito. Pode ter sido com esse pensamento que o Professor Doutor Roberto O. Bustillo Bolado, da Universidade de Vigo, produziu um texto para o livro “La repercusión de la actividad pública urbanística y ambiental sobre la salud y la calidad de vida”. Neste livro, além de Autor, o próprio Professor em assunto atua como Diretor, em parceria com dois Coordenadores. Antes de o livro ser publicado (estava no prelo) o Autor fez uma modificação do produto, inseriu pesquisas adicionais e específicas, fundamentou em alguns outros autores e, com exclusividade, forneceu o material para a **Revista Amagis Jurídica**. O título já aponta a filosofia e a poesia que dominam o texto “Desarrollo sostenible, mantenimiento sostenible y sostenibilidad: sobre los conceptos jurídicos, las limitaciones, la utilidad, la utopía y el caminar”. A questão ecológica, a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável ganham um viés jurídico, legal. E não escapam questões da utopia do desenvolvimento sem causas poluidoras e a ilustração do caminho que a humanidade está desenhando para os próximos passos.

Até relativamente pouco tempo atrás, as propagandas comerciais se concentravam no rádio, na televisão e em jornais e revistas. Hoje o chamado “marketing” digital passou a dominar os anúncios. E, para se chegar aos detentores de contas de *e-mails* ou cadastrados em aplicativos e outras formas virtuais de acesso às informações, os dados dos usuários desses serviços passaram a ser disputados pelos anunciantes ou encarregados de divulgação. A disputa nem sempre é sadia. Há invasão de contas e aplicativos dos usuários, sem a necessária permissão, e de forma aparentemente legal. E há invasões totalmente ilegais. Quem detém a lista de assinantes de aplicativos ou de contas de *e-mails*, em algumas vezes, faz cessão onerosa desses “endereço eletrônicos”, causando violação à intimidade das pessoas. Na Itália, alguns processos judiciais tentaram

conter a divulgação dos dados dos nomes de pessoas cadastradas nas plataformas sociais. As feições das disputas judiciais chegaram ao âmbito do Direito da Concorrência e de práticas desleais para se acessar aos dados das pessoas cadastradas. Uma análise das normas jurídicas e das decisões dos Tribunais, acerca do tema, foi objeto de estudo profundo da Professora Doutora Tiziana Rumi, da Università degli Studi di Messina. O resultado é um texto denso, bem fundamentado e que resultou de muitas pesquisas prévias. Especialmente por considerar que as plataformas sociais têm alcance mundial, esse artigo científico é do interesse de quaisquer estudiosos de qualquer parte do mundo.

Registro o agradecimento aos autores que enviaram textos, os quais atenderam aos critérios rigorosos de publicação, em avaliação no sistema do “Double Bind Review”.

Concluo, no desejo de profícua a leitura e o convite à publicação, com a renovação do agradecimento ao firme apoio da Presidência da Amagis, aos distintos colaboradores (Revisor, Conselheiros e divulgadores, sobretudo no exterior), entusiastas de ânimo inabalável deste veículo de produção científica.

Belo Horizonte, outono de 2025.

Richardson Xavier Brant
Editor

EL ERROR DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DEL AMPARO EN REVISIÓN 695/2023¹

Aldo Efraín Ramírez Hernández²

RESUMEN

La interpretación sustentada y la argumentación llevada a cabo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Amparo en Revisión 695/2023, compara de manera equivocada las relaciones poliamorosas con la poligamia y utiliza las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) para justificar que no es discriminatorio el no reconocer el matrimonio poliamoroso en las leyes vigentes. Pero realizar una comparación entre el poliamor y la poligamia no es viable, ya que estos regímenes son radicalmente opuestos, y cada uno de ellos tienen sus características diferenciales,

¹ **Como citar este artículo científico.** RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Aldo Efraín. El error de interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Resolución del Amparo en Revisión 695/2023. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 17-66, maio-ago. 2025.

² Maestro en Derecho Constitucional y de Amparo, por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México). Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Ten cursos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y por Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Escuela Judicial Electoral). Ha participado de múltiples cursos en la escuela de la función judicial de Ecuador, en el Centro de formación judicial de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, y de la defensoría del pueblo en Colombia. Correo electrónico: aldormzhdz@gmail.com

por lo cual puede establecerse que: Poliamor $\neq$ Poligamia y esto será demostrado en este trabajo.

La Primera Sala de la Corte incurre en una confusión conceptual, derivado de esto su argumentación no es justificada, y su interpretación tampoco, por ello en este trabajo se realizará la conceptualización que explique las diferencias de estos regímenes que aborda la Corte, ya que las relaciones poliamorosas se basa en la igualdad, el consentimiento informado y la libre autodeterminación, en cambio, la poligamia ha sido históricamente una práctica patriarcal y desigual, especialmente en países donde las mujeres carecen de autonomía y derechos patrimoniales. De la misma manera existe una aplicación errónea de los estándares internacionales ya de la Suprema Corte de México porque utiliza de manera descontextualizada las recomendaciones del comité CEDAW, que condenan la poligamia por su impacto negativo en los derechos de las mujeres, pero estas no pueden ser aplicadas al poliamor, porque esta forma relacional promueve la igualdad y el consentimiento entre todos los integrantes. De esta forma al aplicar estos criterios a las relaciones poliamorosas la Corte está asumiendo, sin evidencia empírica, que cualquier relación afectiva con más de dos personas inevitablemente reproduce dinámicas de subordinación, algo que no se ha establecido con datos pertinentes y comprobables. De esta manera, al negar el reconocimiento del matrimonio poliamoroso, y validar la no discriminación la Corte está violando el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conformar una familia, protegidos por el artículo 4.º de la Constitución Mexicana.

Palabras Clave: Poliamor, Derechos Humanos, Interpretación Constitucional.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Hechos del caso. 3. Delimitación teórica del poliamor y su diferencia con la poligamia. 4. Análisis de argumentos presentados por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 5. Discriminación indirecta 6. Interpretación jurídica. 7. Conclusiones. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Para comenzar con este trabajo académico es importante establecer en primer orden que las relaciones humanas en términos afectivos y sexuales han cambiado y variado a lo largo del tiempo y también a lo largo de la historia humana, las relaciones personales

se han transformado y han variado en cuanto a la forma de asociarse sentimental o afectivamente. En efecto, estas nuevas maneras de relacionarse afectiva y sexualmente representan en la mayoría de las ocasiones un gran desafío a las estructuras sociales que son dominantes en un espacio y tiempo determinado, por consiguiente, a quienes salen de los márgenes sociales y culturalmente establecidos son denominados o nombrados como extraños, ajenos, raros, enfermos, o desviados. En este contexto es relevante mencionar a las relaciones poliamorosas³ las cuales surgen forman parte de nuestra realidad como un modelo que no es convencional y que desafía de manera frontal a la monogamia predominante de nuestra sociedad actual. Estas relaciones llamadas poliamorosas involucran la capacidad de amar y establecer conexiones emocionales o sentimentales con múltiples personas de manera simultánea, pero de forma informada entre todos los integrantes y consensuada por cada una de ellas. Ahora bien, más allá del modelo tradicional de parejas monógamas, las relaciones poliamorosas representan una expresión de la diversidad humana en la esfera del amor o romántica, así como de la intimidad y el compromiso emocional con otras personas. Bajo este enfoque de relaciones se desafían los estereotipos que se encuentran en la sociedad actual, donde se ha valorado históricamente la monogamia como la forma válida, correcta o ideal de relación amorosa y de pareja.

En este contexto, las relaciones poliamorosas desafían los modelos tradicionales de relacionarse, pero también abren un diálogo sobre la diversidad de las familias. Este cambio en las relaciones afectivas y la familia es relevante. Ahora bien, el estudio de las relaciones poliamorosas como abogados nos invita a repensar la idea convencional de lo que constituye una familia, mostrándonos un camino más allá de las relaciones monógamas; estas personas que se relacionan así están desafiando los estigmas y las expresiones

³ Los profesionales contemporáneos han acuñado los nombres “poliamor” y “polifidelidad” para describir una amplia gama de acuerdos de pareja que varían en cuanto al número de personas involucradas, los sexos de los involucrados, las sexualidades de los involucrados y el nivel de compromiso de los involucrados y los tipos de relaciones que se persiguen.

amorosas, y nos presentan un reto legal en que luchan por la inclusión y respetuoso sobre las diversas formas de amor y compromiso en nuestra sociedad actual.

El Objetivo de este trabajo es analizar la interpretación jurídica realizada por de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con respecto a las relaciones poliamorosas en la resolución del amparo directo en revisión 695/2023 de esta manera pretendemos demostrar que la argumentación u justificación realizada por el máximo tribunal mexicano fueron erróneas.

Objetivos específicos:

1. examinar la sentencia *1227/2020 del Juzgado Octavo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y del Trabajo y Juicios Federales en el Estado de Puebla*;
2. analizar el amparo en revisión 695/2023 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
3. identificar las razones sustentadas y la argumentación en la sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
4. contra argumentar las razones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Este trabajo académico resulta relevante porque las relaciones poliamorosas son un tema poco explorado e investigado en México, no existen aún investigaciones al respecto por especialistas, por consiguiente, el estudio de las relaciones poliamorosas es trascendente en virtud de que estas cuestionan en el caso particular las disposiciones jurídicas establecidas en el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, el cual regula el matrimonio y el concubinato ya que éstas instituciones del derecho civil y familiar solo permiten el acceso y celebración de este acto jurídico a la unión de solo dos personas. Por ello resulta relevante el estudio y análisis de esta sentencia ya que solo de esta misma se puede brindar luz

al debate jurídico en relación con el reconocimiento legal de las relaciones poliamorosas que puedan surgir en el Estado Mexicano. Ahora bien, el estudio del amparo en revisión por parte de la Primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México con respecto al reconocimiento y acceso al matrimonio por parte de las personas poliamorosas permite realizar a través de este trabajo un ejercicio argumentativo distinto al planteado por la Corte y dar una interpretación extensiva basada en el principio pro persona al respeto y la garantía de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte. En definitiva, al realizar un análisis de la interpretación jurídica y de los argumentos efectuados por la Corte que sustentan su sentencia, se propone en sentido contrario una argumentación y justificación distinta a la sustentada por el máximo Tribunal.

Es importante destacar que el analizar bajo la perspectiva jurídica el tema de las relaciones poliamorosas, permite comprender con mayor profundidad la evolución de las nuevas formas de relacionarse entre las personas, ya que estas dinámicas son cambiantes. De este modo las relaciones poliamorosas, se muestran como una crítica a las estructuras Jurídicas, políticas, sociales y culturales del matrimonio monógamo aún predominante en la sociedad y nos permite identificar como estudiosos del derecho las lagunas normativas o legales existentes dentro de los ordenamientos jurídicos vigentes; este análisis puede ser utilizado como base argumentativa e interpretativa para futuros proyectos legislativos que culmine en reformas a las disposiciones jurídicas o en diversas interpretaciones normativas que aborden esta forma de relacionarse que está en aumento en todo el mundo. Por último, el análisis y estudio del matrimonio poliamoroso contribuye a la evolución del derecho familiar en México y del derecho civil al ofrecer una comprensión más amplia de las distintas formas de convivencia, de esta manera se opta por una mayor inclusión y valorar la diversidad de relaciones y de familiar, así como la protección de las mismas.

Metodología: el proceso de metodología de esta investigación es de carácter explicativo, empleando en este trabajo académico un enfoque deductivo que parte de lo general para llegar a lo particular, utilizando la técnica documental. El enfoque deductivo inicia con el análisis de las razones contenidas en la sentencia dictada en el Amparo directo en revisión 695/2020 por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para luego contrastarlos con la argumentación de este maestrante. De esta manera la técnica documental es elemental para recopilar, revisar y analizar información de fuentes bibliográficas, artículos académicos, y disposiciones normativas con el propósito de fundamentar teóricamente la investigación y respaldar nuestra postura con respecto a este tema en particular.

2 HECHOS DEL CASO

Mediante escrito presentado electrónicamente el veintidós de diciembre de dos mil veinte la persona quejosa (del cuál no conocemos el nombre derivado de la protección de datos personales) solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal, contra las autoridades responsables que fueron:

- I. Congreso del Estado de Puebla;
- II. Gobernador del Estado de Puebla.

Como primer punto es relevante destacar que a través amparo 1227/2020 la persona quejosa que interpuso su demanda de amparo impugnó el contenido de los artículos 294 y 297 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, los cuales regulan el matrimonio y el concubinato. En dichos preceptos jurídicos se establece de manera categórica que el matrimonio y el concubinato es una unión entre dos personas, (establecido de manera unívoca el número de miembros que la conforman), es por ello que la persona quejosa argumentó en su demanda que las disposiciones jurídicas

vigentes en el texto legal del Código Civil de Puebla excluyen a las personas cuyas relaciones conformadas por más de dos personas que buscan acceder a esas instituciones jurídicas, constituyen un acto de discriminación generando una afectación a sus derechos humanos, específicamente los artículos primero y cuarto.

Para este caso en particular se dictó una sentencia por un juez de distrito en la cual después de realizar un análisis y estudio de la demanda planteada por la persona quejosa, así como la valoración de las pruebas consideró que los artículos 294 y 297 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla son contrarios al derecho de igualdad y la no discriminación establecida y reconocida por el artículo 1.º de la Constitución Mexicana, así como lo había establecido la persona quejosa en su demanda. Por ello, el juez de distrito estableció en su sentencia que las disposiciones jurídicas, en efecto, excluyen a las personas que deciden tener una relación poliamorosa de la posibilidad de contraer matrimonio y/o concubinato, además, la persona quejosa argumentaba que la exclusión contenida en el código se basa en una “categoría sospechosa” basada en las preferencias sexuales, lo cual fue reafirmado por el Juez de Distrito.

Ahora bien, el Estado, al limitar de manera específica que el matrimonio y el concubinato podrá ser celebrado solo por dos personas, está generando una discriminación indirecta, ya que el texto normativo del Código Civil parece ser neutral de su lectura superficial y no genera conflicto alguno, pero cuando este precepto legal se aplica a quienes tienen relaciones afectivas con más de una persona, ya no se vuelve aplicable, y se está dejando de lado a las personas que se encuentran en esta situación de hecho. De esta manera el derecho a la libre autodeterminación y al desarrollo de la familia que se encuentra consagrado en el artículo 4.º de la Constitución cobran especial relevancia, en virtud de que la Constitución (como lo menciona la Corte) protege a todas las formas de familia y no solo a las tradicionales (monogámicas) de esta forma, el juez de distrito argumentó que no existe una justificación constitucional válida para impedir que más de dos personas puedan acceder a la institución del

matrimonio, por lo cual otorgó el Amparo y protegió a la persona quejosa por considerar que sus pretensiones eran válidas y se configuraba una violación a su esfera de derechos. De esta forma, el juez de distrito concluye que las normas impugnadas por el quejoso son discriminatorias ya que una persona que desea casarse con más de una persona y puede realizarlo se ve afectada a la igualdad en el acceso al matrimonio, basado en las preferencias sexuales de las personas que buscan formar una familia poliamorosa.

De este modo después de que las autoridades responsables fueron notificadas de la resolución emitida por el juez de distrito por medio de la cual otorga el amparo y protección de la justicia a la persona quejosa, el Gobernador del Estado de Puebla Miguel Barbosa a través del director de Procedimientos Constitucionales de la Consejería Jurídica del Gobierno de Puebla interpuso el recurso de revisión correspondiente en contra de la sentencia del juez de distrito recaída sobre el amparo 1227/2020.

Después de esto, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito al conocer el recurso de revisión, solicitó la reasunción de competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer del recurso de revisión interpuesto por el Gobernador del Estado de Puebla al considerar que la temática planteada era novedosa y podría fijar un criterio trascendente en el ámbito jurídico de nuestro país, ya que no existen precedentes o jurisprudencia del Máximo tribunal en los que se hayan resuelto asuntos sobre el reconocimiento del matrimonio poliamoroso, ahí su importancia.

El día tres de abril del año dos mil veinticuatro (2024) fue emitida una sentencia por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la cual se resuelve el amparo en revisión 695/2023, interpuesto por el Gobernador del Estado de Puebla, a través del Director de Procedimientos Constitucionales de la Consejería Jurídica del Gobierno de esa entidad federativa, en contra de la sentencia, terminada de engrosar el veintiuno de mayo

de dos mil veintiuno, por el Juez Octavo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y de Juicios Federales en el Estado de Puebla, dentro de un juicio de amparo indirecto, en la cual determinó que la normativa impugnada por el quejoso en su demanda generaba o tenía un efecto de discriminación por motivos de preferencias sexuales.

Ahora bien en el Amparo en Revisión 695/2023 resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, negó el amparo y la protección de la justicia a la persona quejosa, en este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que el poliamor no es una orientación sexual como lo establecía el quejoso en su demanda de amparo y como lo afirmó el juez de distrito de Puebla, sino que este tipo de vínculos era una preferencia relacional que implica una decisión consciente de establecer vínculos afectivos con múltiples personas de manera simultánea, derivado de esa categoría de relación no existe una discriminación, así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que al no tratarse de una orientación sexual, la exclusión del poliamor del matrimonio civil no se considera discriminatoria ni tampoco como una categoría sospechosa, como sí lo es la orientación sexual, asimismo la Suprema Corte argumentó que el matrimonio en México está configurado como una institución monogámica, basada en un vínculo exclusivo entre dos personas y que la inclusión del poliamor requeriría una reforma legislativa a las disposiciones normativas y no una interpretación constitucional, además de lo anterior la Suprema Corte estableció reconocer la diversidad familiar y concluyó que el marco jurídico actual protege las relaciones monogámicas y no está obligado a extender esa protección a las relaciones poliamorosas, de esta forma la Suprema Corte determinó la inexistencia de un acto discriminatorio, así la Corte sostuvo que la exclusión del poliamor del matrimonio civil no implica una violación a los derechos humanos, ya que las personas poliamorosas pueden ejercer su libre desarrollo de la personalidad en otros ámbitos, sin que el Estado esté obligado a reconocer jurídicamente dichas relaciones.

De esta manera el Amparo en Revisión 695/2023, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aborda el estudio de la inconstitucionalidad de la exclusión del poliamor en las figuras del matrimonio y concubinato, establecidas en el Código Civil del Estado Libre y Soberano de Puebla. En la emisión de esta sentencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación revocó la sentencia de amparo concedida en primera instancia por el juez de distrito del Estado de Puebla y argumenta que la exclusión del poliamor no constituye una discriminación basada en una categoría sospechosa, ni una violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

3 DELIMITACIÓN TEÓRICA DEL POLIAMOR Y SU DIFERENCIA CON LA POLIGAMIA

Para comprender con amplitud y claridad las relaciones poliamorosas es importante realizar una conceptualización de estas y diferenciarlas de la poligamia, ya que éstas son diferentes entre sí, y existe una confusión generalizada acerca de ellas, esta distinción resulta trascendente para el estudio en cuestión, de esta manera Touriño, Cuenya, Coldeira, & Contigiani (2023) mencionan que “Las relaciones sexoafectivas continúan cambiando en el mundo occidental. Esto incluye el reconocimiento de la no monogamia consensuada (NMC), en la que los/as involucrados/as dan su consentimiento para tener relaciones sexuales y/o afectivas con más de una persona.” (TOURIÑO et al, 2023, p. 26). De esta manera, a diferencia de la monogamia tradicional, en donde se espera exclusividad entre dos personas, (afectiva y sexual) la no monogamia consensuada se basa en la honestidad, la comunicación y el consentimiento mutuo. Esto significa que todas las partes conocen y aceptan la dinámica de la relación. Por su parte Moors, Matsik y Schechinger (2017) mencionan que “La no-monogamia consensuada (NMC) es un término que incluye cualquier relación en la que todos los miembros que están de acuerdo en establecer vínculos sexuales

y/o afectivos con otras personas”. De la misma manera establecen los autores que

Las relaciones NMC incluyen (pero no se limitan a) el poliamor, el intercambio de parejas, las relaciones abiertas y las relaciones “monógamas”, y estos tipos de CNM encarnan diferentes acuerdos de relación. El poliamor suele referirse a la relación romántica y/o sexual con múltiples parejas. Las relaciones emocionalmente íntimas, pero no sexuales, también entran dentro de esta práctica (MOORS; MATSIK; SCHECHINGER, 2017, p. 56).

Por otra parte, Boyd menciona lo siguiente:

La poligamia se refiere a los matrimonios –el término “gamy” proviene del griego “matrimonio”– entre un hombre y varias esposas, ordenados por las Escrituras y claramente patriarcales. En cambio, los poliamorosos que mantienen relaciones con dos o más adultos valoran mucho la igualdad de sus parejas, independientemente de su género o situación parental. Tienden a creer que sus parejas deberían tener voz y voto en los cambios de sus relaciones y poder abandonarlas cuando y como desee (BOYD, 2017a, p. 3).

De esta manera a partir de lo establecido por Boyd se puede concluir que la poligamia es una estructura matrimonial jerárquica en la que el dominio es ejercido por el hombre y está culturalmente regulada, incluso en disposiciones jurídicas y religiosas, mientras que el poliamor es una forma de relación basada en ciertos principios, entre los que se encuentran la equidad, la autonomía personal y la comunicación entre sus participantes de una relación.

Como primer punto entonces se puede establecer que en las relaciones o matrimonios poligámicos existe una estructura dirigida a seguir perpetuando e instituyendo un sistema patriarcal. Ahora bien,

para comprender lo que implica un sistema patriarcal es importante citar a Boyd (2017b) quien establece que:

El sistema patriarcal es un orden social basado en la división sexual y en un conjunto de acciones y relaciones estructuradas de acuerdo con el poder (MILLET, 1970, p. 67-69; y VARELA, 2019, p. 105). En este sistema el grupo de las mujeres se encuentra subordinado al de los hombres, en tanto son percibidas como desiguales e incluso inferiores. Esta división tiene como consecuencia la asignación de actividades y relaciones específicas, dependiendo del lugar que se ocupa dentro de la estructura jerárquica (LAGARDE, 1997, p. 50-52; y LAMAS, 2013, p. 289).

De la misma manera la doctora Margarita Lema Tomé (2003) define a la poligamia de la siguiente forma: “La poligamia es el régimen familiar que permite al varón tener una pluralidad de esposas, y se encuentra tradicionalmente admitido en todos los países islámicos, con contadas excepciones.”.

De acuerdo con el jordano Ayman Alshboul (2007) considera que:

La evolución de la práctica poligámica dentro y entre los sistemas culturales es diferente de una época histórica a otra, de una sociedad a otra y de una clase social a otra, por ejemplo, el significado funcional de la poligamia dentro del contexto histórico, sociocultural y religioso en la sociedad árabe e islámica es diferente al de la ejercida dentro y entre los africanos, los asiáticos o la secta mormónica en América.

La poligamia en el mundo árabe e islámico en los siglos anteriores era más practicada que en nuestros días debido a un conjunto de factores y sistemas sociales, políticos, culturales y económicos que regían y animaban al hombre en aquel entonces a casarse con una segunda o tercera mujer, mientras hoy –particularmente en Jordania- la poligamia es un hecho excepcional debido a esos mismos factores y sistemas

mencionados anteriormente que requieren y exigen al hombre dejar esa ambición deseada (ALSHBOUL, 2007, p. 1).

El Maestro Alejandro Martínez Torío (2017) establece una diferencia crucial y sustancial entre la poligamia y el poliamor que es importante destacar, esto, claro está, para evitar confusiones que lleven a realizar interpretaciones erróneas como las hechas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Se ha de comenzar destacando que el poliamor no es una relación basada en la poligamia, establecida como sistema social en el que no todos los individuos tienen los mismos derechos, pues se favorece a un género, mayoritariamente el masculino, en detrimento del otro. Por tanto, la poliginia (un hombre casado con varias mujeres) y la poliandria (una mujer casada con varios hombres) no aparecen juntos en una misma sociedad. Precisamente, la igualdad entre los dos géneros es una condición sine qua non del poliamor (MARTÍNEZ ALEJANDRO, 2017, p. 77).

Según la autora Leanna Phillis Wolfe (2003, hoja 1) plantea

El poliamor es la práctica de compartir abierta y éticamente múltiples amores. A diferencia de las formas tradicionales de poligamia, el poliamor es una invención cultural bastante reciente. Las personas atraídas por el poliamor creen que los deseos humanos naturales de tener más de una pareja se abordan mejor creando formas de familia alternativas, a menudo utópicas.

En el mismo sentido Franklin Veaux y Eve Rickert (2014) establecen que “La palabra poliamor se acuñó a principios de la década de 1990 a partir del griego poli, que significa ‘muchos’, y el latín amor, que significa ‘amor’. Significa tener múltiples relaciones amorosas, a menudo comprometidas, al mismo tiempo por mutuo acuerdo, con honestidad y claridad.”.

Por otra parte, y con respecto al poliamor Jhon Delio Rivera Alzate y Mariana Giraldo Doria (2023) establecen que:

El poliamor se entiende como un tipo de relación íntima, amorosa, sexual y afectiva que se establece de manera simultánea entre varias personas independiente de su orientación sexual; y es consensuada, honesta, respetuosa, responsable, no posesiva, y promueve la igualdad entre sus integrantes. Estas relaciones tienen un tinte liberador y potenciador de la sexualidad femenina en tanto permiten superar la sumisión de las mujeres frente a los modelos patriarcales, en tanto pueden tomar decisiones en la relación (RIVERA ALZATE; GIRALDO DORIA, 2023, p. 65).

Para reforzar el concepto del poliamor, el Profesor Thalmann (2008) menciona:

El término poliamor (o poliamoría; polyamory en inglés) es un neologismo que apareció por primera vez en los años sesenta, pero cuya popularización data de la década de los noventa. Construido a partir de la raíz griega poly, que significa ‘muchos’, traduce la idea de los amores múltiples, es decir, con muchas personas y muchas formas al mismo tiempo. Este nuevo concepto subraya el carácter polisémico de la palabra amor. Que se aplica de forma indiferenciada a las parejas amorosas, a los padres, a los hijos, a los amigos e incluso a las cosas (THALMANN, 2008, p. 25).

De la misma manera Tomás Alberich Nistal (2019) establece que “el concepto de poliamor va unido a los de confianza, información, transparencia, pluralidad afectiva, relaciones con consentimiento mutuo, ética y honestidad.”.

De las definiciones anteriores realizadas por múltiples autores y autoras podemos concluir estableciendo que las relaciones poliamorosas son un modelo relacional que tiene como base o premisa fundamental el poder establecer múltiples vínculos

afectivos, amorosos y/o sexuales de manera simultánea con diversas personas, pero estos vínculos deben ser realizados o practicados con el consentimiento de todos los miembros que conforman la relación. Por otra parte, en este tipo de relaciones debe existir como elemento *sine qua non* la honestidad y claridad entre todas las personas involucradas, sin engaño alguno y sin ocultamiento de información acerca del vínculo que puede tener con otras personas, demostrando respeto y corresponsabilidad.

Una vez determinado que es el poliamor o las relaciones poliamorosas se puede contrastar con la poligamia, de esta modo, como se describió anteriormente las relaciones poliamorosas no imponen, obligan o implantan en su estructura jerarquías ni roles predeterminados a sus miembros, ya que se considera o establece que podría generar un desequilibrio en el poder de decisión entre sus integrantes, al contrario, las relaciones poliamorosas se construyen y fundamentan bajo determinados principios entre los que destacan la igualdad y la autonomía de las personas involucradas en la relación, también lo es la comunicación y el respeto mutuo de todas y todos, además de generar transparencia (honestidad, claridad, responsabilidad afectiva), y por supuesto el consentimiento previo (plena voluntad en conformar un vínculo poliamoroso) Además no debe dejarse de lado el propósito de las relaciones poliamorosas, el cual es generar vínculos afectivos en los que todas las personas que están involucradas en la relación tengan autonomía y libertad personal en contraposición a modelos tradicionales que en muchas ocasiones imponen jerarquías y roles completamente rígidos.

Una vez realizada la conceptualización y explicación de las relaciones poliamorosas o del poliamor puede concluirse que este tipo de relaciones al igual que muchas otras, son el resultado de una construcción social que van cambiando o variando en el tiempo tomándose en cuenta nuevas perspectivas y maneras de vivir, además es relevante mencionar que las relaciones poliamorosas están en constante expansión, un ejemplo de ello son los países de Canadá, Estados Unidos, y Nueva Zelanda. Estas relaciones poliamorosas

representan un reto de regulación jurídica, no solo porque desafían los modelos tradicionales de relaciones afectivas sino porque las decisiones tomadas por las cortes se ajustan en la mayoría de las ocasiones al matrimonio monogámico, esto sin duda alguna invita a replantear lo decidido en precedentes anteriores con respecto al matrimonio y al concubinato, pero también genera preguntas o interrogantes a los operadores del sistema jurídico en lo relativo a guarda y custodia, alimentos, patrimonio, entre muchos otros, como se hizo en esta ocasión a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.

En cuanto a la caracterización de las relaciones poliamorosas dentro del derecho civil y familiar resulta fundamental para poder generar una respuesta o resolución adecuada al asunto particular de manera prudente, justificada, eficaz y profesional, y con pleno respeto a los derechos humanos en un plano de igualdad, ya que la falta de conocimiento por parte de los juzgadores de este tipo de relaciones al abordar cuestiones poliamorosas puede conducir a los juristas a justificar decisiones de manera errónea o equivocada de lo que puede generar un detrimento en los derechos de las personas, en el caso particular que es objeto de estudio genera un resultado de discriminación y de desprotección a los derechos de este grupo de personas, así, mediante este trabajo planteamos y argumentamos que el no permitir al quejoso el acceso de la institución del matrimonio y/o concubinato a las relaciones poliamorosas deja a las personas que se encuentran en esta situación de hecho en una situación de vulnerabilidad y en un claro estado de indefensión, siendo además invisibilizados, no nombrados, como lo han sido grupos en situación de vulnerabilidad a lo largo de mucho años atrás.

Para finalizar con la propuesta conceptual, debe establecerse que la ausencia de una definición unívoca de las relaciones poliamorosas o el poliamor puede generar múltiples interpretaciones realizadas por los jueces y juezas que conozcan de estos casos, por ello resulta relevante un estudio profundo de estas relaciones y sus implicaciones en el mundo del derecho, ya que el desconocimiento

de los juzgadores federales y locales pueden llevar a equiparar de manera inadecuada al poliamor con la poligamia, así como con otro tipo de relaciones no monógamas cuando en realidad pueden estar tratándose de fenómenos sociales radicalmente distintos, y cada uno puede tener sus particularidades. Así, mientras que la poligamia suele estar asentada en estructuras jerárquicas machistas y patriarcales legitimadas por normas culturales o religiosas que justifica un sistema opresor contra las mujeres, el poliamor se basa en la igualdad de las personas en la relación, el consentimiento mutuo de sus integrantes y en la autonomía de todas las personas involucradas en la relación.

4 ANALISIS DE ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ahora bien, la Suprema Corte de justicia de la nación en su párrafo 164 y 165, establece lo siguiente:

164. En ese sentido, aun cuando el quejoso sostenga que sus relaciones se identifican como poliamorosas, sin demeritar sus manifestaciones, esta calificativa no se centra en el aspecto cuantitativo de la relación, esto, es, por el número de sus integrantes –como lo establece la norma–; sino por tipo de relación igualitaria y consensada, la cual se construye en función del respeto y características cualitativas de sus miembros.

165. Por ello, atendiendo al parámetro de exclusión que utilizan las normas impugnadas, esto es, no contemplar relaciones entre más de dos personas, las normas encuentran justificación pues se considera que este tipo de relaciones poligámicas pueden llegar a derivar en relaciones desiguales como la poliginia, que constituye un riesgo para los derechos de sus integrantes como de las personas que tienen a su cargo, tal como lo sostuvo el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en la Recomendación General N.º 21 sobre igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares al señalar que estas situaciones deben ser desincentivadas y prohibidas.

168. De esta forma, el Comité reafirmó lo establecido en la Observación General antes mencionada, en el sentido de que la poligamia viola el derecho de las mujeres a la igualdad con el hombre, y por ello debe desalentarse y prohibirse; incluso, advirtió que existen consecuencias graves en el bienestar económico de las mujeres y sus hijas e hijos por lo que debe abolirse por medio de las medidas legislativas y políticas necesarias para ello; no obstante, como era patente la existencia de estas relaciones poligámicas, entonces se exhortó a implementar las medidas tendentes a proteger los derechos económicos (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2024, p. 48 y 49).

Debemos analizar de manera profunda la argumentación sustentada por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los párrafos 164, 165, y 168 ya que a juicio de este maestrante no son aplicables las razones que sustenta con relación a las relaciones poliamorosas, por ello se considera importante establecer lo siguiente.

En los párrafos citados anteriormente la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación está asumiendo que la exclusión del poliamor de las disposiciones jurídicas del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla o la no regulación del mismo está justificada, ¿por qué?, bueno, en palabras de la Corte porque estas relaciones podrían derivar o convertirse potencialmente en relaciones poligámicas generando una desigualdad entre los miembros que conforman esta relación, de esta manera se puede generar una afectación a los derechos reconocidos y garantizados a las mujeres por las autoridades mexicanas, sin embargo, podríamos destacar que esta equiparación es errónea, equivocada y puede argumentarse que es una falacia de falsa equivalencia, que ya que la corte realiza una comparación defectuosa entre dos cosas que difieren en naturaleza, ya que como se estableció con anterioridad la poligamia es una institución matrimonial que históricamente está vinculada a estructuras patriarcales, que son opresoras contra las mujeres y legitimadas por las instituciones jurídicas, políticas,

sociales y culturales, lo que permite el abuso y la desigualdad en esos regímenes relacionales, mientras que las relaciones poliamorosas se basan, como se ha citado anteriormente de acuerdo a múltiples teóricos en la igualdad, el consentimiento y la autonomía de todos sus integrantes, sin jerarquías impuestas, además de que todas las partes involucradas participan de los acuerdos realizados, expresando su voluntad, ahora bien, puede hacerse una hipótesis, ¿Qué sucedería si solo fueran 3 mujeres en la relación poliamorosa? En este supuesto todas son mujeres y no hay un hombre de por medio, así que el Estado está obligado a garantizar sus derechos, ¿qué decidiría la corte en este supuesto?, es importante la reflexión.

Continuando con el análisis de las razones establecidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respalda su argumentación y justificación al citar la Recomendación General N.º 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, (mejor conocido como Comité CEDAW) la cual establece que la poliginia debido a los riesgos de subordinación y desigualdad que conlleva a las mujeres debe ser prohibida por los Estados parte de la convención. Reflexionemos entonces este argumento, ya que no es aplicable a las relaciones poliamorosas, ya que como se ha mencionado anteriormente este modelo de relacionarse promueve valores positivos que implican la igualdad entre todas las personas involucradas en el vínculo afectivo, de esta manera es posible afirmar que existe una igualdad horizontal entre las partes, sin que existan jerarquías, recordando que se cuenta con pleno conocimiento del modelo de relación en la que se encuentra y que ha otorgado su consentimiento para formar parte de la misma, por lo cual predomina la voluntad o aquiescencia, y no establece en ningún momento o circunstancia relaciones de dominación, o relaciones de poder que generen desigualdad entre los miembros de la relación, ni para hombres pero tampoco para mujeres o personas de la diversidad sexual que no se identifiquen con el aspecto dicotómico de hombre/mujer.

La decisión de la Corte se centra principalmente en evitar la poligamia, pero en el proceso limita el reconocimiento de otros

modelos de relación que no tienen los mismos problemas de desigualdad estructural por ser un grupo en una situación especial de vulnerabilidad. Como consecuencia la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no toma en consideración el derecho de las personas poliamorosas a constituirse como un matrimonio o un concubinato, y tampoco considera su identidad y convicciones y tampoco determina las diferencias entre estos regímenes relacionales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el párrafo 168 de la sentencia, argumenta que la poligamia debe ser desalentada y prohibida por parte de los Estados porque genera una violación al derecho de las mujeres a la igualdad no solo formal sino también material con el hombre ya que puede generar un detrimento económico o financiero para ellas y sus descendientes; ese argumento es correcto, y la postura es precisa para combatir las desigualdades históricas que han afectado a las mujeres. Sin embargo, esta argumentación no resulta aplicable a las relaciones o vínculos poliamorosos porque la poligamia ha sido históricamente una estructura jerárquica y patriarcal como lo han mencionado varios académicos e investigadores, muy contrario a lo que establece el poliamor o las relaciones poliamorosas, ya que estas no se basan en la desigualdad ni en la subordinación de alguno o algunos de sus miembros, sino al contrario, como ha quedado establecido, en las relaciones poliamorosas, todas las personas que están involucradas tienen los mismos derechos. De esta manera, no reconocer la discriminación que sufren las relaciones poliamorosas basándose en una analogía o semejanza con la poligamia es errónea y sesgada por parte de los juzgadores porque no toma en cuenta las características específicas de estas relaciones.

En lo que concierne al Estado Mexicano este no fomenta las relaciones poligámicas, ya que dentro de sus ordenamientos legales no se encuentra establecido un régimen encaminado a perpetuar un sistema dominado por los hombres, tampoco se permite a los hombres desde las disposiciones jurídicas vigentes que regulan el matrimonio

y el concubinato que solo el hombre pueda tener más esposas, al contrario, ha tomado decisiones encaminadas al empoderamiento de las mujeres y al respeto por sus derechos humanos.

En la actualidad de acuerdo a la información disponible en el World Population Review (2025) el matrimonio poligámico es practicado en países africanos y de oriente medio, así como en países asiáticos mientras que en países del continente americano no, esto obedece a las practicas sociales y culturales, que han sido sustentadas en muchas ocasiones bajo ideas y concepciones religiosas.

Ahora bien, de acuerdo con Battams & Mathieu (2024, p. 2) mencionan que:

Las familias poliamorosas son solo una de las muchas formas de diversidad estructural que las hacen únicas. Las luchas por el reconocimiento legal de los padres en estas familias ponen de relieve cómo las leyes y políticas a menudo van a la zaga del cambio social. Queda por ver cómo estos avances pueden reconfigurar o impactar de alguna otra manera las políticas de justicia familiar, la legislación y la capacitación de los proveedores de servicios.

En el mismo sentido Juan David Jaramillo (2022) menciona que

Las personas en relaciones plurales poseen el derecho a contraer matrimonio y a conformar familia si así lo desean. En la actualidad, el poliamor está sufriendo la misma desprotección por parte del ordenamiento jurídico que la homosexualidad sufría hace poco más de una década. La familia, el núcleo básico de la sociedad, es un concepto que aún es restrictivo, pues la forma en la cual se entiende sigue amoblándose exclusivamente a aquella figura tradicional, que desconoce todas las otras formas de familia que podemos encontrar en la sociedad contemporánea y, por lo tanto, este concepto deberá evolucionar (JARAMILLO MANZANO, 2022, p. 34)

Es necesario tomar en consideración las palabras de los autores anteriores, ya que son relevantes en el estudio del caso, porque se configuran perfectamente con la lucha por el reconocimiento del matrimonio poliamoroso en el Estado Mexicano, ya que afrontan retos en el ámbito normativo.

Otro de los argumentos que fueron señalados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es cuando cita a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en su Artículo 5 en donde establece que los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- [...].

Conviene subrayar que la cita anterior debe ser contrastada con el matrimonio y/o concubinato conformado por personas poliamorosas, analicemos. Como primer punto en caso de la existencia de un matrimonio y/o concubinato poliamoroso no resulta contrario a lo establecido por la convención en su artículo 5 inciso a) ya que el poliamor es una práctica y aceptación de tener más de una relación sentimental, afectiva y/o sexual a la vez, con pleno conocimiento y consentimiento de todos los involucrados, por lo tanto no se configura una superioridad o inferioridad de alguno de sus miembros ya que todos están de acuerdo en que el vínculo o relación sea de esa forma, además todos los miembros en la relación pueden opinar y manifestar sus excepciones en caso de no estar de acuerdo, de esta manera otorga un consentimiento informado sobre todo lo que pueda afectarle. Como segundo punto, el Artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de

Discriminación contra la Mujer (CEDAW) contempla la obligación de los Estados Parte de modificar los patrones socioculturales que perpetúan estereotipos de género y desigualdad entre hombres y mujeres y las relaciones poliamorosas rompen con esos estereotipos, transforman las dinámicas de la relación y eliminan prejuicios que puedan existir con respecto a este tipo de relaciones ya que están fundamentadas en valores y principios que permiten el libre desarrollo de la personalidad.

Como tercer punto, el reconocimiento del matrimonio para personas poliamorosas es coherente con ese artículo de la Convención, ya que el poliamor promueve la igualdad de género, la autodeterminación de las personas en la relación conformada por ellos y ellas y la libre elección de formar parte del vínculo ya que estas se sostienen sobre la base del consentimiento informado, la confianza mutua y el respeto igualitario, de esta manera es claro que el poliamor rompe con los roles tradicionales de género que limitan a hombres y mujeres a funciones estereotipadas dentro de las relaciones monógamas, y refuerza valores positivos que permiten el ejercicio de derechos y libertades, de esta manera las relaciones poliamorosas no se encuentran desarmonizadas con la convención sino que al contrario, puede realizarse una interpretación armónica.

De esta manera las relaciones poliamorosas al basarse en el consentimiento, la igualdad y la autodeterminación de las personas involucradas, promueven la equidad de género y el respeto mutuo entre las y los involucrados. Por ende, no perpetúan estereotipos de género ni consolidan relaciones de dominación o sumisión, lo que es coherente con el Artículo 5 de la Convención que busca eliminar patrones socioculturales que discriminan a la mujer de esta manera, volvamos a la pregunta hipotética hecha con anterioridad ¿qué pasaría si desean contraer matrimonio 3 mujeres?, esa reflexión nos lleva a ampliar nuestro criterio en la protección de los derechos humanos, ya que al reconocer el derecho de las personas a establecer relaciones múltiples y consensuadas, se contribuye a la eliminación de prejuicios y prácticas culturales que refuerzan la idea

de superioridad o inferioridad entre los sexos, en concordancia con el mandato del Artículo 5.

De esta manera puede establecerse que las relaciones poliamorosas son armónicas y compatibles con lo establecido en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en donde se vincula a los juzgadores y juzgadas a identificar en los casos concretos sometidos a su conocimiento, el determinar si existen situaciones de poder o contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que, por cuestiones de género, evidencien un desequilibrio entre las partes de la controversia, lo cual, de acuerdo a lo analizado en el caso de las relaciones poliamorosas no se actualiza, ya que las personas que están en un vínculo poliamoroso tienen principios que permiten un sano desarrollo de las relaciones.

En el párrafo 149, 150 y 151 de la sentencia que es sujeta de análisis la Suprema Corte de Justicia de la Nación argumento:

149. Al respecto, debemos tener en cuenta que el quejoso centró su reclamo de discriminación únicamente en las dos disposiciones que definen el matrimonio y el concubinato, sin impugnar otras normas que también regulan estas instituciones como la unión de dos personas. Esto resalta que el quejoso identificó la diferencia de trato en un aspecto acotado a una definición aislada, mas no como parte de la propia dinámica y operatividad de la figura.

150. A diferencia de la resolución para el matrimonio igualitario, donde la exclusión se basaba en el sexo de los integrantes sin diferencias sustanciales en la aplicación del régimen, las relaciones poliamorosas presentan mayor complejidad, pues de acuerdo a su definición, involucran a más de dos personas y requieren promover la igualdad, conocimiento y consentimiento. Cuestiones que innegablemente, no podrían ser resueltas adecuadamente bajo las reglas operativas del matrimonio y concubinato (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2024, p. 41)

151. Es por ello, que no estamos ante una diferencia de trato con base en una categoría sospechosa, ya que todo el conjunto de

artículos que regulan las instituciones reclamadas respaldan y justifican su exclusión (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2024).

Para combatir lo establecido por el artículo 149 de la Primera Sala de la Suprema Corte debe quedar establecido que es cierto que la persona quejosa impugnó que las leyes que establecen el matrimonio y el concubinato en el Estado de Puebla como uniones entre dos personas son discriminatorias, (la persona quejosa se limita a establecer eso) por su parte la Suprema Corte considera que como solo impugnó esas definiciones y no otras reglas o principios que también son aplicables a estas figuras legales y solo al solo cuestionar la persona quejosa la definición y no todo el sistema legal que regula estas uniones, su demanda quedó incompleta, ya que no analizó cómo funcionan realmente dentro del marco jurídico, pero la persona quejosa solo se adolece en el momento preciso del no acceso al matrimonio, ya que hay actos futuros que no se han concretado, no han causado una violación a sus derechos, lógicamente no puede ampararse contra ellos porque aún no existe una violación a los mismos, por lo cual este argumento no es válido.

La argumentación realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación asume que el número de integrantes en una relación poliamorosa impide aplicar los mismos derechos y obligaciones como lo es en caso de el matrimonio monógamo. Sin embargo, es importante argumentar que el reconocimiento de derechos humanos no depende y no debe estar ligado de manera consecuente al del número de personas involucradas en la relación, sino que el matrimonio y/o concubinato está sujeto a los principios de igualdad, libre desarrollo de la personalidad al unirse como un matrimonio, y la no discriminación que están reconocidos en la Constitución Mexicana.

De acuerdo a lo establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los párrafos anteriores justifica la

exclusión y el no reconocimiento al acceso del matrimonio de personas poliamorosas con base o argumentando que por el mero hecho de la cantidad de personas involucradas en el matrimonio este debe ser excluido, esto sin lugar a dudas constituye una discriminación, que no es razonable, ¿Es justificable que solo por ser tres personas que desean unirse en matrimonio no les sea reconocido? El hecho de que las relaciones poliamorosas representen mayor complejidad a los juzgadores y no puedan resolverse con el marco jurídico actual ¿significa de debe dejarse por ello de lado? Esa no es una justificación válida.

La sentencia argumenta que la igualdad en las relaciones poliamorosas no puede ser garantizados bajo las reglas del matrimonio. Este argumento es contradictorio, ya que el consentimiento la igualdad entre los miembros son principios fundamentales del poliamor. La Suprema Corte ha sostenido que los derechos humanos deben interpretarse de manera progresiva, es decir, expandir su alcance a nuevos contextos sociales y culturales y sabemos que representa un reto el volver a repensar las instituciones jurídicas; pero el negar el matrimonio poliamoroso bajo el argumento de la “complejidad”, significa una desprotección de las personas en cuanto al derecho a la familia y a la igualdad de trato a las personas. Además, la Suprema Corte está dando pasos hacia adelante porque comienza a argumentar hechos futuros, no debe dejarse de lado que el conflicto principal es el acceso al matrimonio y/o concubinato de las personas poliamorosas, por ello la corte debe dejar de imaginar o pensar en cuestiones futuras que no han acontecido y de las cuales no se adolece la persona quejosa ya que la corte manifiesta que hay “cuestiones innegables que no podrían ser resueltas adecuadamente bajo las reglas operativas del matrimonio y concubinato” pero que no han pasado, no se han realizado, no han sucedido.

En el párrafo 181 de la sentencia la corte establece:

181. Como se expuso, las relacionales no monogámicas, como las poliamorosas son una práctica minoritaria en nuestro país y

por ello, el legislador no las ha dotado de una regulación jurídica específica, cuestión que, se reafirma, no implica que las normas impugnadas, por restringir su operatividad a orientaciones relacionales normativas (matrimonio y concubinato), transmitan un mensaje discriminatorio, excluyente o que implique la desprotección jurídica de las personas que integren ese tipo de relaciones, ya que se dirigen a regular una realidad social e histórica particular (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2024, p. 56).

La Corte argumenta que la exclusión del poliamor de las instituciones jurídicas de matrimonio y del concubinato no es discriminatoria, sino que tienen la finalidad de regular una “realidad social e histórica particular” (la monogamia). El hecho de que estén reguladas estas relaciones persigue un fin legítimo, lo que no es legítimo es que tres personas que desean acceder al matrimonio no puedan hacerlo porque la operatividad de estas figuras está pensada solo para 2 personas y nada más, la pregunta es, ¿entonces donde quedan estas personas? ¿Cómo protegen sus derechos? ¿no podrán casarse si así lo desean? Solo porque la institución del matrimonio está acotada a dos personas.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva OC-24/17 establece que los Estados parte que han firmado y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos deben respetar el libre desarrollo de la personalidad para que las personas sigan el mejor modelo de vida que considere de los de acuerdo con sus valores y convicciones, así como con los planes de vida que desea (párrafo 88). De la misma manera la Corte IDH menciona que los Estados no pueden imponer un modelo único de familia ni excluir a las familias diversas del marco jurídico nacional, (párrafo 174) conviene especificar que si se realiza un contraste con la Sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en donde argumenta que la exclusión del poliamor no implica desprotección jurídica alguna, resulta falso y contrario a la convención, ya que las personas que

conforman relaciones poliamorosas no tienen acceso a derechos patrimoniales, de seguridad social, que sí se garantizan a través del matrimonio; en síntesis debe argumentarse a la corte que no está observando la operatividad de la figura jurídica de manera amplia y los efectos que esta puede causar.

Por ejemplo, en casos en donde existe una separación o fallecimiento, los integrantes de las relaciones poliamorosas quedan en una total desprotección jurídica, ya que no fueron reconocidos como un matrimonio legal, lo que atenta con lo establecido en el derecho a la protección familiar previsto en el artículo 4.º de la Constitución. Ahora bien, y tomando en consideración los casos comparados de Canadá y Colombia, las cortes constitucionales ya se han pronunciado con respecto al reconocimiento y la protección jurídica para las familias poliamorosas, especialmente en temas que involucren cuestiones relativas a la custodia compartida, pensiones y derechos patrimoniales. “El hecho de que una práctica sea minoritaria no justifica la negación de derechos fundamentales. Si así fuera, las mujeres, las personas homosexuales o los pueblos indígenas jamás habrían alcanzado reconocimiento jurídico.”.

157. No pasa inadvertido que en ocasiones la legislación no contiene soluciones para todo tipo de relaciones; sin embargo, ello no quiere decir que se encuentren fuera de la protección constitucional, quedando en la labor del legislador su implementación atendiendo a las necesidades y realidades sociales.

158. El reconocimiento jurídico de cada forma relacional, está en manos del legislador ordinario y éste lo hará en la medida en que su realidad así lo exija, pero el hecho de que unas formas relacionales tengan existencia jurídica expresa (matrimonio, concubinato) y otras no tengan regulación específica (poliamor, poligamia, anarquía relacional y otras de tipo no normativo), no implica por sí mismo y necesariamente, que las existentes sean inconstitucionales.

159. Si bien la Suprema Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse y obligar al legislador a reparar violaciones de

derechos humanos sobre grupos minoritarios, es necesario atender a un análisis de factores históricos, contextuales y estructurales para justificarlo, pues de no hacerlo, se corre el riesgo de intervenir una función que no es la que les compete (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2024, p. 48).

En la argumentación desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece en su sentencia que la ausencia de regulación del poliamor no implica necesariamente que se vulneren o violen los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales, ya que como menciona en los párrafos que anteceden, eso es algo que corresponde al legislador ordinario, en este caso en particular al Poder Constituyente Permanente determinar su reconocimiento jurídico en la ley, esto, tomando en consideración la evolución de la sociedad. De igual forma, es importante considerar que este argumento resulta insuficiente y he incluso contradictorio con el propio papel que ha tenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los últimos años en la protección de derechos de grupos históricamente discriminados en México.

De esta manera la Primera Sala de la Suprema Corte de justicia de la Nación reconoce que existen modelos relacionales no regulados en la legislación vigente (algo que es verdadero) como lo es el poliamor o las relaciones poliamorosas, pero es omisa la Primera Sala de la Corte al considerar que la falta de reconocimiento legal y de protección jurídica puede generar discriminación y una desigualdad jurídica para este tipo de relaciones, (algo que no promueve el poliamor ni sus miembros) por lo cual debería de realizarse un análisis de discriminación interseccional en el asunto particular de acuerdo a las disposiciones impugnadas. Ahora, el hecho de que el matrimonio y el concubinato cuenten con reconocimiento legal solo para dos personas implica entonces una jerarquización de las relaciones afectivas, donde las uniones monógamas reciben protección jurídica, mientras que las relaciones o uniones poliamorosas quedan

sin protección legal al que sin duda alguna es contrario al principio de igualdad y no discriminación afectando de manera consecuente como se ha mencionado otros derechos derivados del matrimonio y/o concubinato, de esta forma las personas poliamorosas quedan en una zona gris, en una zona donde no existe protección para ellos y ellas en el ordenamiento jurídico, como si no existieran.

Como es sabido la Suprema Corte en múltiples ocasiones ha tenido un papel fundamental para garantizar derechos humanos de las personas en el Estado Mexicano, incluso cuando el legislador no ha actuado. Ejemplos de ello son sus fallos sobre matrimonio igualitario, identidad de género y derechos de las personas trans, despenalización del aborto, consumo lúdico de la marihuana, entre otros, en donde el Tribunal constitucional no esperó a que el legislador realizara una regulación en la ley, sino que determinó que la falta de reconocimiento legal vulneraba derechos humanos que afectaba la esfera jurídica de los gobernados. En este sentido, su argumento de que el reconocimiento del poliamor debe quedar exclusivamente en manos del legislador ordinario resulta contradictorio con su propia jurisprudencia en materia de igualdad y no discriminación.

Asimismo, la Corte menciona que la falta de regulación del poliamor no vuelve inconstitucional el marco normativo existente, pero ignora el impacto discriminatorio indirecto de esta omisión. En términos de control de convencionalidad y de los principios que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), las disposiciones normativas deben interpretarse de la manera más favorable para las personas, de acuerdo a lo establecido en la cláusula de apertura constitucional en el artículo primero párrafo segundo de nuestra constitución política.

Por lo tanto al excluir a las relaciones poliamorosas del reconocimiento legal del matrimonio y del concubinato se perpetua una situación de desigualdad, ya que si existen personas en esta misma situación o circunstancia de hecho les será imposible acceder a la institución del matrimonio o del concubinato, como consecuencia

las personas no pueden acceder a derechos derivados del matrimonio o concubinato, en resumidas cuentas por la mera configuración de su relación como poliamorosa se ven privadas de otros derechos sin que exista una justificación objetiva y razonable.

Para finalizar este apartado la Suprema Corte de Justicia de la Nación argumenta en su sentencia que obligar o imponer al poder legislativo a reconocer el poliamor sin un análisis histórico y contextual podría suponer una intervención indebida en su función, lo cual viola el principio de división de poderes. No obstante, este argumento pierde fuerza o rigor cuando el Tribunal constitucional con anterioridad ya ha establecido criterios para evaluar cuándo una norma o una omisión legislativa resulta discriminatoria, afectando a personas en una situación de vulnerabilidad, es por ello que en ocasiones anteriores y aplicando los principios de respeto y garantía de los derechos humanos la Suprema Corte ha tomado un papel relevante. De esta forma el principio de igualdad exige que las diferencias de trato solo sean válidas cuando se justifiquen en criterios razonables, lo que no ocurre en este caso, ya que la corte hace falsas equivalencias que terminan en un detrimento a la esfera de derechos de las personas poliamorosas que desean contraer matrimonio.

5 DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

De acuerdo al Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación (CONAPRED, 2025) define a la discriminación indirecta como:

Es aquella que se produce en la esfera pública o privada, cuando una disposición, un criterio o una práctica, aparentemente neutro, es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que dicha disposición, criterio o práctica tenga un objetivo o justificación razonable y legítimo.

La no inclusión del matrimonio poliamoroso o impedir el acceso a esta institución mediante la interpretación jurídica de los jueces y juezas puede considerarse como una forma de discriminación indirecta ya que en el caso en particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación excluye injustificadamente a un grupo de personas del acceso al matrimonio y al concubinato. De esta manera al hacer un análisis basado en los principios de igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad nos lleva a concluir que el Estado Mexicano tiene la obligación de garantizar la protección jurídica de todas las formas de familia, no solo de respetar que existan, sino también de garantizar su protección, evitando regulaciones e interpretaciones normativas que marginen, que excluyan y priven de derechos a ciertos sectores de la población.

El Estado Mexicano no puede otorgar derechos solo a ciertos tipos de relaciones y excluir otras sin una justificación válida. Si se reconoce el matrimonio entre parejas monógamas, pero se niega sin argumentos sólidos el acceso a los mismos derechos a relaciones poliamorosas, se perpetúa un modelo único de familia y excluye arbitrariamente a quienes eligen vivir bajo otros esquemas relacionales.

Para reforzar lo siguiente se toma en consideración el libro elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Centro de Estudios Constitucionales, en donde la maestra Ana María Ibarra Olguín (2021) nos menciona cuales son los elementos a considerar y evaluar para determinar si una disposición puede ser determinada como Discriminación indirecta, al respecto establece:

2. Elementos de la discriminación indirecta.

2.1. Elementos objetivos de la discriminación indirecta Pese a la diversidad de regulaciones, son dos los elementos clásicos que han de estar presentes para que la discriminación sea calificada como indirecta: 1) Una norma aparentemente neutral, pero con un impacto desproporcionado (y no deseado), conlleva así la discriminación. De este modo, se exige un esfuerzo suplementario al identificar la discriminación.

3) Ausencia de justificación objetiva de la medida neutral que encubre la discriminación. Es posible afirmar que la necesidad de justificar de modo objetivo la finalidad perseguida por la medida para que ésta no sea tildada de discriminatoria es un elemento característico de la discriminación indirecta; por tanto, sirve además para distinguirla de forma clara de la directa, dado que, en ésta, salvo excepciones expresamente previstas por la ley, no es una exigencia necesaria para su análisis. En el caso de la discriminación indirecta, por su propia naturaleza, el tratar de discernir si la justificación de la medida se torna o no si cabe más complicada que en la discriminación directa o positiva; sin embargo, es esta justificación la piedra angular del análisis de tal discriminación, dado que será precisamente este hecho el que llevará a determinar o no su existencia (IBARRA OLGUÍN, 2021, p. 65-66).

Asimismo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, omite considerar una tesis aislada del Pleno de la Corte bajo en número de registro digital 2012597 publicada en el diario oficial de la federación en la cual establece:

la discriminación por resultado o indirecta puede ocurrir cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o aplicación constituye un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica justo en razón de esa desventaja, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable. Así, la discriminación no sólo se puede resentir cuando la norma regula directamente la conducta de un grupo en situación de vulnerabilidad, sino también cuando los efectos de su aplicación les genera un daño de discriminación. Esto significa que una ley que, en principio, parezca neutra, podría tener efectos discriminatorios para cierto grupo de personas. La determinación de la discriminación por resultado requiere de un estudio sobre la existencia de la discriminación estructural, y de cómo ésta sustenta la producción e interpretación normativa (MÉXICO, 2017).

La argumentación y decisión tomada por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Amparo en Revisión 695/2023 puede (y debería) considerarse un caso de discriminación indirecta, ya que, aunque no prohíbe de manera expresa las relaciones poliamorosas, (porque considera que cada persona tiene la libertad de relacionarse como mejor decida) dentro de los argumentos elaborados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su sentencia no protege a quienes practican este modelo relacional en el acceso al derecho de contraer matrimonio. Ahora bien, al no existir su reconocimiento jurídico en las leyes creadas vía legislativa, y en el caso particular tampoco mediante la vía judicial a través de los métodos de interpretación jurídica, es claro que se genera una desigualdad para estas personas.

Ahora bien, para determinar si esta exclusión o no regulación jurídica constituye o se encuadra como una discriminación indirecta, es necesario que los juzgadores federales analicen dos elementos que resultan fundamentales, y que anteriormente han sido citados, el primero es consistente en determinar si la norma aparentemente neutral tiene un impacto desproporcionado en un grupo específico de personas; que en este caso son las personas que conforman una relación poliamorosa y como segundo elemento, se debe de determinar si la medida tiene una justificación objetiva, razonable y proporcional.

De esta manera, del estudio del caso en particular el marco normativo vigente para el Estado Libre y Soberano de Puebla solo reconoce el matrimonio y el concubinato entre dos personas, lo que, en apariencia, no parece (en primer momento) estar dirigido contra ninguna forma de relación en particular. (ya que están normalizadas las relaciones monógamas) Sin embargo, al analizar más profundamente y de manera crítica y contrastándola bajo la perspectiva de los nuevos modelos relacionales este modelo (monógamo) excluye de manera automática a quienes deciden establecer relaciones poliamorosas, ya que la ley es específica en que solo serán dos personas las que acceden al matrimonio o al

concubinato privándolos del acceso a esta institución y a derechos patrimoniales, de seguridad social, de filiación y sucesorios, entre otros que puedan derivarse del matrimonio o del concubinato. De esta manera, la exclusión del poliamor no es una simple omisión legislativa, en la que los jueces deben esperar a que sea regulada, sino que se convierte en una restricción actual a la esfera de derechos que tiene un impacto desproporcionado en la esfera jurídica de quienes optan por esta forma de relacionarse, generando una diferencia de trato y una desigualdad ante la ley.

Merece la pena subrayar que este maestrante considera que la interpretación y argumentación realizada por la Primera Sala de la Corte Suprema, carece de una justificación válida y una equiparación errónea al resolver el amparo en revisión, ya que la corte enfatiza como se ha transformado la familia a lo largo de la historia jurídica del derecho mexicano, con ello justifica porque el código civil reconoce solo a dos personas como una unión matrimonial y al concubinato de la misma manera, con ello solo justificó los valores y los modelos sociales establecidos que aún son dominantes en el Estado Mexicano, ahora bien el matrimonio, como institución jurídica persigue una finalidad legítima, pero el hecho de excluir y dejar de lado a ciertos grupos de personas que no desean que su matrimonio sea solo de dos personas genera una desigualdad que afecta el ejercicio de sus derechos, y es deber de acuerdo a la Constitución que el Estado Mexicano y el Poder Judicial velan por la protección de sus derechos.

En segundo lugar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación argumentó en su sentencia que la no regulación del poliamor o del reconocimiento legal en las disposiciones jurídicas del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla no es discriminatoria como lo sostenía el quejoso y el juez de distrito que conoció en primera instancia del Amparo porque (argumenta la corte) este modelo relacional no se encuentra dentro de las categorías sospechosas protegidas por el Artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De la misma manera el Tribunal Constitucional

sostuvo en su argumentación que la regulación de nuevas formas de familia corresponde al legislador ordinario y que, en todo caso, el reconocimiento de las relaciones poliamorosas podría derivar en relaciones desiguales, como en el caso de la poliginia, lo que pondría en riesgo los derechos de las mujeres.

Para reforzar su justificación la corte menciona que el Estado mexicano ha suscrito tratados internacionales en materia de derechos humanos que protegen los derechos de niñas y mujeres y que tienen un efecto vinculatorio (obligatorio) para nuestro país en la protección de sus derechos humanos, por lo cual no puede permitirse un régimen familiar y matrimonial que promueva la desigualdad entre las partes y la opresión hacia las mujeres, tampoco el Estado puede permitir un sistema que genere desigualdades en las relaciones de poder entre las personas.

Proteger los derechos de niñas y mujeres es un imperativo para nuestro país, y aún hay muchas brechas que deben ser abordadas, y derechos que aún deben ser protegidos y garantizados, pero la Corte no puede realizar comparaciones a situaciones que son diferentes en todo, ya que la poliginia y la poligamia no son equiparables a las relaciones poliamorosas, de esta manera ese argumento, no es aplicable como se ha mencionado anteriormente al poliamor, y existe un error de interpretación y aplicación de las recomendaciones en las que se funda la corte.

Por lo anteriormente expuesto se concluye que los argumentos sustentados por la corte suprema no son suficientes para justificar el no reconocimiento del poliamor, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no evalúa si la medida era adecuada, necesaria y proporcional para alcanzar un objetivo legítimo perseguido por el legislador, ya que deja fuera a muchas otras constituciones familiares. En particular, la Corte comparó erróneamente a las relaciones poliamorosas con la poligamia, algo que es trascendental en el fallo, porque son instituciones o practicas muy distintas y diferentes una de la otra. Por un lado la poligamia como régimen social históricamente

ha perpetuado un mecanismo de subordinación hacia las mujeres, y en el otro extremo están las relaciones poliamorosas se basan en el consentimiento de todas las personas, y también impulsan la igualdad entre sus miembros, sin desigualdades de poder, por lo cual no se genera una violación a los derechos de las mujeres que han sido reconocidos por el Estado Mexicano en sus leyes y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte.

Además, la Suprema Corte no realiza una interpretación jurídica amplia con respecto al principio de igualdad y no discriminación establecida en el Artículo 1.º constitucional, que prohíbe cualquier distinción que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, ya que el hecho de excluir del matrimonio a una pareja de 3 o incluso más personas no está justificada por la ley, además aunque la Corte argumente que la exclusión del poliamor no afecta derechos fundamentales de las personas en realidad no es de esa forma, ya que ese criterio de la corte impide que quienes practican este modelo de relación afectiva no puedan acceder a protecciones derivadas del matrimonio y/o el concubinato, lo que mantiene una situación de desigualdad jurídica sin una justificación válida.

Por lo tanto, la decisión de la Suprema Corte sí constituye un caso de discriminación indirecta, ya que la normativa vigente para el Estado de Puebla aun cuando no menciona expresamente al poliamor, genera un impacto negativo desproporcionado en quienes practican este modelo relacional, sin ofrecer una razón legítima o suficientemente reforzada para su exclusión del marco normativo actual. En este sentido, la resolución de la Primera Sala de la Corte no solo perpetúa un modelo de familia basado exclusivamente en la monogamia, sino que también impide que el derecho civil y familiar se transforme a las nuevas realidades sociales que acontecen en el Estado Mexicano.

En la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se empleó un enfoque interpretativo cognitivo-formalista y

de hermenéutica constitucional restrictiva, en donde se desarrolló un modelo iuspositivista que prioriza y justifica el marco normativo vigente en el Estado Libre y Soberano de Puebla sin expandir su interpretación con base al principio pro persona, ahora bien, es preciso recordar que esta teoría de argumentación jurídica establece que el significado de una disposición jurídica vigente debe extraerse de su redacción literal o de la intención del legislador al realizar la ley, este fue el ejercicio que hizo la corte al desarrollar desde el inicio de la sentencia el abordaje que le daría al problema jurídico, haciendo una distinción sobre el sexo, el género, las preferencias sexuales, la poligamia, el poliamor y las diversas formas relacionales, así como el desarrollo histórico que ha tenido la familia en México.

De esta manera la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó que el matrimonio y el concubinato fueron diseñados para aplicarse a las parejas conformadas por dos personas, por lo que en palabras de la corte la exclusión de la ley de las relaciones poliamorosas no se considera discriminatoria, sino una simple limitación jurídica establecida por el legislador ordinario realizada con atención a su contexto social y cultural al momento de legislar, de esta manera la Corte se basó en el argumento de que la legislación actual no tiene que abarcar o regular todas y cada una de las formas de relación existentes, y menciona además que la regulación de las relaciones poliamorosas y su posible reconocimiento debe estar en la esfera de competencias del poder legislativo.

6 INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La interpretación realizada por los jueces y juezas de las disposiciones normativas actúan como una garantía constitucional, ya que dotan de contenido a las mismas, por ello el Poder Judicial es un elemento fundamental en la Democracia Constitucional, ya que permite consolidar un Estado de Derecho que respete los derechos y libertades fundamentales de todas las personas. Ahora bien, podemos destacar que de acuerdo a las razones sustentadas por la Corte en

el amparo en revisión que fue sometido a su resolución y una vez analizadas las citas que sustentan su decisión, puede concluirse que la interpretación realizada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es restrictiva y acotada, además de que se constriñe bajo el modelo de interpretación del positivismo jurídico ya que a criterio de este jurista el error de interpretación en la adjudicación de derechos en el caso que es objeto de estudio la Suprema Corte en su sentencia en donde determina que no es discriminatoria las disposiciones jurídicas contenidas en el Código Civil, específicamente en los artículos 294 y 297 para el estado de Puebla radica principalmente en la confusión conceptual y caracterización entre las relaciones poligámicas y las relaciones poliamorosas, así como en la aplicación inadecuada de principios constitucionales y de derechos humanos.

En términos generales la Suprema Corte sustenta que el matrimonio y el concubinato solo pueden reconocerse entre dos personas porque abrir el reconocimiento del matrimonio a personas poliamorosas con más de dos integrantes podría derivar o tener como consecuencia relaciones de poder desiguales y utiliza como sustento el régimen de la poligamia para fundamentar su decisión ya que históricamente ese régimen ha generado desigualdad y ha afectado principalmente y en mayor medida a las mujeres teniendo como consecuencia la vulneración de sus derechos humanos, de esta manera justifica lo establecido por la normativa del código civil. Sin embargo, esta equiparación o comparación resulta errónea, ya que el poliamor no es una institución patriarcal ni desigualdad, sino una práctica relacional basada en principios como la igualdad, el consentimiento informado y la autonomía de todas las personas involucradas en la relación.

Además, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación omite considerar el principio del libre desarrollo de la personalidad interpretando de la manera más favorable a las personas, el cual protege el derecho de todas las personas a definir de manera autónoma su vida afectiva y relacional de acuerdo a sus planes de

vida y valores. De esta manera, al determinar en su sentencia que no existe discriminación a las relaciones poliamorosas se restringe de manera arbitraria la libertad de quienes optan por este modelo matrimonial, sin que exista una justificación lo suficientemente sólida que lo respalde, ya que no existen datos empíricos que lo acrediten o que demuestren afectación alguna. De esa forma la Corte asumió de manera generalizada que toda relación con múltiples integrantes es intrínsecamente problemática, sin analizar su diversidad, ni los valores sobre los que se fundamenta, que, en este caso, los valores de las relaciones poliamorosas son positivos o buenos y que pueden ser protegidos en una nación democrática y de respeto al Estado de Derecho.

Para corregir este error interpretativo y justificar la constitucionalidad del reconocimiento del matrimonio poliamoroso Civil en el Estado Libre y Soberano de Puebla los ministros y ministras de la Corte Suprema pueden aplicar diversas teorías de argumentación e interpretación jurídica, por ejemplo, la del teórico y abogado alemán Robert Alexy el cual propone distinguir entre reglas y principios, y reconocer que la exclusión del poliamor contradice principios constitucionales fundamentales, que garantizan los derechos de las personas, como lo son la igualdad, la no discriminación y la protección de la familia en su diversidad.

También podría señalarse la teoría de la argumentación de Manuel Atienza, que señala que los fallos o sentencias emitidas por los jueces y juezas pueden sostener que el derecho debe interpretarse coherentemente con los valores democráticos y los derechos humanos, siendo acorde a la teoría realista del derecho, dada la realidad desde la que están surgiendo los problemas jurídicos, lo que implica reconocer la diversidad de modelos familiares en la sociedad moderna, ya que la familia está en constante evolución y cambio. Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debería haber alineado su interpretación con los estándares internacionales en materia de derechos humanos bajo la perspectiva del principio pro persona consagrada en el artículo primero constitucional párrafo

segundo en donde establece que las normas que contengan derechos humanos deben ser interpretadas en el sentido que más benefician a las personas, de esta manera las relaciones poliamorosas no se limita a una única estructura reconocida por el Código Civil, sino que presentan una nueva forma de relacionarse por lo cual las restricciones al matrimonio y/o al concubinato debe estar estrictamente justificada de manera reforzada.

De esta manera la Suprema Corte de Justicia de la Nación comete un error sustancial al analizar el poliamor desde una óptica restrictiva, manifestando que es imposible empatarlo con las instituciones matrimoniales vigentes, ya que la corte no atiende a la evolución social y jurídica de los modelos de familia y de las formas de relacionarse de las personas, las menciona, pero no interioriza sus efectos, sus consecuencias y los resultados de estas relaciones. En este sentido establecer que no existe una discriminación al prohibir el matrimonio poliamoroso a las personas que se encuentran bajo este modelo relacional no solo carece de justificación constitucional y convencional, sino que termina generando una violación a sus derechos fundamentales. De esta manera es preciso realizar un análisis más riguroso, ya que el matrimonio poliamoroso incide en la construcción de relaciones afectivas y genera una sociedad diversa y plural, eliminando prejuicios.

De esta forma considero que el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es erróneo y considero que es válido reconocer la constitucionalidad del poliamor, por tanto la inconstitucionalidad de las normas impugnadas por el quejoso en el amparo 1227/2020 y que para ese caso en particular se pueden aplicar enfoques hermenéuticos y argumentativos más abiertos y garantistas, así las cosas, es posible y viable el aplicar y desarrollar la Teoría de la Hermenéutica Jurídica y Constitucional Evolutiva como lo proponen Dworkin, en donde la interpretación de las disposiciones normativas deben de adaptarse a la evolución social y a los valores democráticos actuales.

De este modo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pudo haber aplicado una interpretación evolutiva del derecho a la familia, del libre desarrollo de la personalidad y de la igualdad, considerando que las relaciones poliamorosas reflejan una realidad social emergente que requiere protección jurídica por parte del Estado Mexicano, con este enfoque un análisis bajo esta teoría jurídica habría llevado a una interpretación progresista del artículo 1.º constitucional, que obliga a favorecer en todo momento la protección más amplia de los derechos humanos.

Para concluir con este apartado pueden citarse las palabras del jurista español Juan Antonio García Amado el cual menciona:

Un buen argumento es aquel que tiene capacidad justificatoria de la tesis; es decir, un buen argumento es el que en algún grado cumple su función de hacer al interlocutor o interlocutores aceptable la tesis que se trata de justificar. Y la condición de buen argumento es una cuestión de escala, entre los argumentos que cumplen su función lo sabrá que la cumplen en medida mayor o menor (GARCÍA AMADO, 2023, p. 29).

De esta los argumentos presentados por la corte no cumplen con la justificación de su criterio.

7 CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo establecido en las disposiciones normativas contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe analizar de manera más detenida el caso en concreto evaluando la discriminación indirecta que en el caso del matrimonio poliamoroso o las relaciones poliamorosas genera. Ahora bien con respecto a la desigualdad de poder no existe una desigualdad entre los miembros, de esta manera los derechos fundamentales a la igualdad, el libre

desarrollo de la personalidad, libertad de asociación, protección de la familia, y la no discriminación se hacen vigentes y plenos en esta forma de relacionarse, ahora bien, como abogados y operadores del sistema jurídico en México debemos cuestionar si el abrir el número de integrantes a una relación poliamorosa no es discriminatorio, cabe preguntarnos ¿Qué diferencia habría de permitir un matrimonio de dos personas, pero negarlo para tres mujeres, aún y cuando todas las involucradas tengan plena autonomía personal para exigirlo? ¿qué pasaría si son tres hombres? Ya que en ese caso en particular no existiría ninguna dominación por parte del sexo femenino, ni masculino.

Antes de culminar este texto debemos recordar lo que menciona Barker (2005) y es que “El poliamor es un modelo en el que los individuos implicados en una relación pueden amar a varias personas, en un sentido romántico, y pueden mantener varias relaciones simultáneamente, si todas las parejas implicadas están de acuerdo en hacerlo.”.

Las implicaciones que tiene el reconocimiento jurídico de este nuevo paradigma de relaciones amorosas e incluso de familia son significativas en nuestra contemporaneidad. Ello es especialmente relevante en el caso de ruptura de una relación poliamorosa. Al respecto el socio del grupo de derecho de familia de torkin manes en Canadá Adam Black menciona que “Los modelos tradicionales de derechos y obligaciones en materia de la crianza de los hijos, la manutención de los y el reparto de bienes están diseñados para relaciones diádicas y no abordan adecuadamente las situaciones en las que puede haber más de dos cónyuges implicados en la ruptura.” (BLACK, 2018, p. 37).

No podemos olvidar que el poliamor sigue siendo como establece Elisabeth Sheff (2011, p. 489) “las personas poli son prácticamente invisibles para la sociedad en general”, reforzando lo anterior Francesca Miccoli (2021) menciona:

La mononormatividad todavía parece informar a la gran mayoría de las configuraciones familiares, desde la familia heterosexual tradicional hasta muchas formas de familia no matrimoniales e incluso relaciones entre personas del mismo sexo. Además, como veremos en la siguiente sección, el estigma social hacia la poligamia, la limitada concienciación sobre el poliamor, la falta de reivindicación de la comunidad poliamorosa y la escasez de alianzas son señales claras de que el reconocimiento de las relaciones poliamorosas no se producirá muy pronto. Pero si bien es cierto que el reconocimiento de las relaciones poliamorosas probablemente no se producirá en las próximas dos décadas, esto no significa que las relaciones poliamorosas nunca vayan a ser reconocidas. De hecho, las relaciones poliamorosas son cada vez más visibles para la sociedad y, al menos en Canadá y Estados Unidos, el ámbito político empieza a ser consciente de la existencia y las necesidades de los poliamorosos: en 2020 y 2021 por primera vez dos ciudades estadounidenses, Somerville y Cambridge (ambas en Massachusetts), reconocieron una pareja de hecho poliamorosa.

Por otra parte, John Paul árbitro acreditado en derecho familiar del Canadian Research Institute for Law and the Family de Canadá considera que “es probable que las relaciones poliamorosas sean cada vez más comunes en los próximos años por lo que nuestra comprensión y conceptualización de la familia siga evolucionando.” (BOYD, 2017b, p. 79). Los problemas con la viabilidad del reconocimiento de las relaciones poliamorosas no implican que las relaciones poliamorosas no deban ser reconocidas. La falta de reivindicación o apoyo, junto con todos los demás obstáculos mencionados anteriormente, no excluyen un considerable interés público en el reconocimiento de las familias poliamorosas y de cualquier otro tipo de familia no convencional con un objetivo similar. De hecho, las relaciones poliamorosas merecen ser reconocidas por al menos dos razones fundamentales: proteger los derechos e intereses de los miembros vulnerables de la pareja en la relación; y proporcionar un trato justo a todas las personas que eligen estilos relacionales no convencionales.

Además, la Profesora Francesca Miccoli de la Università degli Studi di Milano menciona que “las relaciones poliamorosas tienen el potencial de deconstruir desde dentro una institución tradicional como el matrimonio. Incluso pueden ayudar a construir formas radicalmente nuevas y más flexibles de interacción entre la ley y la esfera de las relaciones íntimas.” (MICCOLI, 2017, p. 379). Ahora bien, si la prevalencia del poliamor está aumentando un número significativo de nuestras costumbres e instituciones sociales más importantes tendrán que evolucionar. Esto requerirá una reconsideración de cómo pensamos sobre la paternidad/maternidad y cómo distribuimos las responsabilidades que conlleva. También tendrá un impacto en cómo demarcamos aquellas relaciones adultas comprometidas que atraen derechos y obligaciones legales y aquellas que no, así como en cómo estos derechos y obligaciones se distribuyen entre más de dos personas. Aunque la magnitud del cambio potencial es significativa, no es urgentemente inminente; tenemos tiempo para aclimatarnos y adaptarnos al creciente número de personas y familias poliamorosas. Hemos logrado adaptarnos a cambios significativos y transformadores en la forma en que pensamos sobre la familia en el pasado, y lo haremos nuevamente (BOYD, 2017a, p. 9).

La situación planteada respecto a la incompatibilidad entre las normativas del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos, plantea un desafío significativo en el sistema jurídico Mexicano, debemos ver hacia el exterior y analizar lo que están haciendo otras naciones, por ejemplo la ciudad de Somerville Massachusetts (CBS NEWS, 2020; THREE’S, 2022) en la cual otorga a los grupos poliamorosos los derechos que tienen los cónyuges en el matrimonio, como el derecho a conferir beneficios de seguro médico (ERIKSON, 2023) otro caso es la Corte de Terranova y Labrador en Canadá en la cual se reconoció a tres adultos solteros como los padres legales de un niño nacido dentro de una familia poliamorosa (MacDONALD, 2018) incluso en la Corte Suprema de Columbia Británica en la cual

el Juez Wilkinson Ordenó a la Agencia de Estadísticas Vitales que modifique el registro de nacimiento de Clarke (el hijo), de modo que se nombre a Olivia como la madre legal de Clarke, junto con Bill y Eliza (SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA, 2018, párr. 92) Como puede constatarse las relaciones afectivas se están reconfigurando, están cambiando en la actualidad y la sociedad junto con ellas, por lo que la ley y los criterios de los tribunales también deben de adaptarse a la realidad para proteger a todas y todos. para finalizar es importante destacar lo que mencionan Rozane da Rosa Cachapuz, Marcelo Augusto da Silva & Marques Aparecido Rosa: “las familias poliamorosas no desaparecerán y es necesaria una respuesta que garantice sus derechos, aunque sean minoritarias. El debate moral o religioso no puede pesar más que los derechos humanos y la obligación del Estado de proteger todas las formas de familia.” (CACHAPUZ; SILVA; ROSA, 2023, p. 207).

BIBLIOGRAFÍA

ALSHBOUL, Ayman M. Q. Memorias de poligamia. una perspectiva antropológica. En: **Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences**, Roma, Ed. Euro-Mediterranean University Institute Italia, v. 15, n. 1, 2007.

AVIRAM, Hadar; LEACHMAN, Gwendolyn. The future of polyamorous marriage: lessons from the marriage equality struggle. In: **Harvard Journal of Law & Gender**, Cambridge (Massachusetts), Ed. Cambridge University Press, v. 38, p. 269-336, 2015.

BARKER, Meg. This is my partner and this is my partner's partner: constructing a polyamorous identity in a monogamous world. En: **Journal of Constructivist Psychology**, London, Ed. Taylor & Francis, v. 18, Issue 1, p. 75-88, 2005.

BATTAMS, Nathan; MATHIEU, Sophie. Polyamorous families have broadened family law. Families Count 2024. En: **The Vanier Institute of the Family**, Ottawa, Ontario, Ed. L'Institut Vanier de la Famille, 2024.

BLACK, Adam. Understanding polyamorous relationships and their judicial recognition. En: ATEP Journal, Volume 26, Issue 9, 2018. Disponible en: <https://www.torkin.com/docs/default-source/default-document-library/modern-families.pdf?sfrsn=44758d5_0>.

BOYD, John-Paul E. Polyamory in Canada: research on an emerging family structure. En: The Vanier Institute of the Family. April 11, 2017a. Disponible en: <<https://prism.ucalgary.ca/server/api/core/bitstreams/35ed4238-928d-4637-88e3-d561ddd2cafa/content>>. Retrieved 3 de noviembre del 2023.

BOYD, John-Paul E. Polyamorous relationships and family law in Canada. 2017b. Disponible en: <https://www.canlii.org/en/commentary/doc/2017CanLIIDocs193#!fragment/zoupio_Toc3Page5/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszIQewE4BUBTADwBdoAvbRABwEtsBaAfX2zgGYAFMAc0ICsASgA0ybKUIQAiokK4AntADkykREJhcCWfKWrlm7SADKeUgCEIAJQCiAGVsA1AIIA5AMK2RpMACNoUnYhISA>.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa; SILVA, Marcelo Augusto da; ROSA, Marques Aparecido. Aspectos jurídicos do poliamor. En: **Boletim de Conjuntura**, Boa Vista, Ed. Instituto de Estudos de Política Econômica (IOLES), ano 5, v. 42, n. 14, 2023.

CBS News. Massachusetts city officially recognizes polyamorous relationships. 2020. Disponible en: <<https://www.cbsnews.com/news/somerville-massachusetts-recognizes-polyamorous-relationships/>>.

ERIKSON, Juliana Chan. Some U.S. cities are legitimizing polyamory. In: Sound Journalism, Grounded in Facts and Biblical Truth. 2023. Disponible en: <<https://wng.org/roundups/some-u-s-cities-are-legitimizing-polyamory-1681761291>>.

FIX FIERRO, Héctor. **Tribunales, justicia y eficiencia**: estudio sobre racionalidad económica en la función pública. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Argumentación jurídica**: fundamentos teóricos y elementos prácticos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

IBARRA OLGUÍN, Ana María (Coord.). **Discriminación**: piezas para armar. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

JARAMILLO MANZANO, Juan David. La poligamia y la pluriparentalidad en los distintos ordenamientos jurídicos. En: **Trans-Pasando Fronteras**, Santiago de Cali (Colombia), Ed. Universidad Icesi, v. 19, n. 1, p. 30-65, 2022.

JIANG, HaoJun (Vivie). Different types of love in polyamory: between primary and secondary. 2017. Undergraduate Honors Theses. 40. Disponible en: <https://ir.lib.uwo.ca/psychd_uht/40>.

LEMA TOMÉ, Margarita. Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España. En: **Migraciones Internacionales**, Tijuana, Baja California (México), Ed. El Colegio de la Frontera Norte, v. 2, n. 2), p. 149-170, 2003.

MacDONALD, Michael. 3 adults in polyamorous relationship declared legal parents by N. L. Court. In: CBC Radio-Canada, Ed. The Canadian Press, 2018. Disponible en: <<https://www.cbc.ca/news/canada/newfoundland-labrador/polyamorous-relationship-three-parents-1.4706560#:~:text=In%20what%20is%20believed%20to,in%20two%20or%20more%20marriages>>.

MARTÍNEZ ALEJANDRO, Torío. El poliamor a debate. En: **Revista Catalana de Dret Privat**, Barcelona, Ed. Societat Catalana d'Estudis Jurídics, v. 17, p. 75-104, gener-maig 2017.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 695/2023. 2024. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2024-01/240124-AR-695-2023.pdf>.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Discriminación por Objeto y por Resultado: su Diferencia. 2017. Disponible en: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012597>>.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sentencia de Amparo número 1227/2020. Disponible en: <file:///C:/Users/ASUS/

Downloads/Sentencia-poliamor.pdf>. Acceso en: 3-11-2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Solicitud de reasunción de competencia 35/2022. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones_documento/2022-10/UT-J-0882-2022-Informacion_0.pdf>.

MICCOLI, Francesca. Legal recognition of polyamory: notes on its feasibility. En: *Whatever*, n. 4, p. 357-380, 2021. Disponible en: <<https://whatever.cirque.unipi.it/index.php/journal/article/view/112/75>>.

MOORS, Amy C.; MATSICK, Jess L.; SCHECHINGER, Heath A. Unique and shared relationship benefits of consensually non-monogamous and monogamous relationships. En: **European Psychologist**, Göttingen (GER) / Bern (SWI) / Newburyport, MA (USA), ed. Hogrefe, v. 22, n. 1, p. 55-71, 2017.

NACIONES UNIDAS. Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación Contra la Mujer. 1979. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>>.

PUEBLA (MÉXICO). Gobierno del Estado de Puebla. Secretaría de Gobernación. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, 1985. Disponible en: <<https://ojp.puebla.gob.mx/legislacion-del-estado/item/448-codigo-civil-para-el-estado-libre-y-soberano-de-puebla>>.

RIVERA ALZATE, John Delio; GIRALDO DORIA, Mariana. Del amor romántico al amor libre. Configuraciones del amor en las relaciones no monógamas. En: **Poiésis**, Medellín, d. Universidad Católica Luis Amigó, v. 45, n. 2, p. 57-73, 2023.

SHEFF, Elisabeth. Polyamorous families, same-sex marriage, and the slippery slope. In: **Journal of Contemporary Ethnography**, New York, Ed. Sage, v. 40, n. 5, p. 487-520, 2011.

SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA. British Columbia Birth Registration. N.º 2018-XX-XX5815, 2021 BCSC 767 (CanLII).

Disponible en: <<https://canlii.ca/t/jfkpr>>. Acceso en: 2023-11-09.

THALMANN, Yves-Alexandre. **Las virtudes del poliamor**: la magia de los amores múltiples. Traducción de Francisco García Lorenzana. Barcelona, Plataforma, 2008.

THREE'S company, too: the emergence of polyamorous partnership ordinances. In: **Harvard Law Review**, Cambridge (Massachusetts), Ed. Cambridge University Press, v. 135, Issue 5, p. 1.441-, March 2022.

TOURINHO, Lucas; CUENYA, Lucas; COLDEIRA, María Florencia; CONTIGIANI, María Florencia. Poliamor y relaciones no monógamas consensuadas: una revisión sistemática. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y PRÁCTICA PROFESIONAL EN PSICOLOGÍA, XV; JORNADAS DE INVESTIGACIÓN, XXX; ENCUENTRO DE INVESTIGADORES EN PSICOLOGÍA DEL MERCOSUR, XX; ENCUENTRO DE INVESTIGACIÓN DE TERAPIA OCUPACIONAL, V; ENCUENTRO DE MUSICOTERAPIA, V. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires. 2023.

VEAUX, Franklin; RICKERT, Eve. **More than two**: a practical guide to ethical polyamory. Portland: Thorntree, 2014.

WOLFE, Leanna Phyllis. Jealousy and transformation in polyamorous relationships. 2003. Dissertation (Doctorad in Philosophy)– The Institute for Advanced Study of Human Sexuality, San Francisco, California, 2003.

WORLD POPULATION REVIEW. Countries where polygamy is legal 2025. Disponible en: <<https://worldpopulationreview.com/country-rankings/countries-where-polygamy-is-legal#title>>.

Recebido em: 16-7-2025

Aprovado em: 21-8-2025

ANÁLISE AO REGIME JURÍDICO DO PENHOR DE CONTA BANCÁRIA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS¹

André Alfar Rodrigues²

SUMÁRIO. 1 Introdução ao Regime. 2 Especificidade do Regime do Penhor da Conta Bancária. 3 A Figura do Penhor Bancário e a sua Aplicação nas Diferentes Modalidades de Contratos. 3.1 Empréstimo Bancário. 3.2 Depósito Bancário. 3.2.1 Modalidades de Depósito Bancário. 3.2.2 A Natureza Jurídica do Depósito Bancário: Depósito Irregular ou Contrato de Mútuo? 4 Cativação do Saldo da Conta Bancária. 5 Extinção do Penhor da Conta Bancária. 6 Execução do Penhor da Conta Bancária. 7 Conclusões. Referências

¹ **Como citar este artigo científico.** RODRIGUES, André Alfar. Análise ao regime jurídico do penhor de conta bancária à luz do ordenamento jurídico português. In: *Revista Amagis Jurídica*, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 67-86, maio-ago. 2025.

² *Of Counsel* na Abreu Advogados. Doutorando em Direito Privado pela Nova School of Law. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa. E-discovery Specialist in Airbus. Of Counsel in Dower Law Firm. Presidente da Comissão Executiva e Membro do Conselho Científico da revista jurídica *Ex Libris*. Autor de livros jurídicos. *E-mail*: andrealfar@gmail.com

1 INTRODUÇÃO AO REGIME

O penhor da conta bancária constitui uma modalidade específica do penhor bancário, emergindo essencialmente da prática bancária como uma forma de garantia financeira (CORDEIRO, 2017, p. 816). Apesar da ausência de uma regulamentação específica consagrada na legislação, esta figura jurídica tornou-se recorrente na prática bancária, tendo a sua origem ancorada no princípio da liberdade contratual.

A constituição do penhor sobre uma conta bancária decorre, na maioria dos casos, da necessidade de obtenção de financiamento por parte do cliente bancário, que, para assegurar o cumprimento das suas obrigações perante a instituição de crédito, oferece como garantia o saldo existente na sua conta. A eficácia desta garantia assenta na introdução de uma cláusula de imobilização da conta, a qual impede o titular de movimentar os valores depositados até que a obrigação garantida seja integralmente satisfeita. Assim, o penhor da conta bancária distingue-se pelo facto de determinados montantes ficarem cativos, vinculados ao pagamento das obrigações assumidas pelo devedor, enquanto estas se mantiverem em vigor (para um estudo mais aprofundado: SALA, 2018).

Deste modo, ao constituir-se um penhor sobre a conta bancária, não só determinados depósitos passam a estar afetos ao pagamento da dívida garantida, como o titular da conta se vê impedido de proceder a levantamentos ou a outras movimentações que possam comprometer a afetação do saldo ao cumprimento da obrigação em causa. No momento do vencimento da dívida garantida, caso o devedor não satisfaça voluntariamente a obrigação, o banco credor encontra-se legitimado a proceder ao débito do montante correspondente ao valor da dívida vencida na conta bancária penhorada³.

O regime jurídico do penhor da conta bancária assenta, pois, na cativação dos fundos depositados, facto que determina o modo

³ Assim: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-10-2019, Processo n.º: 377/17.9T8PRT-A.P1.S2, Relator: Nuno Pinto Oliveira.

de funcionamento desta garantia. O credor apenas pode exercer o seu direito sobre o saldo imobilizado quando a obrigação garantida se encontre vencida e, até esse momento, a sua posição jurídica consiste apenas na titularidade de um direito de garantia, sem que tal implique qualquer direito real de apropriação imediata sobre os montantes depositados.

Importa ainda salientar que, frequentemente, a constituição do penhor de conta bancária pressupõe um depósito de quantias monetárias, implicando, assim, a celebração não apenas do contrato de penhor, mas também de um contrato de depósito. Nestes casos, verifica-se uma relação jurídica dual, na qual coexistem os direitos e deveres próprios de ambas as figuras contratuais.

Ademais, importa considerar a hipótese de o banco depositário – isto é, a instituição bancária onde os valores se encontram efetivamente depositados – não ser a mesma entidade que figura como credor titular do penhor. Nestas circunstâncias, no momento do vencimento da dívida e perante o incumprimento do devedor, o banco credor deverá dirigir um requerimento à instituição depositária, acompanhado do contrato de penhor, solicitando a afetação do saldo penhorado ao pagamento da dívida. Assim, mediante a devida instrução documental, o banco depositário procederá à compensação, assegurando que o credor veja o seu crédito satisfeito.

2 ESPECIFICIDADE DO REGIME DO PENHOR DA CONTA BANCÁRIA

O penhor da conta bancária apresenta particularidades que o distinguem do penhor comum, tal como regulado no Código Civil (VASCONCELOS, 2010). A principal diferenciação reside na natureza do objeto desta garantia: ao contrário do penhor clássico, que recai sobre bens corpóreos ou suscetíveis de analogia com estes, o penhor da conta bancária tem por objeto o saldo existente na conta do devedor. Esta característica confere-lhe um caráter eminentemente

financeiro, tornando-o distinto das formas tradicionais de penhor que pressupõem a entrega material do bem empenhado ao credor ou a um terceiro.

O saldo bancário sujeito a penhor pode ter uma origem prévia, resultante de depósitos efetuados muito antes da celebração do contrato de penhor. Nesta hipótese, o cliente já havia constituído depósitos bancários que, posteriormente, são dados em garantia mediante a celebração do respetivo contrato. Trata-se, pois, de uma vinculação posterior de disponibilidades monetárias preexistentes ao cumprimento da obrigação garantida.

Por outro lado, pode verificar-se uma situação distinta, na qual o próprio depósito bancário é constituído especificamente para efeitos garantísticos. Ou seja, o cliente, ao necessitar de crédito ou ao assumir determinada obrigação financeira, procede à constituição de um depósito bancário com o propósito específico de afetá-lo à garantia da dívida por meio da constituição do penhor (sobre a figura do crédito bancário: FERREIRA, 2011).

Em qualquer dos casos, o penhor da conta bancária opera sobre um direito de crédito – o saldo disponível na conta do devedor –, e não sobre um bem materialmente apreensível. Esta circunstância levanta questões quanto à sua efetividade e exequibilidade, dado que o credor apenas poderá satisfazer o seu crédito mediante a compensação do saldo imobilizado, nos termos previamente acordados. Assim, esta modalidade de penhor exige a conjugação de regras próprias do penhor clássico com princípios inerentes às relações bancárias e contratuais que regem os depósitos bancários.

3 A FIGURA DO PENHOR BANCÁRIO E A SUA APLICAÇÃO NAS DIFERENTES MODALIDADES DE CONTRATOS

3.1 EMPRÉSTIMO BANCÁRIO

A necessidade de constituição de uma garantia bancária, como o penhor da conta bancária, surge, em regra, da celebração prévia de um contrato de empréstimo bancário entre o banco e o seu cliente. Assim, antes de abordar especificamente o penhor da conta bancária, importa tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica e as características essenciais do contrato de mútuo bancário.

Nos termos do contrato de mútuo bancário, a instituição financeira compromete-se a entregar ao cliente uma determinada quantia em dinheiro, obrigando-se este a restituir um montante equivalente em género e qualidade. Este contrato insere-se na categoria dos contratos de mútuo regulados no ordenamento jurídico português, assumindo, no entanto, especificidades próprias decorrentes da sua celebração no âmbito da atividade bancária.

Uma das principais preocupações das instituições de crédito na concessão de financiamento consiste na minimização do risco de incumprimento por parte dos mutuários. Para esse efeito, os bancos procuram garantir que o crédito concedido se encontra suficientemente protegido, assegurando, sempre que possível, um pagamento preferencial em relação aos demais credores do devedor. Neste contexto, a concessão de um empréstimo bancário é frequentemente acompanhada da exigência de prestação de garantias, que podem assumir a forma de garantias reais ou pessoais (ANTUNES, 2011, p. 96-98).

De acordo com o critério das garantias, os empréstimos bancários podem ser classificados como caucionados ou a descoberto, consoante o cumprimento da obrigação esteja ou não assegurado por garantias. No caso dos empréstimos caucionados, o crédito

concedido beneficia de uma garantia real ou pessoal que reforça a posição do credor. Em contraposição, nos empréstimos a descoberto, a instituição bancária concede o crédito sem exigir qualquer garantia específica, assumindo um risco acrescido.

No contexto do presente estudo, que se centra no penhor da conta bancária, estamos necessariamente perante uma situação de empréstimos bancários caucionados, uma vez que o crédito concedido pelo banco se encontra garantido pelo penhor sobre o saldo depositado na conta do devedor. Esta modalidade de garantia confere ao banco credor uma posição privilegiada face a outros credores, na medida em que, em caso de incumprimento, poderá satisfazer o seu crédito com uso da compensação dos montantes cativos na conta bancária do devedor.

A exigência da constituição de garantias como o penhor da conta bancária insere-se, assim, na estratégia das instituições bancárias para reduzir o risco de crédito e assegurar mecanismos eficazes de recuperação do capital mutuado, conferindo ao credor uma maior segurança quanto ao cumprimento da obrigação assumida pelo mutuário.

3.2 DEPÓSITO BANCÁRIO

Para que seja juridicamente possível a constituição do penhor da conta bancária como garantia, impõe-se, em primeiro lugar, a existência de um depósito bancário, na medida em que é este que dá origem ao saldo da conta oferecido em garantia. No caso do penhor da conta bancária, os montantes depositados são afetos ao cumprimento de uma obrigação previamente assumida pelo devedor, funcionando, em caso de incumprimento, como mecanismo de compensação para o banco credor.

Conforme sustenta Engrácia Antunes, o depósito bancário consiste numa convenção acessória ao contrato de conta bancária, segundo a qual o cliente (depositante) entrega uma determinada

quantia pecuniária ao banco (depositário), ficando este investido no direito de dela dispor livremente, sem prejuízo da sua obrigação de restituir montante equivalente, conforme previamente acordado entre as partes (ANTUNES, 2011, p. 92-93). Posição essa que perfilhamos.

3.2.1 MODALIDADES DE DEPÓSITO BANCÁRIO

O Decreto-Lei n.º 430/91, de 2 de novembro, estabelece as principais categorias de depósitos bancários, enumeradas no seu artigo 1.º. De acordo com esta norma, os depósitos bancários podem assumir as seguintes modalidades:

- **depósito à ordem.** É exigível a todo o tempo pelo cliente, permitindo-lhe movimentar os fundos livremente sem necessidade de aviso prévio;
- **depósito com pré-aviso.** Só pode ser mobilizado pelo depositante mediante um pré-aviso escrito, cuja antecedência deve estar estipulada no contrato;
- **depósito a prazo.** É exigível apenas no termo do prazo acordado entre as partes. Contudo, pode ser permitida uma mobilização antecipada, normalmente sujeita a penalizações para o depositante, tais como a perda total ou parcial dos juros;
- **depósito não mobilizável.** Funciona de forma semelhante ao depósito a prazo, com a diferença de que não pode ser mobilizado antes do vencimento, sendo absolutamente indisponível até ao termo do período contratado;
- **depósitos em regime especial.** Incluem modalidades de depósitos que possuem condições específicas, podendo estar sujeitos a regimes de remuneração diferenciados ou a regras de movimentação particulares.

O enquadramento da natureza jurídica do depósito bancário tem implicações diretas na caracterização do penhor da conta bancária, razão pela qual importa analisar a sua qualificação jurídica.

3.2.2 A NATUREZA JURÍDICA DO DEPÓSITO BANCÁRIO: DEPÓSITO IRREGULAR OU CONTRATO DE MÚTUO?

A qualificação do depósito bancário tem sido objeto de divergência doutrinal e jurisprudencial, sendo discutido se esta figura jurídica deve ser considerada um depósito irregular, um contrato de mútuo ou, alternativamente, um contrato *sui generis*, autónomo e com características próprias.

Com fundamentação no artigo 1.205.º do Código Civil, parte da doutrina defende que estamos perante um depósito irregular quando o depositário recebe um bem com a obrigação de restituir não o mesmo bem, mas um equivalente. Menezes Cordeiro (2017, p. 620) adota esta posição, sustentando que o depósito bancário, independentemente da sua modalidade, mantém uma função essencialmente fiduciária e de custódia, na medida em que os depositantes, ao longo da vigência do contrato, mantêm a livre disposição dos montantes depositados.

Em contraponto, Carlos Lacerda Barata (2002, p. 25-27) defende que o depósito bancário corresponde, na realidade, a um contrato de mútuo, na medida em que implica a transferência da propriedade do dinheiro depositado para o banco, tornando o cliente um simples credor da instituição bancária. Paula Camanho (1998, p. 154), seguindo esta linha de pensamento, sublinha que o banco se apropria das quantias depositadas e as utiliza para financiar a sua atividade, devendo, posteriormente, restituir montante equivalente ao depositante, o que aproxima esta relação contratual do conceito de mútuo.

Outros autores, adotando uma perspetiva pluralista, defendem que a qualificação jurídica do depósito bancário varia em função da sua modalidade:

- depósitos à ordem seriam depósitos irregulares, pois permitem ao cliente movimentar livremente os fundos, sem qualquer restrição significativa;
- depósitos a prazo seriam contratos de mútuo, dado que o cliente não dispõe do montante depositado antes do termo do prazo acordado, e a própria dinâmica contratual sugere que o cliente empresta dinheiro ao banco em troca de uma remuneração sob a forma de juros.

Por fim, a doutrina mais recente tem defendido que o depósito bancário constitui um contrato *sui generis*, com elementos próprios do depósito irregular e do mútuo, mas com uma configuração autónoma que não pode ser reduzida a nenhuma destas figuras tradicionais, posição essa que seguimos. Menezes Cordeiro (2017, p. 624) qualifica-o como um tipo contratual social, determinado por cláusulas contratuais gerais e usos bancários, que assume uma natureza unitária e autónoma.

A qualificação jurídica do depósito bancário é determinante para a análise do penhor da conta bancária. Hugo Ramos Alves (2010, p. 227-228) caracteriza o penhor da conta bancária como um penhor irregular, na medida em que incide sobre um direito de crédito – e não sobre um bem corpóreo – sendo que, sempre que o depósito bancário tenha sido constituído antes do penhor, estar-se-á perante uma união contratual entre um depósito irregular e um contrato de penhor.

Considerando esta perspetiva, o regime do penhor da conta bancária deve articular-se com a qualificação específica do depósito que lhe serve de base. Nomeadamente:

- quando o penhor incide sobre um depósito à ordem, verifica-se uma maior disponibilidade do cliente sobre os valores depositados, podendo o banco credor ter menor segurança jurídica quanto à garantia prestada;

- quando o penhor incide sobre um depósito a prazo não mobilizável, a posição do credor é mais robusta, dado que os fundos só podem ser movimentados na data de vencimento, garantindo uma maior previsibilidade na execução da garantia.

Deste modo, a correlação entre o depósito bancário e o penhor da conta bancária é essencial para compreender a eficácia desta garantia, cabendo ao banco, no momento da celebração do contrato de mútuo, avaliar a adequação do regime do depósito bancário às necessidades de salvaguarda do crédito concedido.

4 CATIVAÇÃO DO SALDO DA CONTA BANCÁRIA

O penhor da conta bancária distingue-se das demais garantias reais por apresentar especificidades próprias ao nível do seu regime de funcionamento, sendo a cativação do saldo bancário um dos seus traços mais marcantes. Esta característica particular decorre do facto de a conta bancária representar, sob a forma escritural, um crédito do depositante perante a instituição financeira, assumindo o saldo credor do cliente a natureza de um valor monetário circulante no âmbito do sistema bancário.

A cativação do saldo constitui, assim, um mecanismo essencial ao funcionamento do penhor da conta bancária, garantindo que os montantes afetos à garantia permanecem indisponíveis para o depositante enquanto subsistir a obrigação garantida. Este regime visa assegurar a estabilidade da garantia prestada, impedindo que o devedor, durante a vigência do penhor, reduza ou esgote o saldo da conta bancária, comprometendo, dessa forma, a eficácia da garantia constituída.

O penhor da conta bancária é executado pela cativação do saldo depositado, sendo esta a única forma de garantir que a quantia

necessária ao pagamento do crédito do banco se mantenha disponível para futura compensação. Importa sublinhar que, apesar desta cativação, o credor pignoratício não detém, em princípio, o direito de dispor livremente da quantia empenhada, uma vez que a garantia apenas se torna efetiva em caso de incumprimento da obrigação por parte do devedor (TEIXEIRA, 2012).

Assim, a cativação do saldo não equivale a uma transmissão imediata do montante penhorado para o credor, mas sim à sua afetação preventiva ao cumprimento da obrigação garantida. Esta indisponibilidade do saldo bancário configura, deste modo, um mecanismo de proteção do credor, conferindo-lhe uma posição privilegiada no momento da eventual execução da garantia.

A cativação do saldo opera como um mecanismo preventivo de execução do penhor da conta bancária, assegurando que, no caso de incumprimento do devedor, o banco credor pode prontamente lançar mão do valor cativado para satisfazer o seu crédito. Trata-se, assim, de uma solução que permite minimizar o risco de frustração da garantia, garantindo que o montante empenhado se mantenha disponível para futura execução.

Deste modo, a cativação do saldo desempenha um papel fulcral na eficácia do penhor da conta bancária, permitindo conjugar a necessidade de garantir o cumprimento da obrigação com a inerente natureza escritural e creditícia dos depósitos bancários.

5 EXTINÇÃO DO PENHOR DA CONTA BANCÁRIA

A extinção do penhor da conta bancária obedece, em grande medida, às regras gerais aplicáveis ao regime do penhor, previstas nos artigos 666.º e seguintes do Código Civil. Contudo, apresenta especificidades decorrentes da própria natureza da garantia, nomeadamente o facto de incidir sobre um saldo bancário escritural e operar com a cativação dos montantes depositados.

A extinção desta garantia pode ocorrer por duas vias distintas, consoante a razão subjacente ao seu desaparecimento:

A forma mais natural de extinção do penhor da conta bancária verifica-se quando o devedor cumpre voluntariamente a obrigação principal, extinguindo-se assim o vínculo obrigacional que deu origem à constituição da garantia. Uma vez satisfeito integralmente o crédito do credor, o penhor da conta bancária extingue-se automaticamente, sem necessidade de qualquer procedimento executivo.

Nesta hipótese, o credor perde a faculdade de execução sobre o saldo empenhado, e a conta bancária do devedor deixa de estar sujeita ao regime de cativação que vigorava em virtude da constituição da garantia. Com a extinção da obrigação principal, ocorre a consequente libertação dos montantes cativos, permitindo ao titular da conta bancária recuperar a livre disponibilidade dos correspondentes fundos.

Em contraste, caso o devedor incumpra as suas obrigações, o credor terá necessidade de recorrer à execução do penhor da conta bancária para obter a satisfação do seu crédito.

A execução do penhor deve respeitar as regras gerais previstas para a realização coativa do direito do credor, nomeadamente o disposto no artigo 675.º do Código Civil, na medida do aplicável. Este preceito estabelece que, em caso de incumprimento, o credor penhoratício pode proceder à execução do bem empenhado, devendo observar os princípios da legalidade e da proporcionalidade na concretização do seu direito.

No âmbito do penhor da conta bancária, a execução da garantia opera por meio da compensação dos montantes cativados na conta do devedor, permitindo ao banco credor apropriar-se da quantia necessária para a liquidação da dívida vencida. Assim, o saldo empenhado é debitado da conta do devedor e utilizado diretamente para satisfazer a obrigação incumprida, extinguindo-se, deste modo, o penhor.

Independentemente da causa que determine a extinção do penhor da conta bancária – seja o cumprimento voluntário da obrigação principal ou a execução forçada da garantia –, a cessação desta figura jurídica implica sempre a libertação dos montantes anteriormente sujeitos à cativação, restituindo-se ao titular da conta bancária a plena disponibilidade dos seus fundos, caso subsistam valores remanescentes após a satisfação do crédito do credor penhoratício.

Por fim, deve ainda ter-se presente que a extinção do penhor não afeta eventuais outras garantias que possam ter sido constituídas para assegurar o cumprimento da mesma obrigação, pelo que, nalgumas situações, o credor poderá ainda fazer valer outros meios legais para a recuperação do crédito concedido.

6 EXECUÇÃO DO PENHOR DA CONTA BANCÁRIA

A execução do penhor da conta bancária pressupõe, antes de mais, que a obrigação principal se encontre vencida. Assim, após o vencimento da obrigação garantida, e caso o devedor não cumpra voluntariamente o pagamento da dívida, o credor penhoratício pode lançar mão da sua garantia e proceder à respetiva execução.

Nos termos do artigo 675.º do Código Civil, a regra geral aplicável ao penhor estabelece que, em caso de incumprimento, o credor pode proceder à venda executiva do bem empenhado para obter a satisfação do seu crédito. Contudo, esta solução não se revela aplicável ao penhor da conta bancária, dado que o objeto da garantia não é um bem suscetível de venda, mas sim um saldo monetário, cuja natureza fungível e escritural impede a sua alienação com utilização de processo executivo comum.

Dado que a execução do penhor da conta bancária não pode ocorrer por meio de venda executiva, como previsto para outras formas de penhor, a solução jurídica aplicável reside no apropriaamento do saldo cativado pelo credor penhoratício.

Graças ao mecanismo de cativação do saldo bancário, previamente analisado, o montante depositado na conta objeto do penhor se mantém inalterado desde o momento da constituição do penhor até ao vencimento da obrigação. Assim, quando ocorre o incumprimento, o credor procede à afetação desse saldo à liquidação do crédito garantido, extinguindo-se, deste modo, a obrigação do devedor.

No que respeita ao mecanismo jurídico pelo qual o credor penhoratício faz seu o saldo empenhado, verifica-se alguma divergência doutrinal e jurisprudencial:

- a tese dominante na jurisprudência portuguesa considera que a apropriação do saldo penhorado ocorre pela compensação, nos termos do artigo 847.º do Código Civil. Esta solução implica que o credor compensa o crédito vencido com o montante cativo na conta, extinguindo-se assim a dívida;
- Hugo Ramos Alves (2010, p. 228-229), por outro lado, defende que não se trata propriamente de uma compensação, mas sim de uma mera dedução, na medida em que o banco credor se limita a reter o saldo disponível para satisfazer a dívida, sem necessidade de invocar um mecanismo compensatório formal.

Independentemente da terminologia adotada, verifica-se que o credor penhoratício pode fazer seu o saldo cativado, não existindo qualquer impedimento legal para tal.

Nos termos do artigo 678.º do Código Civil, aplicam-se ao penhor diversas disposições do regime da hipoteca, incluindo a proibição do pacto comissório, prevista no artigo 694.º do Código Civil.

A proibição do pacto comissório visa impedir que o credor penhoratício se aproprie extrajudicialmente do bem empenhado sem

recorrer aos meios legais de execução. O legislador estabelece que as partes podem pactuar um mecanismo extrajudicial de execução, mas não podem convencionar que o credor se torne automaticamente proprietário do bem em caso de incumprimento do devedor.

No caso do penhor da conta bancária, pode-se questionar se o mecanismo de compensação do saldo penhorado é compatível com esta proibição. No entanto, a jurisprudência portuguesa tem entendido, de forma maioritária, que a apropriação do saldo penhorado não configura um pacto comissório, mas sim um mecanismo de compensação imprópria, o que afasta qualquer violação do princípio legal da proibição do pacto comissório.

Em caso de incumprimento da obrigação garantida, o banco credor pode proceder à apropriação do saldo empenhado, na forma da compensação imprópria, um conceito que tem vindo a ser consolidado na doutrina e na jurisprudência.

A compensação imprópria ocorre sempre que uma instituição bancária, no exercício da sua atividade, debita unilateralmente na conta do cliente os valores que lhe são devidos, nos termos das condições previamente contratualizadas. No caso do penhor da conta bancária, esta compensação decorre do facto de existir um saldo previamente cativo, destinado exclusivamente ao pagamento da obrigação garantida.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem que a compensação bancária convencional é perfeitamente válida e compatível com o regime do penhor, desde que tenha sido previamente acordada no contrato celebrado entre as partes. Assim, sempre que exista um contrato de mútuo com a constituição de um penhor sobre o saldo da conta bancária, o banco pode proceder ao débito da conta objeto da garantia, sem que tal configure qualquer violação da proibição do pacto comissório.

A execução do penhor da conta bancária distingue-se das demais modalidades de penhor, dado que não implica a venda do

bem empenhado, mas sim a apropriação direta do saldo penhorado pelo credor. Esta particularidade decorre da natureza do objeto da garantia – um saldo escritural – e do mecanismo de cativação do saldo bancário, que impede o depositante de movimentar os valores afetos à garantia.

O procedimento de execução respeita os princípios legais aplicáveis, designadamente:

- a compensação imprópria como mecanismo de realização do crédito do credor penhoratício;
- a compatibilidade com a proibição do pacto comissório, dado que o banco credor não se apropria ilicitamente do saldo, mas apenas afeta valores cativos à satisfação de um crédito vencido, nos termos contratualmente estipulados;
- o respeito pelas normas gerais do penhor, na medida do aplicável, e a consagração jurisprudencial da compensação bancária como meio legítimo de execução da garantia.

Deste modo, a execução do penhor da conta bancária constitui um mecanismo eficaz e legalmente sustentado para a recuperação de créditos bancários, assegurando a proteção do credor sem violar os direitos do devedor ou os princípios fundamentais do regime das garantias reais.

7 CONCLUSÕES

O penhor da conta bancária configura uma modalidade especial de garantia real, resultante essencialmente da prática bancária e consolidada no ordenamento jurídico com fundamento no princípio da liberdade contratual. Apesar de não dispor de uma regulamentação específica no Código Civil, esta figura jurídica tem assumido uma relevância crescente na salvaguarda dos créditos bancários, permitindo que determinados montantes depositados

numa conta bancária sejam afetos ao cumprimento de uma obrigação financeira previamente assumida pelo devedor.

Distinguindo-se do penhor clássico, que recai sobre bens corpóreos ou a eles assimiláveis, o penhor da conta bancária incide sobre um saldo monetário escritural, o que lhe confere uma natureza peculiar no âmbito das garantias reais. O seu funcionamento assenta na cativação do saldo da conta bancária, impedindo o devedor de movimentar os montantes depositados enquanto subsistir a obrigação garantida. Esta imobilização da quantia empenhada representa uma das suas características fundamentais, uma vez que permite assegurar ao credor uma posição de vantagem relativamente a outros credores, garantindo um mecanismo eficaz de satisfação do crédito concedido.

O empréstimo bancário e o depósito bancário desempenham um papel crucial no funcionamento desta garantia, pois a constituição do penhor pressupõe necessariamente a existência de valores depositados na conta do devedor. A qualificação jurídica do depósito bancário tem sido objeto de ampla discussão doutrinal e jurisprudencial, sendo analisada à luz de diferentes perspetivas: enquanto alguns autores defendem que o depósito bancário constitui um depósito irregular, outros sustentam que assume a natureza de um contrato de mútuo, havendo ainda uma corrente que considera tratar-se de um contrato *sui generis*. Esta divergência tem implicações diretas na qualificação do penhor da conta bancária, particularmente no que concerne à sua exequibilidade e compatibilidade com os princípios fundamentais do direito das garantias.

A cativação do saldo bancário opera, assim, como um mecanismo preventivo de execução do penhor, permitindo que, em caso de incumprimento do devedor, o credor possa lançar mão da garantia sem necessidade de recorrer à venda executiva do bem empenhado. Dada a natureza fungível do dinheiro, a execução do penhor da conta bancária não se realiza pela alienação do saldo empenhado, mas sim pela sua apropriação direta pelo credor, que pode proceder ao seu débito na conta do devedor para satisfazer o crédito garantido.

No que concerne à extinção do penhor da conta bancária, esta pode ocorrer por duas vias distintas: por um lado, verifica-se a sua extinção sempre que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação garantida, deixando o credor de ter qualquer direito sobre os montantes cativados. Por outro lado, caso ocorra o incumprimento da obrigação principal, a extinção do penhor concretiza-se na forma da execução da garantia, permitindo ao credor satisfazer o seu crédito mediante a compensação dos valores cativados.

A execução do penhor da conta bancária levanta, no entanto, algumas questões jurídicas, nomeadamente no que respeita à proibição do pacto comissório, prevista no artigo 694.º do Código Civil. Esta norma impede que o credor possa apropriar-se automaticamente da coisa empenhada em caso de incumprimento, exigindo-se que a sua adjudicação ocorra mediante intervenção judicial ou pelo uso de um mecanismo previamente acordado de execução extrajudicial. No entanto, a doutrina e a jurisprudência maioritárias têm entendido que a execução do penhor da conta bancária não viola esta proibição, dado que a apropriação do saldo empenhado ocorre por meio de uma compensação imprópria e não por via de um pacto comissório ilícito.

A compensação imprópria constitui, assim, o principal meio de realização do crédito do credor penhoratício, permitindo que, em caso de incumprimento, o banco credor possa debitar os valores cativos na conta do devedor e utilizá-los para liquidar a obrigação vencida. Esta solução tem sido amplamente aceite nos Tribunais portugueses, sendo considerada compatível com o regime das garantias reais e com os princípios fundamentais do Direito bancário.

Desta forma, o penhor da conta bancária revela-se uma garantia altamente eficaz, que assegura ao credor um mecanismo célere e seguro de recuperação do seu crédito, minimizando o risco de incumprimento e reduzindo a necessidade de recorrer a procedimentos executivos morosos e onerosos. A sua aplicabilidade depende, contudo, da correta articulação entre as disposições gerais do penhor, as normas específicas do Direito bancário e os princípios fundamentais do direito das garantias.

Em conclusão, o penhor da conta bancária assume um papel preponderante no contexto das garantias reais bancárias, permitindo que os bancos possam assegurar o pagamento dos créditos concedidos de forma eficiente e juridicamente sustentável. A sua eficácia resulta, em grande medida, do mecanismo de cativação do saldo bancário e da compensação imprópria, que garantem que os montantes garantidos pelo penhor se mantêm disponíveis para o credor sem necessidade de recorrer a processos executivos convencionais. Apesar das questões jurídicas que podem surgir, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a sua validade e compatibilidade com o ordenamento jurídico, consolidando a sua posição como uma das garantias mais seguras e amplamente utilizadas no sistema financeiro atual.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hugo Ramos. **Do penhor**. Coimbra: Almedina, 2010.

ANTUNES, José Engrácia. Os contratos bancários. (Separata de): DUARTE, Rui Pinto; ALMEIDA, Marta Tavares de; CRISTAS, Assunção; FREITAS, José Lebre de (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida**. v. II. Coimbra: Almedina, 2011. p. 71-155.

BARATA, Carlos Lacerda. Contrato de depósito bancário. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: direito bancário**. v. II. Coimbra: Almedina, 2002.

CAMANHO, Paula Ponces. **Do contrato de depósito bancário: natureza jurídica e alguns problemas de regime**. Coimbra: Almedina, 1998.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito bancário**. 6.^a ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2017.

FERREIRA, Bruno. **Contratos de crédito bancário e exigibilidade antecipada**. Coimbra: Almedina, 2011.

SALA, Ana Rita Bernardo da Rosa Pereira. A natureza jurídica do penhor de conta bancária. Dissertação (Mestrado em Direito Privado)– Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, Porto, 2018.

TEIXEIRA, Flávia Daniela Vaz. Penhor de direitos em garantia de créditos bancários. Dissertação (Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa)– Universidade do Minho. 2012. 77 folhas. Minho, Universidade do Minho, 2012.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das garantias**. Coimbra: Almedina, 2010.

Recebido em: 25-5-2025

Aprovado em: 14-6-2025

EL LINGÜISTA FORENSE: CONCEPTO, PERFIL Y APORTACIÓN PROCESAL DE ESTE PERITO^{1y2}

Cristina Carretero González³

RESUMEN

Esta investigación trata, desde la óptica del Derecho, la figura y el trabajo, en los procesos judiciales, del lingüista forense, un desconocido para la mayoría de los juristas, tal y como se deduce del escaso tratamiento existente en textos jurídicos generales y especializados. Se parte de la exposición de conceptos, igualmente poco o nada frecuentados por la literatura jurídica, que nacen en la lingüística forense y que resultan necesarios para entender sus tareas y diversas aportaciones a los procesos. Por ello, tras una breve presentación conceptual, se exponen las áreas de trabajo del lingüista forense y la necesidad de una formación específica. Finaliza el artículo con el recorrido por las posibles actuaciones que puede realizar este perito a lo largo del proceso civil español, al resultar este proceso subsidiario del resto de jurisdicciones. Para tratar estos aspectos, se ha revisado la literatura científica de esta especialidad y

¹ **Como citar este artículo científico.** CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina. El lingüista forense: concepto, perfil y aportación procesal de este perito. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 87-142, maio-ago. 2025.

² A Revista Amagis Jurídica agradece à “Revista del Estudios Jurídicos y Criminológicos, de la Universidad de Cádiz, España” (v. 9, p. 97-140, 2024), parceira espanhola, pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil. / La Revista Amagis Jurídica agradece a “Revista del Estudios Jurídicos y Criminológicos”, de la Universidad de Cádiz, España (v. 9, p. 97-140, 2024), socio español, por facilitar este artículo científico para su publicación en Brasil.

³ Doctora en Derecho. Profesora Agregada de Derecho Procesal. Universidad Pontificia Comillas (España). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0903-3864>. Correo electrónico: ccarretero@comillas.edu

diversos supuestos prácticos en los que el trabajo de este experto ha resultado decisivo para esclarecer los hechos en distintos procesos. La última conclusión extraíble es que el trabajo del perito lingüista forense, pese a ser desconocido, puede constituir una prueba muy adecuada y provechosa en su ámbito de especialización.

Palabras clave: lingüista forense, prueba pericial, proceso

THE FORENSIC LINGUIST: CONCEPT, PROFILE AND PROCEDURAL CONTRIBUTION OF THIS EXPERT

ABSTRACT

This research deals, from a legal perspective, with the figure and work of the forensic linguist in judicial proceedings, an unknown for most jurists, as can be deduced from the scarce treatment existing in general and specialized legal texts. It is based on the exposition of concepts, that are equally little or not at all frequented by the legal literature, which are born in forensic linguistics, and which are necessary to understand their tasks and diverse contributions to the processes. Therefore, after a brief conceptual approach, the areas of work of the forensic linguist and the need for specific training are presented. The article ends with a review of the possible actions that this expert can carry out throughout the Spanish civil process, as this process is subsidiary to the rest of the jurisdictions. To deal with these aspects, the scientific literature of this specialty has been reviewed, as well as several practical cases in which the work of this expert has been decisive in clarifying the facts in different proceedings. The last conclusion to be reached is that the expertise of the forensic linguist, although unknown, can constitute very adequate and useful evidence in his or her specific area of expertise.

Keywords: forensic linguist, expert evidence, process

SUMARIO: 1. Introducción. I.1 Origen de esta investigación. I.2 Objetivos. I.3 Metodología. I.4 Estructura de los contenidos. 2 La denominación de “lingüista forense”: de términos –no del todo claros– y de orígenes. II.1 Lingüista. II.2 Forense. II.3 Pragmalingüística. II.4 Lingüista y lingüística forense. 3. El amplio ámbito de aplicación de la lingüística forense. III.1 Áreas de trabajo del lingüista forense. III.2 Compendio de las ramas comprendidas en la lingüística forense. III.3 Breve muestra de la aplicación práctica de la lingüística forense en diversos supuestos ilustrativos. 4 El

lingüista forense como experto y su formación específica. 5 El lingüista forense en el proceso (en especial, en el civil). V.1 La elección del perito. V.2 El procedimiento de solicitud del dictamen pericial. V.3 La aportación y admisión del dictamen. V.4 La comparecencia del perito en la vista oral y la valoración del dictamen. 6 Conclusiones. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Esta introducción consta de cuatro partes relativas al origen de esta investigación, los objetivos, la metodología y la estructura del contenido.

1.1 ORIGEN DE ESTA INVESTIGACIÓN

Hace pocos años, leyendo acerca de las pruebas presentadas en un proceso, descubrimos la existencia del perito lingüista forense. Constituyó una sorpresa dado que en la literatura jurídica que habíamos manejado hasta ese momento, proveniente de manuales de Derecho, artículos de investigación y de jurisprudencia, no habíamos leído nada acerca de este perito y de su campo de acción. Esto nos llevó, en primer lugar, a realizar una revisión bibliográfica de la producción jurídica sobre el tema y, en efecto, resultó mínimo el tratamiento en comparación con el desarrollado desde la lingüística, pese a ser relativamente novedoso también en este campo. En segundo lugar, en diversas reuniones con juristas, fundamentalmente con abogados, preguntamos, llana e informalmente, si conocían la existencia del perito lingüista forense y la respuesta fue, de nuevo, negativa o errada⁴.

Estas consideraciones nos llevaron a concluir que, por una parte, se trata una figura escasamente conocida en el ámbito jurídico

⁴ Queralt Estévez (2020) ha puesto de manifiesto el grado de desconocimiento que puede llegar a tener del trabajo del lingüista forense. Esta autora, lingüista forense, explica algunas de las solicitudes recibidas con el fin de analizar cuestiones tan alejadas de su trabajo tales como evaluaciones físicas de lesiones, test de embarazo o análisis de espermatozoides.

y, por otra, que la mayor parte de los estudios hallados, como se apreciará a lo largo de estas páginas, provienen de la lingüística por parte de un buen número de autores, tales como –y entre otros–, Coulthard, Johnson y Wright (2017); Fradejas Rueda (2016, p. 193-220); Garayzábal Heinze, Queralt Estévez y Reigosa Riveiros (2012); Garayzábal Heinze; Jiménez Bernal y Reigosa Riveiros (2019); McMenamin (2017); Oyanedel Fernández y Samaniego Aldazábal (2001, p. 251-261); Queralt Estévez (2020a, p. 253); Queralt Estévez (2020b, p. 212-237); Queralt Estévez y Giménez García (2023, p. 175-182); Queralt Estévez y Giménez García (2019, p. 105); Ramírez Salado (2017, p. 525-539); Ramírez Salado (2023, p. 17-31); Santana Lario y Falces Sierra (2002, p. 267-281); Solan y Tiersma (2005, p. 264); Turell Juliá (2005, p. 320); Valero Garcés (2018, p. 175); o Viñals Carrera y Puente Balsells (2006, p. 624), por citar una muestra. En septiembre de 2023, la revista *Del Español. Revista de Lengua*, ha publicado un primer número, monográfico, y dedicado, precisamente, a la Lingüística forense.

Una consecuencia lógica es que la terminología y el enfoque utilizados en la mayor parte de las investigaciones resultan coherentes con las necesidades que pueden albergar los lingüistas para trabajar e investigar en este campo, pero no tanto para los juristas. Por añadidura, estamos de acuerdo con Garayzábal Heinze, Jiménez Bernal y Reigosa Riveiros cuando afirman que, por un lado, la propia disciplina denominada Lingüística Forense es de reciente estudio en España, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito anglosajón –donde actualmente, se la considera como una nueva aplicación de la Lingüística–, y, por otra lado, aunque los lingüistas forenses trabajen con métodos científicos, los juristas recelarían de ellos, probablemente, porque la metodología empleada en cada caso no sería tan dogmática como pueden darse en otras ciencias (GARAYZÁBAL HEINZE; JIMÉNEZ BERNAL; REIGOSA RIVEIROS, 2014, p. 29-31). Con estas premisas, tiene sentido que se produzca el desconocimiento del lingüista forense en el mundo jurídico.

I.2 OBJETIVOS

Dado el tratamiento fundamentalmente lingüístico ofrecido en la literatura científica, y tan escaso desde el mundo del Derecho, el objetivo general consiste en ofrecer una panorámica del trabajo del lingüista forense desde la óptica del jurista, que pueda resultar útil a la ciencia jurídica, en general, y al trabajo de jurista que, en particular, desee conocer y, en su caso, aprovechar y valerse del saber del perito lingüista forense.

Los objetivos concretos son diversos. En primer lugar, abordar determinados conceptos, poco familiares para los juristas, y las áreas de trabajo en esta especialidad pericial. Así, debemos adentrarnos en la propia denominación del lingüista forense, que puede resultar confusa por la combinación de ambos términos y que induce a errores interpretativos sobre el trabajo de este experto. Tras dejar sentadas las bases conceptuales, pretendemos adentrarnos en las tareas que estos profesionales realizan. Para ello, debemos analizar y seleccionar, de entre las numerosas referencias existentes desde la lingüística forense, las áreas de trabajo y ramas que comprende la lingüística forense en las que el lingüista forense se especializa y cuyo saber se volcará en los dictámenes que lleguen a los procesos judiciales. Además, se pretende contemplar su trabajo con una breve exposición de casos en los que la labor del lingüista forense haya resultado determinante en la prueba de los hechos. En segundo lugar, procuramos determinar el perfil profesional del lingüista forense y comprobar las posibilidades formativas existentes en nuestro país, para comprobar si la oferta es suficiente y completa o no lo es. Por último, pretendemos exponer cómo sería el paso del lingüista forense por un proceso civil, para mostrar las distintas intervenciones que habría de realizar en su trabajo pericial.

I.3 METODOLOGÍA

Esta ha consistido en revisar y seleccionar la literatura científica, proveniente fundamentalmente de la lingüística,

precisamente, dada la escasez de literatura jurídica al respecto. Se han consultado diversos diccionarios ya que los términos empleados en lingüística son técnicos y, lógicamente, poco o nada familiares para juristas. Se han examinado las páginas web de instituciones y de asociaciones muy relevantes en este campo, entre las que destacan las de la *American Association for Applied Linguistics* (AAAL)⁵; Asociación de Lingüística Forense Argentina (ALFA)⁶; la *Germanic Society for Forensic Linguistics* (GSFL)⁷; la *International Association of Forensic and Legal Linguistics* (IAFL)⁸ o la *The International Association for Forensic Phonetics and Acoustics* (IAFPA)⁹. Se han revisado casos judiciales concretos publicados por

⁵ Asociación Americana de Lingüística Aplicada (AAAL). Según su página web, se trata de una organización profesional de académicos que se interesan y contribuyen activamente al campo multidisciplinar de la lingüística aplicada. Los miembros de la AAAL promueven enfoques basados en principios sobre cuestiones relacionadas con las lenguas y, entre otras, el análisis del discurso las lenguas para fines especiales. Disponible en: <<https://www.aaal.org/>>. Consultado el 16-7-2023.

⁶ Asociación de Lingüística Forense Argentina (ALFA). Esta asociación se creó en 2016 con el fin de agrupar y convocar a lingüistas interesados en el derecho como rama de especialidad y a investigadores con intereses afines para el desarrollo de este campo de estudio en el país. Disponible en: <<http://www.linguisticaforense.com>>. Consultado el 16-7-2023.

⁷ Sociedad Germánica de Lingüística Forense (GSFL). Se trata de un equipo internacional formado por científicos sociales, profesionales y estudiantes que se dedican a promover el trabajo cooperativo dentro del campo de la lingüística forense para la mejora de la sociedad. con este fin, la GSFL celebra una mesa redonda anual en la que los profesionales que trabajan tanto dentro como fuera del ámbito académico pueden compartir su trabajo con los demás, en un entorno de apoyo colegiado. <<https://germanicsocietyforensiclinguistics.org>>. Consultado el 1.º-8-2023.

⁸ Association of Forensic and Legal Linguistics (IAFL). Es una organización formada mayoritariamente por lingüistas que trabajan en el ámbito del derecho. Según su página web, en sentido estricto, se trata de pruebas lingüísticas en los tribunales (atribución de autoría, confesiones controvertidas, etc.), pero la asociación también pretende reunir a quienes trabajan en todos los aspectos de la lengua y el derecho (lenguaje jurídico, lengua en el proceso judicial y lengua como prueba). <<https://iafl.org>>. Consultado el 7-7-2023.

⁹ The International Association for Forensic Phonetics and Acoustics (IAFPA). Se trata de una asociación profesional de científicos e investigadores forenses que analizan voces, discursos y grabaciones de audio. El objetivo de la asociación es fomentar la investigación y proporcionar un foro para el intercambio de ideas e información sobre la práctica, el desarrollo y la investigación en fonética y acústica forense, y establecer y hacer cumplir las normas de conducta profesional y procedimiento para los que participan en el trabajo de fonética y acústica forense. <<http://www.iafpa.net>>. Consultado el 16-7-2023.

diversos medios comunicación y que ilustran las diferentes áreas que manejan. Por último, se ha recurrido a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) en el último apartado de este trabajo para tratar la aplicación de la pericial lingüística forense en un proceso civil.

I.4 ESTRUCTURA DE LOS CONTENIDOS

Tras esta parte introductoria, que constituye el primer apartado, el segundo expone los conceptos básicos y necesarios para que el jurista pueda comprender tanto la figura del lingüista forense como el origen del uso de esta especialidad en los procesos. En el tercer apartado se estudian los campos de aplicación de la lingüística forense en los que el lingüista despliega su saber. Para ello, se realiza una labor de síntesis de las áreas en las que trabaja nuestro experto, de las ramas que comprende la lingüística forense y finalizamos con una muestra de la aplicación de la lingüística forense en la práctica real. En el cuarto apartado, se examina la formación del lingüista forense en nuestro país y se aboga por la necesidad de que esta formación resulte más rigurosa y verdaderamente especializada. El apartado quinto se refiere al tránsito del lingüista forense por las distintas fases del proceso civil. Finalmente, se exponen las conclusiones y la bibliografía. Al respecto de la bibliografía, puede resultar algo amplia, pero hemos preferido dejarla reflejada en esta extensión debido, precisamente, a la escasez de tratamiento desde el punto de vista jurídico, pero amplio en el campo lingüístico. Por ello, podría servir de guía a diversos tipos de profesionales si, llegado el momento, se desea profundizar en cualquiera de los aspectos tratados, como conceptos, perfil o en las muy diversas tareas del perito lingüista forense.

2 LA DENOMINACIÓN DE “LINGÜISTA FORENSE”: DE TÉRMINOS –NO DEL TODO CLAROS– Y DE ORÍGENES

Como se indicaba anteriormente, sin otro ánimo que el de corroborar una primera impresión, al preguntar a diversos juristas si conocían la figura del “lingüista forense”, lo primero que se nos ha comentado es que desconocían, por lo general, su existencia y, menos aún, el perfil profesional del mismo o sus áreas de especialidad. Por cuestión metodológica y por esta percepción personal, hemos considerado adecuado que se inicie este trabajo con la delimitación de los conceptos: “forense”, “lingüista” y “pragmalingüística”, en primer lugar, para llegar, posteriormente, a la formación de la composición de palabras “lingüista forense”. Desde que escuchamos estos términos por primera vez, pensamos que esta combinación de palabras, lingüista y forense no parece ofrecer una idea muy obvia de la labor que subyace. El problema procede de la existencia del adjetivo forense cuando acompaña al sustantivo lingüista, término que también delimitamos aquí.

II.1 LINGÜISTA

Según el Diccionario de Moliner (2006, p. 194), lingüista es: “n. Persona que se dedica a la lingüística”. Esta definición nos lleva al concepto de “lingüística”, que, según el mismo diccionario es: “f. Estudio del lenguaje articulado en general: ‘Lingüística comparada [general, aplicada]’”.

Aunque es previsible que, para los juristas, un lingüista y un filólogo sean exactamente el mismo profesional, porque la lingüística y la filología puedan resultarnos términos sinónimos, para los lingüistas sí existan diferencias¹⁰.

¹⁰ En todo caso, en Moliner (2006, p. 1.305), después de indicarse que el filólogo es “especialista en filología” y que esta es la “ciencia que estudia las lenguas y las obras literarias producidas en ellas desde un punto de vista erudito”, existe una nota de uso en que se explica que “la delimitación del campo entre la filología y la lingüística no es clara. Desde luego, no es aplicable el término “filología” al estudio general del lenguaje articulado, que es objeto específico de la lingüística, y menos al aprendizaje

II.2 FORENSE

El Diccionario de Moliner (2008, p. 174) indica que forense es: “1. adj. Del foro, o sea, relacionado con los tribunales o la administración de justicia. 2. n. médico forense. 3. adj. De [o del] médico forense”. Además, existen otras referencias interesantes en diversos diccionarios, que completan y contribuyen a comprender este término¹¹.

De la lectura de estos significados, hoy en día, parece complicado que, fuera de determinados ámbitos muy concretos, se asocie la palabra forense a los tribunales para profesiones distintas a la del médico, razón por la que entendemos que se produzcan malentendidos y cierta confusión con sus tareas.

Posiblemente, la dificultad de la asociación de la palabra *foro* con su significado radica en el propio origen de la palabra, procedente del Derecho Romano, y el modo de administrarse allí la justicia, ya que se refiere al lugar en el que se producían las actuaciones ante los magistrados y jueces (según FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2017, p. 83). Por ello, puede resultar oscuro el adjetivo forense unido a la palabra lingüista, para un ciudadano ajeno a este conocimiento del origen de dicha palabra y, lógicamente, resulta complicado que imagine su relación con las pruebas periciales.

II.3 PRAGMALINGÜÍSTICA

Otro concepto de frecuente aparición en la temática que se aborda es el de “pragmalingüística” como la disciplina que estudia la

de idiomas, hola que puede ser también designado con este último nombre. En cuanto al estudio de las lenguas y los textos, proponen algunos tratadistas reservar “filología” para el estudio de un idioma de los textos; “lingüística” para el estudio del idioma con independencia de los textos, aunque estos se utilicen como medios”.

¹¹ Así, el Diccionario de la lengua española (DLE) expresa lo siguiente con relación al término forense en sus dos entradas: primera: “forense (1). Del lat. *forensis*. 1. adj. perteneciente o relativo al foro. 2. adj. Desus. público y manifiesto. 3. m. y f. médico forense. medicatura forense; y segunda: forense (2). Del lat. *foras* ‘fuera’. adj. p. us. forastero”. por su parte, el Diccionario panhispánico del español jurídico indica únicamente lo siguiente: “forense: gral. relativo a los tribunales o a los abogados”.

expresión del discurso en su contexto y de forma completa¹².

De la pragmalingüística, nos interesa, en especial, el hecho de que esta tenga como objetivo el análisis textual más allá de la literalidad de los discursos a través del contexto en el que se producen estos. Este es el modo en el que el mensaje cobra verdadero sentido de forma conjunta y, además, el trabajo del lingüista forense se despliega en los procesos para hallar y descubrir matices y posibles respuestas derivadas de la aplicación práctica de su ciencia. De hecho, como manifiestan Benedetti y Queralt Estévez (2023, p. 143, con referencias a Gibbons y a Turell Juliá) el contexto desempeña un papel esencial ya que cualquier frase hablada o escrita tendrá un determinado significado. Por ello, cualquier aspecto contextual puede resultar determinante para conocer el significado de una frase escrita o hablada.

II.4 LINGÜISTA Y LINGÜÍSTICA FORENSE

Tras lo expuesto y en un primer acercamiento a esta figura, se puede afirmar que el lingüista forense aporta un conocimiento lingüístico especializado en el ámbito del derecho, en general, y en el de los tribunales, en particular.

En todo caso, como ya apuntamos previamente, parece que el tándem constituido por las palabras lingüista –si personalizamos–, o

¹² Para Viñals Carrera y Puente Basells (2006, p. 508), dentro de la Lingüística Forense, sería: “Rama de la semiótica que busca en el discurso más de lo que expresa su significado literal, los significados profundos que encierra, informaciones que no se explicitan directamente (presuposiciones) intencionalidades que se manifiestan en un análisis crítico del texto mediante la competencia pragmática. Esta no interpreta el mensaje en sí –al pie de la letra– sino en el contexto comunicativo específico que se articula en torno a varios ejes: -situación: coordenadas-espacio temporales que determinan el tipo de registro empleado, formal o coloquial; -canal o modo comunicativo oral o escrito; -referente: aquello que se desea transmitir y con qué propósito: objetivo (función referencial), emotivo (función expresiva), apelativo (función conativa), constancia comunicativa (función fática), estilístico (función poética), explicativo (función metalingüística), etc.”.

A su vez, la semiología –por la mención realizada a la semiótica– se refiere al estudio de los signos en la vida social, según el DLE en su segunda acepción.

lingüística –si nos referimos a la disciplina–, y forense no deriva de una asociación lógica a primera vista.

Turell Juliá (2005, p. 13), una de las grandes autoridades y pionera de este campo en España, define, a grandes rasgos, la lingüística forense como la “interfaz entre Lengua y Derecho”. De modo particular, supondría, apelando a su función, “la utilización de pruebas lingüísticas en los juicios y por tanto a la actuación de los lingüistas en contextos jurídicos y judiciales”.

Por su parte, el sujeto ejerciente de esta ciencia, el lingüista forense, sería “aquel lingüista que aplica sus conocimientos y los pone al servicio de un propósito forense” (definición de Shuy, en GARAYZÁBAL HEINZE; JIMÉNEZ BERNAL; REIGOSA RIVEIROS, 2014, p. 33.).

En la búsqueda del origen de la aparición conjunta de los términos lingüística y forense, este se documenta en 1968 (FRADEJAS RUEDA, 2016, p. 194). Concretamente, en el análisis que el lingüista sueco Svartvik (1968) realizó sobre las confesiones de Timothy John Evans –un ciudadano británico que fue sentenciado a muerte por el supuesto asesinato de su esposa embarazada– al declarar, en 1949, ante la policía. Ahondando en el mismo caso –que tuvo gran repercusión y calado entre la sociedad británica por el drama que supuso– Ramírez Salado (2017, p. 529-530) relata cómo, después de que Evans confesara el asesinato, se estudiaron cuatro declaraciones suyas. En dos de ellas, Evans se confesaba culpable de los hechos y en otras dos, inocente; además, acusó a John Reginald Halliday Christie, un vecino del matrimonio, como culpable del asesinato. No obstante, Evans fue condenado a muerte y ejecutado el 9 de marzo de 1950. Tres años más tarde, se hallaron seis cuerpos en la vivienda de John R. H. Christie. Posteriormente, se otorgaría a Evans el perdón póstumo, quedando libre de la acusación de asesinato por el que se fue condenado y ejecutado.

Pues bien, Svartvik había realizado un análisis lingüístico de las cuatro declaraciones de Evans, dado que dos de ellas contradecían

a las otras dos. En el análisis aparece recogida, por primera vez, la expresión *forensic linguistics*, entendida como la disciplina encargada del estudio lingüístico de pruebas en una investigación judicial (RAMÍREZ SALADO, 2017, p. 529-530), es decir, el lenguaje usado como prueba (o como evidencia¹³). Svartvik precisó, a juicio de Ramírez, que, aunque no se podía alcanzar ninguna conclusión sólida, el estudio corroboraba la versión de inocencia de Evans. Esto era debido a que las características lingüísticas de determinados fragmentos resultaban claramente distintas de las del resto de declaraciones. Así, se podía observar que, justamente, los fragmentos inculpatórios no eran propios del estilo gramatical de Timothy Evans.

Por tanto, con este caso, por primera vez y de forma clara, se aportaron datos a una investigación criminal que supuso un antes y un después a una nueva actividad probatoria y, en consecuencia, al conocimiento inicial del lingüista forense.

Posteriormente, uno de los casos más paradigmáticos y difundidos por los medios fue el referido al ciudadano Theodore Kaczynski (véase CARRETERO GONZÁLEZ, 2022, p. 47-51). En este supuesto, denominado “UNABOM”¹⁴ y más conocido popularmente como el caso de “Unabomber”, el FBI destinó abundantes recursos personales y materiales con el fin de determinar la identidad del autor de la explosión de las bombas atribuidas a este sujeto.

Según el Federal Bureau of Investigation (FBI), en 1995, el denominado “Unabomber” envió lo que denominó “manifiesto” a diversos medios de comunicación. Consistía en un escrito de 35.000

¹³ Resulta muy frecuente que, en los textos escritos por personas legas en derecho, se utilice el término “evidencia” para referirse a las pruebas (o a las diligencias de investigación, según el caso), debido a la traducción, prácticamente literal del término inglés “evidence”.

¹⁴ Esta denominación recogía, en clave, las palabras: “universidades (UN)” y “aerolíneas (A)”, ya que estas eran objetivos y recibieron las bombas “(BOM)” enviadas por quien, tras años de investigación se pudo identificar como Theodore Kaczynski, según la página del FBI: <<https://www.fbi.gov/history/famous-cases/unabomber>>. Consultado el 7-11-2023.

palabras titulado “*La sociedad industrial y su futuro*”. En este texto, y bajo el pseudónimo de “FC”¹⁵, el autor expresaba sus motivos y exponía su visión acerca de los males de la sociedad moderna (The Washington Post y FBI). A raíz de la publicación del escrito en el periódico *The Washington Post*, fueron miles las personas que apuntaron a posibles sospechosos, aunque quien resultó definitivo, fue David Kaczynski al referirse a su hermano Ted. Para el FBI, algo que resultó decisivo para descubrir al sospechoso fueron las cartas y documentos escritos por este y aportados por su hermano. Con ello, el FBI realizó un análisis lingüístico comparado, en el que cada palabra fue examinada, y se concluyó que el autor del manifiesto era, con casi toda probabilidad, el mismo que había escrito las cartas y documentos proporcionados por David Kaczynski¹⁶.

En España, se apunta como nacimiento de la lingüística forense el año 1987, con la creación del laboratorio de acústica forense de la Policía Científica (ESCRIBANO MARTÍN, 2022) y el desarrollo a partir de los años 90 (RAMÍREZ SALADO, 2017, p. 19).

3 EL AMPLIO ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LINGÜÍSTICA FORENSE

Después de tratar los conceptos e inicios de la lingüística forense, se presentan, a continuación, los diversos ámbitos en los que el perito que pueda intervenir en un proceso, lo haga en atención

¹⁵ Se trataba de las iniciales de las palabras: *Freedom Club* (<https://www.smithsonianmag.com/smithsonian-institution/unabomber-arrested-longest-manhunt-fbi-history-over-180968744/>).

¹⁶ No en vano la frase: “no two people write alike” (no hay dos personas que escriban igual), se halla recogida en la página web del FBI y con estas palabras comienza un artículo titulado: “The words of a killer. how the unabomber’s writings helped lead investigators to his door 25 years ago” (Las palabras de un asesino. Cómo los escritos de unabomber ayudaron a los investigadores a llegar a su puerta hace 25 años). Página web del Federal Bureau of Investigation (FBI): <https://www.fbi.gov/news/stories/the-words-of-a-killer-the-unabomber-case-25-years-later> y página web del FBI: <https://www.fbi.gov/news/stories/the-words-of-a-killer-the-unabomber-case-25-years-later-04022>. Consultado el 8-11-2023.

a la especialidad necesaria en cada caso y dentro del amplio campo existente.

III.1 ÁREAS DE TRABAJO DEL LINGÜISTA FORENSE

La *International Association of Forensic and Legal Linguistics* (IAFL) considera la existencia de las siguientes cuatro áreas de trabajo de la “Lingüística Forense”: lengua y derecho; la lengua en el proceso judicial; el lenguaje como prueba; y la investigación/enseñanza. De las cuatro, nos interesa, en especial, la relativa al lenguaje como prueba, que comprende estos contenidos: análisis y atribución de la autoría; plagio; identificación de hablantes y comparación de voces; compilación de corpus (declaraciones, confesiones, notas de suicidio); identificación computacional de autores o elaboración de perfiles; advertencias sobre productos de consumo; el lenguaje como prueba en casos civiles (marcas, conflictos contractuales, difamación, responsabilidad por productos, prácticas comerciales engañosas, infracción de derechos de autor); dialectología y sociolingüística; semántica; pragmática y análisis de actos del habla¹⁷.

¹⁷ En <https://iafl.org/> el resto de las áreas expuestas se refieren a los temas que siguen:

- Lengua y derecho: legislación; comprensibilidad de los documentos jurídicos; análisis e interpretación de los textos jurídicos; géneros jurídicos; historia del lenguaje jurídico; discurso jurídico; cuestiones multilingües en contextos jurídicos; análisis del discurso de los recursos jurídicos; lengua y desigualdades ante la ley; minorías lingüísticas y sistema jurídico; derechos lingüísticos; poder y derecho; cuestiones interculturales y mediación en contextos jurídicos.
- La lengua en el proceso judicial: entrevistas con testigos vulnerables; retos comunicativos de los testigos vulnerables; entrevistas policiales; entrevistas de investigación; pruebas lingüísticas de los solicitantes de asilo; salas de audiencia bilingües y cuestiones relacionadas con la segunda lengua; interpretación en las salas de audiencia; interacción en las salas de audiencia; traducción en las salas de audiencia; lenguaje policial; lenguaje penitenciario; lenguaje dirigido al juez y al jurado en las salas de audiencia de derecho común y civil (nuestra nota: se refiere al *common law* y al *civil law*).
- Investigación/enseñanza.
- Práctica y ética del testimonio de expertos; presentación de pruebas lingüísticas; lingüistas como testigos expertos; enseñanza/prueba de la lingüística forense/lengua y derecho; educación lingüística para profesionales del derecho.

Como se puede apreciar, parece tratarse de una lista abierta, con más lógica que una cerrada, ya que la realidad va creando nuevas materias sobre las que el perito tendrá que formarse y trabajar para informar y aportar su saber en juicio. Por otra parte, creemos que cuando esta asociación expresa como materia de trabajo la del “lenguaje como prueba en casos civiles”, este enunciado podría modificarse por el de: “el lenguaje como prueba en los procesos”, porque, realmente comprendería los procesos de cualquier jurisdicción y resultaría más completo. Por nuestra parte, invitamos a considerarlo de este modo.

Por tanto, ya observamos que los posibles cometidos del lingüista forense presentan una gran amplitud y pueden abarcar numerosos ámbitos de trabajo, desde la enseñanza hasta el lenguaje utilizado en fase policial o en fase penitenciaria, y ya sea, por ejemplo, para la detección de un plagio, ante la posible ambigüedad del discurso forense, en el análisis de la letra de un contrato o en la determinación del origen de un hablante¹⁸.

Por otra parte, expertos en este campo, como Coulthard, Johnson y Wright (2017, p. 237), han clasificado a lo largo de una interesante monografía, las áreas de trabajo del lingüista forense relativas a:

- 1) el propio trabajo del lingüista como perito;
- 2) la fonética forense; y
- 3) la atribución de la autoría, a las citas textuales (y al plagio), entre otras cuestiones.

No obstante, por resultar muy completo y por su afán ilustrativo, destacamos la clasificación de áreas de actuación,

¹⁸ Entre otros, pueden leerse distintos e interesantes trabajos que analizan estos aspectos aquí reseñados y otros cuya lectura se recomienda; a modo de muestra, los de Canale, Mougeon y Kloeke (1982, p. 150-155); Cicres I Bosch y Gavalda Mestre (2014, p. 60-71); Coulthard (2001, p. 45-60); Delgado Romero (2004 p. 366); Queralt Estévez (2014, p. 35-48); Queralt Estévez (2017); Queralt Estévez (2020a, p. 253); Queralt Estévez (2020b, p. 212-317) y Queralt Estévez (2023).

con sus correspondientes características formales, elaborada por McMenamin y que se exponen según extracto de Garayzábal Heinze, Queralt Estévez y Reigosa Riveiros, en estas categorías¹⁹:

- 1) lenguaje evidencial, lengua hablada;
- 2) lenguaje evidencial, lengua escrita;
- 3) peritaje lingüístico;
- 4) lenguaje jurídico; lenguaje policial;
- 5) escritos legales;
- 6) lenguaje de interesados;
- 7) lenguaje del foro;
- 8) derechos lingüísticos;
- 9) naturaleza del lenguaje;
- 10) interpretación y traducción jurídicas;
- 11) herramientas para la lingüística forense;
- 12) preparación académica²⁰.

¹⁹ Resumen del libro de McMenamin (2017) elaborado por Garayzábal Heinze; Queralt Estévez y Reigosa Riveiros (2019, p. 23 y 24).

²⁰ En cada una de las áreas de trabajo se estudian diversas temáticas; esto es: 1. “lenguaje evidencial, lengua hablada: se refiere a la fonética forense; comparación de voz e identificación de locutores; perfiles lingüísticos; ruedas de reconocimiento de voz; autenticación de audio; transcripción e interpretación de grabaciones de audio etc.

2. Lenguaje evidencial, lengua escrita: hace referencia a la determinación de la autoría de documentos dubitados; detección de plagio; perfil lingüístico; análisis automático de textos; ambigüedad textual, etc.

3. Peritaje lingüístico: relativo a la ética y práctica pericial; protocolos del sistema jurídico; metodología para la obtención de datos; proceso de trabajo; dictamen pericial; presentación de la evidencia ante el tribunal entre otros; etc.

4. Lenguaje jurídico: es decir, análisis del discurso del lenguaje del derecho; argumentación judicial; terminología y géneros jurídicos.

5. Lenguaje policial: relativo al lenguaje empleado en las entrevistas; lenguaje de los interrogatorios; discurso de las entrevistas con población vulnerable (como niños y víctimas).

6. Escritos legales: redacción y comprensión de documentos y textos jurídicos; redacción y comprensión de normas; *plain language*; lectura, habilidad y legibilidad de textos legales, etc.

7. Lenguaje de interesados: esto es, referido al lenguaje de criminales y víctimas; entrevistas policiales y judiciales a menores; aptitudes lingüísticas para asilados, etc.

8. Lenguaje del foro: es decir lenguaje de jueces, abogados, fiscales, intérpretes; lenguaje de las instrucciones al jurado; interacción comunicativa en el tribunal; multilingüismo y diversidad lingüística en el tribunal; discurso y poder entre abogado y testigo, etc.

9. Derechos lingüísticos: lenguaje de refugiados que solicitan asilo; testimonios;

Como observamos, en estos apartados se distinguen distintos aspectos en las áreas de trabajo y poseen el común denominador de que, desde diferentes ópticas, la mayoría de ellas pueden tener encaje en el trabajo en los tribunales o, más generalmente, con el Derecho. Así, partiendo de la condición de lingüistas de los peritos de lingüística forense, su campo de trabajo y su especialización, supondrían una singularización o especialización como ocurre con cualquier otro tipo de prueba pericial, tales como las ofrecidas desde los campos de la psiquiatría, la arquitectura o la contabilidad, por ejemplo.

Sobre el futuro de esta especialidad, además de lo expuesto, parece que pueden producirse interesantes y necesarias colaboraciones con expertos de otras ramas, en especial, las relativas a la ciberseguridad y otras cuestiones en entornos digitales. Esto es debido a que, entre la expansión de internet y el rápido desarrollo de la inteligencia artificial, la lingüística forense ha tenido un amplio campo de actuación con distintas aportaciones, entre las que sobresalen la detención de noticias falsas, el ciberacoso y la ciberestafa (QUERALT ESTÉVEZ; GIMÉNEZ GARCÍA, 2023, p. 175-182).

III.2 COMPENDIO DE LAS RAMAS COMPRENDIDAS EN LA LINGÜÍSTICA FORENSE

La clasificación de las áreas de trabajo se completa con la de las ramas implicadas en la lingüística forense con el fin de

entrevistas custodiales; minorías lingüísticas; derecho al silencio; derechos del individuo procesado.

10. Naturaleza del lenguaje: lenguaje claro, ofensivo, de poder; lenguaje de la mediación; juramento en falso, injurias y plagio.

11. Interpretación y traducción jurídicas: interpretación del proceso judicial, declaraciones de testigos, entrevistas e interrogatorios; precisión, imparcialidad y comprensibilidad de la interpretación; conocimiento de diferencias culturales y lingüísticas; traducción de documentos escritos y de grabaciones de audio y video a otra lengua; etc.

12. Herramientas para la lingüística forense: datos; análisis automático de textos; lingüística de corpus; estadística para cuantificación de datos.

13. Preparación académica: cursos; métodos de investigación; preparación y presentación de informes, etc.”

observar los diferentes matices y la especialización material que tendrá repercusión directa en la solicitud de la prueba pericial a través de los informes o dictámenes y testimonios prestados por el lingüista forense. Aquí se ofrece un breve listado de la clasificación realizada por las autoras anteriormente citadas (GARAYZÁBAL HEINZE; QUERALT ESTÉVEZ; REIGOSA RIVEIROS, 2019, p. 25-36), en aspectos que muestran la variedad temática abordada y que se resume en estos cinco apartados: 1. Lingüística descriptiva y lingüística cognitiva. 2. Psicolingüística. 3. Retórica lingüística (oratoria y dialéctica) o *pragmadialéctica*. 4. Análisis del discurso y 5. Lingüística del Corpus²¹.

²¹ Cada uno de estos apartados comprende el análisis de diferentes cuestiones, como indican las referidas autoras. así:

1. Lingüística descriptiva y lingüística cognitiva: la lingüística descriptiva estaría relacionada con un lenguaje concreto: tanto por su estructura como por el modo en que funciona en distintos contextos.

La lingüística cognitiva nos ofrecería el lenguaje desde una óptica más integral (con aspectos neurolingüísticos, psicolingüísticos, sociolingüísticos; antropolingüísticos, etc.).

En el ejemplo que nos ofrecen, se trata el trabajo del intérprete en los interrogatorios policiales y cómo, en el proceso de traducción, pueden llegar a omitir, añadir o modificar el contenido del mensaje para centrarse en el verdadero conocimiento de lo que ha ocurrido, cómo, por qué y cuándo de los acontecimientos. Así, por ejemplo, un policía informado de que una persona cojea –en lugar de que corre–, puede deducir la cercanía o lejanía de una persona de la escena del crimen o de si está o no herida.

2. Psicolingüística. se refiere a la aplicación de la lingüística que estudia las relaciones entre el comportamiento lingüístico y los procesos psicológicos hallados en la base de la adquisición y el uso del lenguaje por los hablantes. Como afirman las autoras referidas, cuando esta cuestión se refiere a una investigación criminal, se habla de psicolingüística forense. en la práctica, serviría para determinar posibles estados mentales de una persona en el momento en que dijo o escribió algo que se deba analizar, sus posibles intenciones y su comportamiento. así, serviría en casos de amenazas, denuncias falsas, atribución de autoría, acoso laboral, etc.

3. Retórica lingüística (oratoria y dialéctica) o *pragmadialéctica*. Según las autoras, esta rama resultaría muy útil en el momento de tener que ratificar un dictamen en sede judicial. Entre otras cuestiones serviría para considerar cómo está dispuesto un texto o un discurso y cuál es el estilo predominante.

4. Análisis del discurso. a través del lenguaje se analiza, según se afirma con sencillez, lo que la gente hace. expresa la actitud del hablante ante una situación y nos indicará, por ejemplo, si el habla es espontáneo o bien dirigido, cuál es el tono, si hay ironía, sarcasmo, etcétera. Así, más concretamente, ante una amenaza se observará si el mensaje es lógico, organizado, divagante y puede ayudar a determinar si el grado de cumplimiento de la amenaza es alto, moderado o bajo.

5. Lingüística del Corpus. Los corpus, en lingüística forense, se formarían mediante textos escritos o transcritos, en el caso de registros órales, como las llamadas por

Adicionalmente, las autoras manifiestan que, en el marco teórico, resulta relevante, tener igualmente en cuenta la sociolingüística. Esta relaciona los hechos lingüísticos con elementos de tipo social tales como el nivel socioeconómico, la edad, el sexo, el nivel de educación formal, el grupo étnico, aspectos históricos, etc. Es decir, nos puede describir el comportamiento lingüístico relacionándolo con el contexto social. Por ejemplo, es relativamente sencilla la determinación de la procedencia de un hablante cuando pronuncia la palabra Madrid y establecer si procede de Castilla, de Andalucía o de Cataluña. También ocurriría algo similar cuando se trata, por ejemplo, de analizar un anónimo en el que se contiene una amenaza, o cuando se examinan variables dialectales que nos permitan geolocalizar al autor de un texto (GARAYZÁBAL HEINZE; QUERALT ESTÉVEZ; REIGOSA RIVEIROS, 2019, p. 38).

La especialización en esta prueba y las herramientas que se van incorporando, aumentan progresivamente. Así, puede observarse una herramienta como “*AMPER Forensic*” que, según exponen Elvira-García, Roseano Y Fernández Planas (2022, p. 71), se halla diseñada

para ayudar a los lingüistas en la tarea de identificar el origen de un hablante. La herramienta usa datos exclusivamente prosódicos y propone al usuario una lista de lugares en los que se usan contornos entonativos parecidos a los que aparecen en una grabación objeto de estudio. *AMPER_Forensic* usa técnicas conocidas que se utilizan normalmente en estudios de *dialectometría*, aplicándolas a la tarea de atribución de dialecto, etc.

Pues bien, en el proceso judicial y, más concretamente, con relación a las pruebas, el trabajo del lingüista forense, por su alta

teléfono, los mensajes de voz o las grabaciones, y se pueden comparar los diferentes usos del mismo término o estructura o estudiar la frecuencia de aparición de estos términos o estructuras, y analizar palabras clave en el caso.

especialización en las diferentes áreas de trabajo y clasificación de las ramas lingüísticas implicadas, puede resultar una aportación de gran utilidad. En el dictamen pericial se recogerá su labor, independientemente de su posterior declaración en juicio para responder a cualquier pregunta que se formule al respecto.

III.3 BREVE MUESTRA DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LINGÜÍSTICA FORENSE EN DIVERSOS SUPUESTOS ILUSTRATIVOS

La utilidad de la prueba tiene un campo de trabajo muy extenso. Añadimos en este apartado varios supuestos ilustrativos de la aplicación práctica del saber de las personas expertas en lingüística forense.

Como muestra concreta del trabajo a realizar por este tipo de experto, cuando esperamos obtener un perfil lingüístico del posible autor de un hecho, siguiendo a Garayzábal Heinze, Queralt Estévez y Reigosa Riveiros (2019, p. 83-109), tendrán que examinarse distintas cuestiones. El hecho puede ser un anónimo escrito en un papel, en una red social, en una pintada, etc., y ese anónimo puede ser parte de una amenaza, de un secuestro, etc. Pues bien, en primer lugar, aquí aparece la necesidad de preguntarnos qué es un perfil lingüístico, y de entre las definiciones que tratan las autoras, nos quedamos con esta: “El examen lingüístico y conductivo de uno o más comunicados en un intento de determinar diversos rasgos biográficos y de personalidad (género, edad, etnicidad/origen geográfico, educación, ocupación, motivación, etc.) del autor anónimo” (FITZGERALD, 2007, p. 7). Y como especifican:

Un perfil lingüístico se centra en el análisis de rasgos lingüísticos presentes en estos textos anónimos a fin de obtener pistas sobre el origen geográfico, el contacto de lenguas, el nivel educativo, el sexo, la edad, la ocupación de sus autores o incluso la ideología política o religiosa (GARAYZÁBAL HEINZE; QUERALT ESTÉVEZ; REIGOSA RIVEIROS, 2019, p. 88).

Estas pistas tienen su base científica en áreas de conocimiento como la sociolingüística, la geografía dialectal o la lexicografía. Así, se parte de una premisa: cada individuo es distinto estilísticamente de otro porque el estilo lingüístico de cada persona es único y además cuantificable. En primer lugar, tendrían que identificarse los rasgos lingüísticos conocidos como marcadores de estilo y marcadores funcionales y después contabilizarlos, es decir, la longitud de las frases, la riqueza de vocabulario, la frecuencia de la aparición de determinadas palabras, los artículos, los pronombres, las preposiciones, etc. La validez de los datos obtenidos está referida a la comparación con corpus de referencia de la lengua analizada y de corpus específicos en los que los textos utilizados compartan características similares a las del texto anónimo, por ejemplo, las que constan en el Corpus de Referencia del Español Actual (CREA) de la RAE. Con estos corpus, sabremos las frecuencias del uso de las palabras en español²². En todo caso, hoy día, finalmente, como se ha manifestado con rotundidad, por mucho que se intente, no es posible imitar a alguien y hacerlo de modo idéntico (EL CONFIDENCIAL, en la entrevista a QUERALT ESTÉVEZ).

En definitiva, del anónimo referido como ejemplo se estudiarían distintos aspectos: ortográfico, morfosintáctico, léxico-semántico, pragmático-discursivo y la relación entre comportamientos lingüísticos y los procesos psicológicos (GARAYZÁBAL HEINZE; QUERALT ESTÉVEZ; REIGOSA RIVEIROS, 2019, p. 97).

En 1993, la joven Anabel Segura fue secuestrada por dos personas que solicitaron un rescate a cambio de su libertad. Fue uno de los casos más difíciles de resolver que se recuerdan y que tuvo conmocionada a España durante dos años y medio.

²² Con relación a esta cuestión, curiosamente, en el propio Don Quijote de la Mancha, se dice en un momento dado que: “[...] llegando a escribir el traductor de esta historia este quinto capítulo, dice que le tiene por apócrifo, porque en él habla Sancho Panza con otro estilo del que se podía prometer de su corto ingenio y dice cosas tan sutiles, que no tiene por posible que él las supiese, pero que no quiso dejar de traducirlo, por cumplir con lo que a su oficio debía [...]” Cervantes Saavedra (2004, p. 581). Se está llamando la atención sobre la duda acerca de la autoría provocada por el cambio de estilo. Entonces, no se contaba con la valiosa aportación del lingüista forense.

Lamentablemente, los secuestradores habían asesinado a Anabel el mismo día del secuestro, hecho que ocultaron durante el tiempo que duró la investigación.

Durante dicha investigación, las llamadas recibidas por la familia exigiendo el rescate resultaron claves. Para comenzar, esas llamadas determinaron que se trataba de delincuentes comunes. Por otra parte, se contó con una grabación en la que la mujer de uno de los dos secuestradores simulaba ser la propia Anabel. Además, un programa de la televisión de la época, denominado: “¿Quién sabe dónde?”, emitió la voz de los secuestradores con el fin de solicitar la colaboración ciudadana. Se recibieron más de 30.000 llamadas, de las que se comprobaron 6.000 de las identidades aportadas por el público que vio el programa. Una persona había reconocido la voz de uno de los secuestradores. Según manifestó el comisario encargado del caso, Serafín Castro, una de las expresiones que utilizó el secuestrador resultó muy relevante: “sabes más que los ratones coloraos”. Como informó el comisario, esta expresión se suele utilizar en una zona geográfica concreta, en la provincia de Toledo, que coincidía con la zona de residencia de los secuestradores. Estos fueron detenidos en 1995 y el juicio tuvo lugar en 1998 (EL ESPAÑOL, 2023).

En otro supuesto, también relativo a la muerte de una joven, la lingüista forense que trabajó en el caso indicó en su dictamen que, en la declaración prestada por una persona determinada, se podía estar faltando a la verdad. Se basó, tras el análisis de las declaraciones, en la

presencia de rasgos como repeticiones, evasivas, uso de palabras absolutas como “nunca”, “jamás” o “nadie”, que indicarían un “intento de ocultar la verdad” o por “comportamientos lingüísticos diferentes” en sus respuestas en función del tipo de preguntas y en las contradicciones de la persona sospechosa, de las que se deduce un “lenguaje fraudulento” (NIUS DIARIO, 2023).

Otro asunto de interés puede constituirlo el análisis de contratos. Aquí nos referimos al análisis de una cláusula en un contrato de seguro. Queralt Estévez (2020a, p. 52 y 53), lingüista forense, a petición del abogado de una parte demandante, realizó el análisis de una frase contenida en una póliza de seguros colectivo que, entre otras cuestiones, cubría la invalidez permanente total. La frase objeto del análisis era la siguiente: “A la solicitud de indemnización del art. núm. xxx de las condiciones generales se acompañarán certificación médica o cualquier otro documento que sea necesario para la comprobación de la invalidez”. Lo que había que estudiar, entre otras cuestiones, era si la o era inclusiva o exclusiva, es decir, si era suficiente acreditar la situación física mediante certificación médica o, además, había que presentar, obligatoriamente, otros documentos. En este supuesto, el perito analizó el documento al completo, su grado de especialización, su cohesión, su contexto, su posible ambigüedad y concluyó que esa letra o, en ese texto, resultaba excluyente y, por tanto, era suficiente con haber presentado la certificación médica.

Por otra parte, y para finalizar con la muestra de la participación de expertos lingüistas forenses, hallamos casos como el de una empresa, participada por la Universidad de Valladolid, que analiza textos a través del *big data* para realizar determinadas periciales, como la detección de plagios o para resolver casos de acoso. De este modo, han actuado en materia de conflicto de marcas en supuestos en los que una persona intenta registrar una marca y es posible que ya haya otras registradas; han realizado análisis de fonética, del nombre para comprobar si había similitudes que podían llevar a confusión, etc. En estos casos, las herramientas permiten indagar en dos textos analizados y tratan cuestiones como “el porcentaje de palabras que se repiten en ambos casos, léxico único, porcentaje de sustantivos o adjetivos utilizados, estructuras comunes [...]” (EL NORTE DE CASTILLA, 2018).

Después de exponer estas muestras de casos reales en las que la lingüística forense ha servido como elemento probatorio, seguidamente, se desarrolla la formación del lingüista forense.

4 EL LINGÜISTA FORENSE COMO EXPERTO Y SU FORMACIÓN ESPECÍFICA

Si hay que comenzar por examinar alguna cuestión básica ante la necesidad de requerir un perito, es su formación. El perito debe contar con el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de este según la Ley de Enjuiciamiento Civil²³. Si se trata de materias que no están comprendidas en títulos profesionales oficiales, tienen que ser nombrados entre personas que sean especialistas en esas materias. Igualmente, puede solicitarse dictamen “a las Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello”. En consecuencia, un verdadero experto no podría ser una persona de un saber general en una ciencia. Lo que normalmente se necesitará es un saber experto en una materia concreta de una rama específica. Es decir, más allá de necesitar de forma genérica a una persona graduada en Ciencias Físicas, lo que podremos necesitar es un físico experto en nanomateriales o en física nuclear, por ejemplo. Igualmente, lejos de necesitar un lingüista generalista, necesitamos, un lingüista en el ámbito forense.

Por tal motivo, en este apartado defendemos la idea de la necesidad del experto especialista, más allá de saberes generales de una materia. Sin ánimo de exhaustividad, nos acercamos, a continuación, a la formación que podríamos hallar en España al respecto para determinar si la oferta actual en España puede resultar completa y suficiente.

Pues bien, para delimitar el campo del experto que tratamos, resulta muy pertinente la advertencia inicial de las autoras Queralt Estévez y Giménez García (2023, p. 40 y 41) de que existen profesionales de dos grandes grupos que no podrían definirse, específicamente, como lingüistas forenses. Un primer

²³ Según el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Nos referimos al proceso civil por resultar subsidiario para el resto de las jurisdicciones.

grupo lo constituirían los filólogos y lingüistas que, como tales, son, sencillamente, “llamados a testificar o a compartir su opinión de expertos con los cuerpos de seguridad”. Es decir, tal vez pueda pensarse, al menos en un primer acercamiento, que un lingüista, sin otra formación que su grado o licenciatura en Lingüística, es realmente, y por ese motivo, un lingüista forense. Pero esta deducción no sería apropiada porque carecería de la formación específica para que se le atribuyera esa denominación. A este respecto, estamos de acuerdo con las autoras cuando afirman que resulta correcta la colaboración de filólogos de otros campos de especialidad, siempre y cuando quede claro qué conocimientos posee el experto y qué puede aportar. El otro grupo estaría compuesto por diversos tipos de profesionales tales como los criminólogos, los calígrafos, los psicólogos, los informáticos, los ingenieros y otros especialistas que, careciendo de una preparación apropiada como lingüistas forenses, puedan llegar a comparecer como expertos en esta disciplina.

Apoyamos la afirmación de que quien ejerza como perito lingüista forense debería poseer sólidos y amplios conocimientos en lingüística, además de nociones de Derecho y sobre lo que constituye un perito forense, así como formarse en disciplinas relacionadas con la actividad a desarrollar, y más específicamente, en lingüística forense. Por añadidura, resulta muy relevante mantenerse al día en los avances metodológicos y teóricos de la disciplina con formación continua y participación en actividades como congresos y en asociaciones profesionales (QUERALT ESTÉVEZ; GIMÉNEZ GARCÍA, 2023, p. 38).

Por consiguiente, debemos preguntarnos cuál debería ser la formación más adecuada en nuestro país, solo desde una perspectiva de acercamiento a la formación y sin ningún ánimo de exponer la oferta al completo, ya que esto sería objeto de otro estudio que ahora no se pretende abarcar.

Pues bien, sin perjuicio de los cursos existentes que introducen la lingüística forense y con los que se pueden obtener las primeras nociones sobre el origen de esta especialidad, sobre la clasificación

específica de sus ramas o sobre temas generales, existen estudios específicos en la disciplina.

También pueden diferenciarse cursos en instituciones públicas y privadas, unos con carácter oficial y otros como estudios propios, no oficiales, de los que seguidamente exponemos distintas muestras, con diferentes características y duración, unos pasados y otros actuales.

En 2008 la Universidad Pompeu Fabra anunciaba que los peritos judiciales lingüistas podían obtener una titulación universitaria oficial y se explicaban las diversas opciones para llegar a ser lingüista forense con formación desde la universidad a través de un posgrado, el Máster en Lingüística Forense. Además, se exponían los contenidos a desarrollar y se anunciaba que contaba con el reconocimiento oficial del Colegio de Doctorados y Licenciados en Letras y Ciencias de Cataluña (CDL), corporación que propuso, por añadidura, institucionalizar el título profesional de Perito Judicial Lingüista.

Este máster lo dirigió la profesora de la Universidad Pompeu Fabra, Turell Juliá. Hoy día no hemos hallado posibilidad de cursar dicho máster en esta universidad²⁴. Esta misma universidad, pionera y vanguardista en la enseñanza y práctica de la materia, desarrolló ForensicLab²⁵, es decir, un laboratorio de Lingüística Forense, para la práctica de peritajes lingüísticos de diferentes materias, tales como perfiles lingüísticos, determinación de autoría o plagios²⁶.

Existen, además, otras universidades españolas²⁷ que han

²⁴ Hoy día no hemos hallado posibilidad de cursar dicho máster en esta universidad.

²⁵ En <<https://www.upf.edu/es/web/uval/forensiclab>>. Según esta página web, las últimas actividades registradas tuvieron lugar en 2016. Consultado el 5-7-2023.

²⁶ Además, fue la primera universidad en el mundo en ofrecer un máster en lingüística forense, en lengua española. En Garayzábal Heinze, Jiménez Bernal y Reigosa Riveiro (2014, p. 33).

²⁷ Fuera de España se ofrecen distintos cursos, que exceden de las muestras formativas que traemos a estas líneas. La posibilidad de realizar los cursos en línea puede resultar práctico y atractivo en todo caso, pretendemos abarcar en este acercamiento a muestras formativas. Por citar solo un ejemplo, la Heritage University, Washington, ofrece un curso de “lingüística forense” completamente online. En: <<https://cursolingüisticaforense.com/>>. Consultado el 7-8-2023.

ofertado distintos posgrados, como la Universidad de Girona que ofreció, en 2016, un “Máster en Lingüística Forense y Peritaje Lingüístico”. Por su parte, la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) ofertó un curso denominado: “Perito Judicial Experto en Lingüística Forense”²⁸.

Actualmente, la Universidad Complutense de Madrid ofrece un Máster denominado: “Máster en Lingüística y Tecnologías”. Este máster posibilita la formación avanzada en Lingüística y tecnologías aplicadas a la Lingüística y, tras cursar un módulo general, se proporciona la especialización en tres líneas principales: una primera dedicada a la lingüística computacional, una segunda a la enseñanza de lenguas en entornos digitales, y, justamente la tercera se denomina: “Lingüística forense y peritaje lingüístico”²⁹.

Por otra parte, con relación a otros cursos, hallamos la formación que ofrece el ya veterano Laboratorio SQ-Lingüistas Forenses, en activo desde hace más de veinte años³⁰, con cursos de lingüística forense propios. En este caso, se trata de breves cursos

²⁸ En <<https://extension.uned.es/actividad/19977>>, cuya última convocatoria, según entendemos, tuvo lugar en el curso 2019-2020.

²⁹ En <<https://www.ucm.es/master-linguistica-y-tecnologias/plan-de-estudios>> (consultado el 6-8-2023). Es interesante observar las materias del plan de estudios porque nos llevan a lo expresado anteriormente relativo a las áreas de trabajo del experto en lingüística forense, con posibles asignaturas tales como: fonética forense, sociolingüística forense, análisis forense del discurso, identificación de locutores, atribución de autoría y detección de plagio; además, se realizan prácticas curriculares en lingüística forense y peritaje lingüístico y, por último, se estudian casos y, algo que consideramos muy interesante, los aspectos jurídico-procesales del peritaje lingüístico.

³⁰ Según su propia información, fue fundado por los miembros del laboratorio de lingüística forense (ForensicLab) creado en 2003 dentro del IULA, Institut de Lingüística Aplicada (Centre Específic de Recerca), de la Universitat Pompeu Fabra para poder seguir con la labor que comenzó su fundadora, la Dra. Turell, en el campo de la lingüística forense. Su campo especialidad se encuentra en la elaboración de peritajes en lingüística forense para conocer al autor de un texto, la atribución de la voz en las llamadas, el análisis de las grabaciones para determinar si han podido ser preparadas, pactadas o provocadas, la transcripción de grabaciones, la detección de los plagios, la construcción de perfiles lingüísticos, el análisis de las ambigüedades o las alteraciones en los textos o la verificación de la identidad digital. <<https://www.sq-linguistasforenses.com/equipo-linguistica-forense.html>>. Consultado el 12-7-2023.

que se realizan en línea (*online*) (SQ-LINGÜISTAS FORENSES, 2023) tales como los cursos de: Introducción a la lingüística forense; Básico de identificación de hablantes; Básico de análisis de marcas comerciales; de Redacción de dictámenes en lingüística forense; o el de Defensa de dictámenes de lingüística forense.

El Grupo Académico Lingüística Forense (ILFE) ofrece formación, tratamiento de informes periciales y cursos y jornadas sobre esta disciplina. También observamos otros cursos como el Universitario de especialización en perito judicial experto en lingüística forense, acreditado por la Universidad Europea Miguel de Cervantes (ADDPOL FORMACIÓN), o cursos ya más breves, incluso de varios días, como el que se oferta desde la Fundación Comillas con el nombre: “Lingüística forense: marco judicial y pericial”. Al respecto, se pueden hallar otros cursos ofrecidos puntualmente, tales como “Delito y palabra. Curso de lingüística forense” de la Universidad de Valladolid³¹.

La conclusión extraíble es que existe una clara carencia de oferta en nuestro país para formarse como lingüista forense. El consejo en este caso es que, si lo que ahora se ofrece no satisface las pretensiones formativas de quienes deseen otro tipo de formación distinta de la que actualmente podemos encontrar en España, estudien la posibilidad de formarse fuera, ya sea presencialmente, o bien de modo no presencial y en línea. A este respecto, se puede consultar el trabajo de Ramírez Salado (2023, p. 17-31).

Esto por lo que se refiere a una breve y general aproximación a la formación del lingüista forense. En el próximo apartado, nos ocupamos de su participación en el proceso.

³¹ Ofertado en julio de 2022. En: <<https://eventos.uva.es/86108/programme/delito-y-palabra-curso-de-linguistica-forense.html>>. Consultado el 12-7-2023.

5 EL LINGÜISTA FORENSE EN EL PROCESO (EN ESPECIAL, EN EL CIVIL)

En este apartado tenemos el propósito de recorrer el camino procedimental del perito lingüista forense en una primera instancia civil, fundamentalmente, para tener una visión de conjunto, pero sin realizar un análisis de la prueba pericial en detalle. Por ello, excede de este apartado y no se abarca el análisis completo de la prueba pericial del dictamen de peritos del artículo 299 de la LEC, desarrollada después, en los artículos 335 a 352. Este análisis, ya se halla tratado, amplia y brillantemente, por la doctrina tanto desde el examen general de la misma, como desde la observación detenida de cada uno de los aspectos y discusiones a que ha dado lugar su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, con cuestiones que van desde la propia competencia y la objetividad del perito o el modelo de prueba pericial en el proceso civil hasta los estándares probatorios y su reflejo en la valoración de la prueba o los honorarios de los peritos³².

Por otra parte, tratamos, fundamentalmente, la prueba en el proceso civil español, como se adelantó, ya que su regulación normativa es la más completa frente al resto de las jurisdicciones y, al tiempo, resulta subsidiaria cuando en las otras jurisdicciones no se haya regulado algún aspecto. De hecho, como indica Banacloche Palao (2018, p. 291) refiriéndose a la jurisdicción penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que sería la norma reguladora del proceso penal en el que lingüista forense podría también dictaminar

³² Solo a modo de ejemplo y entre otros, pueden leerse los trabajos referidos a diversas cuestiones relevantes acerca de la prueba pericial, de: Abel Lluch y Picó I Junoy (2009, p. 588); Anderson; Schum y Twining (2015, p. 464); Ansaneli (2017, p. 195-246); Benfeld Escobar (2018, p. 159-185); Bonet Navarro (2009, p. 362); Ferrer Beltrán (2005, p. 111) y Ferrer Beltrán (2007, p. 166); Flores Prada (2020, p. 367-412); Fons Rodríguez (2020, p. 372-380); Méndez Tomás (2009, p. 394-402); Montero Aroca (2012, p. 640); Nieva Fenoll (2017); Oteiza (2020, p. 81-93); Miranda Vázquez y Picó I Junoy (2019); Picó I Junoy (2020, p. 698); Richard González (2020, p. 615-654); Ríos López (2009, p. 268-283); Salvador Coderch y Rubí Puig (2008, p. 63); Sanjurjo Ríos (2020, p. 413-442); Segura Cros (2009, p. 413-421); Seoane Spielberg (2020, p. 53-79); Taruffo (2002); Vázquez Rojas (2022a); Vázquez Rojas (2020, p. 117-141); y Vázquez Rojas (2014).

e informar, no dedica ninguna norma a las disposiciones generales en materia de prueba, y no existen tampoco normas específicas que regulen aspectos esenciales sobre ellas. Por ello, explica el autor que la construcción dogmática sobre esta materia se debe a la doctrina y la jurisprudencia, y debemos contar con la teoría general elaborada acerca de la prueba civil, recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), y que resulta de aplicación subsidiaria a la propia LECrim, así como al resto de jurisdicciones de otras ramas del Derecho³³. No obstante, dado que el lingüista forense puede aportar su ciencia en todo tipo de jurisdicciones, ejemplificaremos su trabajo desde el marco de intervención de cualquier jurisdicción.

V.1 LA ELECCIÓN DEL PERITO

A la hora de elegir al perito forense, se cuenta con un sello que certifica que se cumplen determinados requisitos consensuados como estándares. Así, la norma UNE-EN 16775, que es la versión oficial, en español, de la Norma Europea EN 16775:2015, contiene los requisitos generales para los servicios periciales³⁴.

Si no se conociera directamente a uno determinado, se pueden distinguir diversas posibilidades. Hay instituciones que distribuyen listados de peritos. Este es el supuesto de la Comunidad de Madrid, por ejemplo, que cuenta, entre otras, con la Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid. Esta, por delegación de los colegios profesionales que integran esta asociación, remite al Tribunal

³³ En esta LECRIM, los artículos 456 a 485 –en el marco del sumario del procedimiento ordinario, en el capítulo VII del libro II– se refieren al informe pericial en la fase de instrucción. Y ya en la fase de juicio oral, vista o plenario, en los artículos 723 a 725, se regula el informe pericial dentro de los preceptos dedicados a la práctica de las pruebas.

³⁴ Referencia de: <https://www.une.org/encuentra-tu-norma/busca-tu-norma/norma?-c=N0056898>, consultado el 16 de agosto de 2023. Esta contiene cuestiones relativas los términos y definiciones, código ético, conocimientos y cualificaciones, formación y desarrollo, procesos periciales, evaluación inicial de la solicitud del cliente, identificación de los riesgos, servicio pericial, procedimientos de los servicios periciales, documentación pericial, etc.

Superior de Justicia de Madrid (TSJ de Madrid)³⁵ los listados de peritos de dichos colegios. También se distribuyen a igualmente a cada uno de los juzgados y tribunales que existen actualmente en la Comunidad de Madrid, a los órganos jurisdiccionales nacionales con sede en Madrid y a aquellos Juzgados de fuera de nuestra Comunidad que lo solicitan³⁶.

En dicha página se encuentra un catálogo de especialidades y subespecialidades de peritos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (para el año 2023). Se trata de una hoja de cálculo –Excel– en la que pueden hallarse todas las especialidades. Al abrirla, comprobamos que, por lo que a este estudio respecta, la especialidad número 115 es la de la lingüística forense.

V.2 EL PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DEL DICTAMEN PERICIAL

Una vez elegido un determinado perito lingüista forense (al que, en este apartado nos referiremos en lo sucesivo como LF), que analizará la fuente de la prueba y que emitirá, posteriormente, su dictamen (GÓMEZ COLOMER, 2010, p. 309; BANACLOCHE PALAO, 2018, p. 329), debemos conocer qué procedimiento se sigue para solicitar este dictamen pericial. Para ello, nos resulta ilustrativo este “Decálogo para solicitar una pericial lingüística” de la doctora Queralt Estévez (2019). Siguiendo sus recomendaciones y, en síntesis, tengamos en cuenta determinados aspectos observando que existen muy distintos tipos de periciales lingüísticas que se

³⁵ Se trata del más alto Tribunal en términos del territorio de cada comunidad autónoma de España.

³⁶ UICM: Unión Interprofesional Comunidad de Madrid. Según se informa en su web, y para el año 2023, “esos listados incluyen 5.102 peritos de 39 Colegios Profesionales, con 506 especialidades, así como 165 Sociedades Profesionales, se distribuyen, igualmente, a cada uno de los Juzgados y Tribunales que existen actualmente en nuestra Comunidad, a los Órganos Jurisdiccionales nacionales con sede en Madrid y a aquellos Juzgados de fuera de nuestra Comunidad que lo solicitan”. Disponible en: <<https://www.uicm.es/project/listados-oficiales-de-peritos-de-colegios-profesionales-de-la-comunidad-de-madrid/>>. Consultado el 16-9-2023.

pueden solicitar, como se ha expuesto en el capítulo tercero de ese artículo, tales como la atribución de autoría, los perfiles lingüísticos, el posible plagio o la identificación de los hablantes, entre otros. Por tanto, pongamos especial atención a esta sucesión de indicaciones:

- a) la petición o encargo al lingüista forense. Se ha de especificar el material objeto de análisis y organizarlo. Además, se debe realizar el encargo concretando qué se desea conocer del material e indicar el tipo de investigación (judicial, policial, etc.), el momento procedimental en que se halla el caso, el plazo y, después, enviar el material. Si nos referimos a un caso real, uno de los anteriormente expuestos, el relativo al análisis lingüístico de un contrato, y, concretamente a una de sus cláusulas (realizado y expuesto por Queralt Estévez (2020a, p. 52 y 53), la lingüista forense, a petición del abogado de una parte demandante, tuvo el encargo de analizar una frase de una póliza de seguros colectivo para determinar si se habían presentado de forma completa los documentos necesarios para que pudieran acreditar una situación de posible invalidez³⁷.

Esta lingüista, posiblemente solicitaría instrucciones concretas acerca del contexto del caso, de qué frase se pretendía esclarecer, así como el contrato de seguro al completo para permitir su consulta y, en su caso, el análisis completo del mismo. Además, habría que fijar el momento procesal en el que se halle el caso, para conocer, entre otras cuestiones, si ya se ha rechazado la petición de la demandante en una negociación previa o en una mediación, o no y cómo, es decir, si se ha realizado por teléfono o por correo o carta y otros aspectos pertinentes. Además, habrá de determinarse

³⁷ Recordemos que la frase objeto del dictamen era: “A la solicitud de indemnización del art. núm. xxx de las condiciones generales se acompañarán certificación médica o cualquier otro documento que sea necesario para la comprobación de la invalidez”. El encargo consistía en determinar si la palabra “o” de la cláusula del contrato, resultaba excluyente y, por tanto, era suficiente con haber presentado la certificación médica para que la aseguradora pudiera comprobar la posible invalidez.

qué día debería estar realizado el dictamen, y que se efectúe el envío de todo lo que requiera la persona experta para que disponga puntualmente de ello;

- b) antes de realizar el presupuesto, el perito debe recibir el material a analizar para poder valorarlo y determinar si puede ser objeto de pericia en la especialidad de la lingüística forense y lo que abarcará dicha pericia. En el mismo supuesto que tratamos, en el análisis de la cláusula contractual, debe recibirse el material completo, tanto el contrato como toda aquella documentación que pudiera estar relacionada con el caso concreto y que pueda ofrecer un marco y completar el análisis;
- c) el presupuesto tendrá en cuenta el grado de dificultad, extensión y tipo de análisis requerido en cada supuesto. Al experto se le solicitará que lea o escuche, para que analice distintos materiales que requerirán, por consiguiente, diversos tiempos. En el caso del análisis del contrato, la vista de los documentos ofrecidos al experto lingüista forense, la complejidad en el análisis de la cláusula, estudiando tanto la misma como el contrato para apreciar su redacción, su estilo y el cumplimiento de las normas gramaticales, entre otras cuestiones, determinará el coste que habrá de reflejarse en el presupuesto;
- d) finalmente, la confirmación del encargo se hará habitualmente con el consentimiento, proporcionando el cliente los datos y la firma, y con el pago de todo o parte de la totalidad.

V.3 LA APORTACIÓN Y ADMISIÓN DEL DICTAMEN

En cuanto a la aportación del dictamen de nuestro LF en el proceso civil español, este se realiza, fundamentalmente, por las partes, y solo, subsidiariamente, si resulta necesario o cuando lo solicitan las partes, se designaría, en su caso, por el juez.

El dictamen pericial del LF se acompañará a la demanda (según el artículo 265.1. 4.º LEC). No obstante, la ley prevé excepciones lógicas. Así, si una parte no puede aportar, o con la demanda o con la contestación, el dictamen de un LF designado por ella, debe anunciar, ya en la propia demanda o en la contestación, qué dictamen –o dictámenes– se aportaría para que sea trasladado a la parte contraria, cuando disponga de él y en el plazo que marca la ley (artículo 337 LEC).

Con relación al contenido del dictamen, a nivel europeo, existe una *Guía de buenas prácticas de la pericia judicial civil en la Unión Europea*³⁸, proyecto *European Guide for Legal Expertise (EGLE)* que indica, entre otros aspectos, la estructura del informe³⁹.

³⁸ De octubre de 2015. En <<https://experts-institute.eu/wp-content/uploads/2018/03/2016-04-16-guia-de-buenas-practicas-de-la-pericia-judicial-civil-en-la-union-europea.pdf>>.

³⁹ La sección II del capítulo V tiene tres partes: introducción, cuerpo del informe y conclusiones. En nuestra opinión, el contenido especificado es de enorme interés y no puede ser más completo. Veamos: en la parte introductoria se incluyen estos aspectos: a) el nombre del juzgado y el número de procedimiento; b) indicación de la autoridad que ordena la pericia o de la parte que formula el encargo al perito; c) fecha del informe, fecha del nombramiento o del mandato y fecha fijada para la presentación del informe; d) partes implicadas, sus abogados y/u otros representantes, con indicación de las partes que se hubieran hallado presentes o representadas durante las operaciones periciales; e) perito(s) responsable(s), con indicación de su titulación, cualificación y experiencia; f) declaración de independencia y de imparcialidad; g) certificado del seguro del perito; h) nombre y función específica de cualquier ayudante o perito técnico que hubiera colaborado; i) lista de documentos recibidos y utilizados como base para el informe pericial o para responder a las preguntas, diferenciando entre los documentos recibidos de las partes y los recogidos por el perito, así como la bibliografía relativa al tema tratado; j) preguntas planteadas por el juez o por la parte que hubiera designado al perito así como las instrucciones que, en su caso, se le hubieran dado; k) peculiaridades de las operaciones periciales y de las acciones llevadas a cabo; l) elementos relativos al procedimiento (por ejemplo, los límites establecidos al derecho de prueba en determinados ámbitos, como el médico); y m) el procedimiento aplicado para garantizar la observancia del principio de contradicción durante toda la duración de la pericia.

El cuerpo de informe ha de contener: a) elementos del contexto; b) los hechos, su origen, las causas probadas y la declaración de las partes en aquello que les afecte; c) cualquier hecho científico o práctico pertinente vinculado al litigio y a las cuestiones planteadas, con referencia a la correspondiente literatura científica; d) el resultado de las investigaciones del perito; e) las observaciones u objeciones formuladas por las partes con relación al informe preliminar (cuando proceda); f) en presencia de un abanico de opiniones posibles, deberá precisarse el alcance y las fuentes de cada una de ellas; g) la reacción del perito a cualquier requerimiento así como las respuestas

En España contamos con una Norma UNE –la 197001– que contiene los criterios generales que ha de seguir nuestro LF para la elaboración de informes y dictámenes periciales⁴⁰. El seguimiento de esta norma supone exponer el informe o dictamen de una manera estandarizada y con un modelo consensuado, pero sin que la norma determine, en absoluto (sería imposible e impensable), los específicos métodos o procesos que han de seguirse para la elaboración de estos informes o dictámenes.

Pues bien, teniendo en cuenta que los dictámenes periciales del lingüista forense no dejan de suponer una novedad, por su juventud científica, se debe explicar muy detalladamente la metodología empleada en cada caso, ya se trate de cómo se produce la determinación del acento en el habla de una persona o su posible procedencia, edad, o las circunstancias socioculturales deducidas del análisis de léxico que utilice, para fundamentar completa y adecuadamente su dictamen. La explicación debe realizarse en el dictamen que habrá de exponer el concreto método científico en el que base sus afirmaciones el perito y qué aceptación tiene por la comunidad científica para que se sustente la validez de las conclusiones obtenidas del análisis lingüístico en cada supuesto⁴¹.

a cualquier pregunta formulada por las partes, y h) la transcripción de los debates habidos con las partes. Además, el informe puede también incluir otros aspectos específicos del procedimiento de aplicación conforme a la legislación local, de la deontología específica del ámbito pericial correspondiente o de cualquier otra norma profesional del perito.

Finalmente, las conclusiones deben abarcar: a) una opinión y/o una respuesta a las preguntas formuladas, motivadas ambas y presentadas de una forma lógica; b) las precisiones en cuanto al grado de fiabilidad de las conclusiones formuladas; y c) la firma del perito, precedida de una declaración de veracidad similar a la siguiente: “Confirmando haber indicado claramente qué “hechos y cuestiones del presente informe se encuadran dentro de mi saber personal y cuáles no. Certifico que las opiniones formuladas sobre la base de mis conocimientos son sinceras. Las opiniones emitidas por mí representan mis opiniones auténticas y completas, como profesional, sobre las cuestiones a las que las mismas se refieren”.

⁴⁰ Se puede leer aquí:

<<https://asociacionnacionaldeperitos.com/wp-content/uploads/2019/04/197001NUNE100-Criterios-generales-para-la-elaboraci%C3%B3n-de-informes-y-dict%C3%A1menes-periciales.pdf>>. Consultado el 12-8-2023.

⁴¹ Se recomienda la lectura del muy interesante capítulo de Vázquez Rojas (2022b, p.

Así, se debe explicar, por ejemplo, la metodología empleada en la identificación del habla, si este es el objeto de la pericia lingüístico-forense. Para ello, de ser el caso, se debe exponer si se utiliza un sistema de reconocimiento automático de voz (BATVOX, por ejemplo, u otro) y explicar que este sistema detecta las relaciones de verosimilitud con un objetivo y distribuciones de probabilidad alternativas, modeladas mediante mezclas gaussianas, etc. (cita de DELGADO ROMERO, 2014, p. 203-204; DELGADO ROMERO, 2012, p. 199-212). Más adelante, y si así se previó, se responderá en la vista oral a las preguntas que se formulen.

A propósito del contenido del informe pericial, la norma UNE, en su apartado 3, denominado términos y condiciones, incluye lo que se ha de entender por dictamen pericial –no se refiere a la palabra informe⁴²–. En esta norma, el dictamen pericial sería: “la opinión técnica y experta que se emite sobre hechos o cosas”⁴³. Si se tratara de un informe, siguiendo con el ejemplo del análisis del contrato, constituiría un mero análisis descriptivo de la mencionada cláusula del contrato y la problemática presentada con la palabra “o”. Pero cuando se trata de un dictamen, este incluye la opinión técnica y experta sobre el verdadero significado de la cuestión concreta, es decir, el estudio y valoración acerca de si la palabra “o” en esa frase era inclusiva o exclusiva, esto es, si para acreditar la situación física era suficiente presentar una certificación médica u, obligatoriamente, había que presentar, otros documentos. En este caso, el perito analizó el documento al completo, su grado de especialización, su cohesión, su contexto y su posible ambigüedad. Tras estas operaciones, concluyó que el texto carecía de cohesión

69). En línea: <https://www.academia.edu/75517573/Manual_de_prueba_pericial>. Consultado el 20-6-2023.

⁴² El propio Diccionario panhispánico del español jurídico, no ayuda en este sentido ya que, si se buscan los términos “informe pericial”, nos remite a los de “dictamen pericial”, <<https://dpej.rae.es/lema/informe-pericial>>. Consultado el 13 de julio de 2023. Las definiciones del DLE asimilan en su segunda acepción del informe como sustantivo la acción y efecto de informar a la de dictaminar: <https://dle.rae.es/informe#LYB2BS5> (consultado el 13/07/2023).

⁴³ Y según los términos y definiciones incluidos en otra Norma UNE-EN ISO 9000.

suficiente⁴⁴, que el lenguaje utilizado no era especializado, por lo que era altamente probable que la persona redactora no utilizara la disyunción “o” en sentido exclusivo, que es el que se utiliza habitualmente. Por tanto, esa palabra “o” incluida en la cláusula del contrato, resultaba excluyente y, consecuentemente, era suficiente con haber presentado la certificación médica para que la aseguradora pudiera comprobar y tramitar la indemnización debida ante la invalidez (QUERALT ESTÉVEZ, 2020a, p. 53).

Cuando el dictamen pericial se aporte, con la demanda o la contestación, llega el momento procesal en el que las partes han de expresar si desean que el perito que lo ha elaborado comparezca en juicio y si deberá exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar dicho dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito.

La ley también ha previsto que se puedan admitir los dictámenes cuando se ponga de manifiesto su necesidad o utilidad a causa de las alegaciones realizadas por el demandado en su contestación a la demanda o por las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia previa al juicio. En estos casos, también deben trasladarse a las partes contrarias y manifestarse igualmente por las partes si consideran necesario que acudan al juicio o vista los peritos responsables de los dictámenes, con expresión, asimismo, acerca de si estos deberán exponer o explicar el dictamen, responder a preguntas, etc. (en el segundo apartado de este artículo 265 LEC y artículo 338 LEC).

En todo caso, la propia LEC flexibiliza el momento de presentación del informe o dictamen⁴⁵. Incluso se prevé la inclusión

⁴⁴ Aquí se explica que un texto mejor cohesionado podría haber sido: “La solicitud de indemnización a que se refiere el art. núm. de las condiciones generales se acompañará de certificación médica [...]”. (QUERALT ESTÉVEZ, 2020a, p. 53).

⁴⁵ En este sentido: “Sólo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, no puedan disponer de los documentos, medios e instrumentos a que se refieren los tres primeros números del apartado anterior, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación”.

de dictámenes periciales instrumentales para pruebas distintas, cuando la ley indica que, si resulta necesario o conveniente, para conocer el contenido o sentido de una prueba o para proceder a su más acertada valoración, las partes pueden aportar o proponer dictámenes periciales sobre otros medios de prueba admitidos por el tribunal⁴⁶.

Por otra parte, el propio juez, por propia iniciativa, puede designar a la persona encargada de realizar la pericial (artículo 339.5 LEC). En este caso, en relación con la emisión y ratificación del dictamen, la LEC contempla ciertas especialidades, pero a nuestros efectos, lo más relevante es que después de que el perito emita su dictamen, este se trasladará a las partes para que indiquen si desean que este comparezca en juicio o vista para que explique o aclare lo que se estime adecuado (artículo 346 LEC). Igualmente, se prevé la posibilidad de que tanto el demandante como el demandado soliciten que el perito sea designado judicialmente.

En cuanto al desarrollo de las operaciones periciales, si para emitir el dictamen, el perito necesita reconocer lugares, objetos, personas u operaciones análogas, las partes y sus defensores pueden estar presentes cuando las partes lo soliciten al tribunal y este así lo acuerde. En el supuesto que estamos analizando en este apartado, sobre la cláusula del contrato, no sería necesario el reconocimiento de lugares o personas, pero puede que sí de documentos relacionados con el propio contrato. Otros supuestos sí necesitarían, lógicamente, ese desplazamiento, como podría ser al caso de que se analizara un anónimo escrito en un muro, por ejemplo.

V.4 LA COMPARECENCIA DEL PERITO EN LA VISTA ORAL Y LA VALORACIÓN DEL DICTAMEN

En el juicio o vista, los peritos intervendrán según la solitud, facultativa, que realicen las partes y la admisión del juez. En

⁴⁶ Al amparo de lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 299, según el artículo 352 LEC.

principio, el juez admitirá la comparecencia, salvo que se estime que es inútil o impertinente, fundamentalmente.

Lo que pueden solicitar las partes y sus defensores va desde la exposición completa del dictamen a la formulación de tachas que puedan afectar al perito⁴⁷.

Además, el juzgador puede preguntar a los peritos e instar a que se expliquen los aspectos necesarios con relación al objeto del dictamen aportado. Lo que no puede acordar el juez de oficio, es que se amplíe el dictamen, salvo que se trate de un perito designado de oficio.

En el proceso, con relación al tipo de preguntas que se pueden realizar al perito, recordamos que el juzgador puede rechazar las inútiles, impertinentes y las sugestivas. Por ejemplo, se pueden rechazar preguntas, como bien se ha señalado, que contengan “aquellas cuestiones referidas al método que se siguió para llegar a las valoraciones y conclusiones, si este queda claramente reflejado en el dictamen que se aportó (SAP Madrid [Sección 24ª] 16 de julio de 2007 [JUR 2007/336589]). Nos hallamos, según subraya la SAP Badajoz (Sección 2.ª) de 21 de diciembre de 2006 (JUR 2007/255508), ante una “facultad discrecional del juzgador”, de tal forma que “es imposible decir que la negativa del juzgador haya producido indefensión y genere la consiguiente nulidad de actuaciones” (GARCIANDÍA GONZÁLEZ, 2008, p. 207).

⁴⁷ Según el artículo 347 LEC. Concretamente puede solicitarse:

“1º La exposición completa del dictamen, cuando esa exposición requiera la realización de otras operaciones, complementarias del escrito aportado, mediante el empleo de los documentos, materiales (y otros elementos referidos en el artículo 336).

2º Explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba.

3º Respuestas a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen.

4º Respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo.

5º Crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria.

6º Formulación de las tachas que pudieren afectar al perito”.

A propósito del modo de preguntar, observemos, como se ha apuntado (CARRETERO GONZÁLEZ, 2019, p. 209), que este puede influir en las respuestas a obtener (también en LUCENA MOLINA, 2014, p. 103). Es decir, si las preguntas no están formuladas al lingüista forense con claridad o se pregunta de un modo que no puede comprenderle bien, estaremos lejos de lograr nuestro objetivo. Tengamos en cuenta que, como se afirma con toda razón, el ciudadano medio no suele comprender el lenguaje técnico porque no le es familiar (BRIZ GÓMEZ, 2012, p. 51; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, 2021, p. 180; GARCÍA LEÓN, 2021, p. 113). Por su parte, el perito lingüista estará concienciado, precisamente por su área de especialidad, y podrá responder en juicio de un modo que permita ser comprendido fácilmente por el juez y por el resto de los intervinientes en el caso.

Con relación a la posibilidad de debate entre peritos lingüistas forenses, aunque la LEC no contenga un precepto que lo recoja como tal, la posibilidad de criticar el dictamen de un perito por el de la parte contraria se recoge en el art. 347.1. 5º de la misma ley. Si las partes solicitaron la intervención del perito en la vista, cada perito puede escuchar las argumentaciones del perito de la contraparte para contradecirlas en su caso. En este supuesto, al juez, que debe procurar que los peritos se puedan escuchar entre sí, le puede resultar de utilidad para aclarar, puntualizar, precisar o someter a crítica las conclusiones a las que se haya llegado (IZQUIERDO BLANCO, 2019, p. 229). Por añadidura, en esta materia de lingüística forense, justamente por su novedad, resultará muy enriquecedora la petición judicial para que los peritos se escuchen, debatan y puedan plantear objeciones y argumentar los fallos o críticas pertinentes a lo argumentado por el perito de la parte contraria. Personalmente hemos presenciado una vista en las que dos lingüistas forenses respondían a las preguntas planteadas en un caso en el que se debía determinar el sentido de varias frases, ambiguas, contenidas en un contrato, y resultó sumamente decisivo el debate que tuvo lugar entre ambos peritos.

En definitiva, del perito se espera, tal y como se ha afirmado, que ilustre, no que abogue, ya que para esto último ya están los abogados (GONZÁLEZ-DE-COSSÍO, 2014, p. 208).

Finalmente, la prueba pericial del lingüista forense es, como todas las periciales, de libre valoración ya que el artículo 348 de la LEC preceptúa que se someterá a las reglas de la sana crítica⁴⁸ y, como explica Hernández Galilea (2017, p. 110) se trata, concretamente, de un juicio de credibilidad en el que se incluyen factores tales como el tipo de cualificación del experto, qué grado de inteligibilidad presenta el dictamen, si existe aceptación por la comunidad científica o técnica de aquellos métodos o técnicas que se han empleado⁴⁹ y, finalmente, la lógica y verosimilitud de las conclusiones expuestas (a propósito, se puede leer, además, el muy interesante capítulo de

⁴⁸ Además, los artículos 349 a 351 de la misma ley se refieren al particular caso del cotejo de letras, y el artículo 352 a otros dictámenes periciales instrumentales de pruebas distintas.

⁴⁹ Para profundizar en esta cuestión que resulta tan interesante como compleja, resultan de gran interés las conclusiones expuestas por Salvador Coderch y Rubí Puig (2008, p. 41): “[...] a la hora de valorar la evaluación normativa que supone Daubert debe partir de la constatación de que, nuestro sistema jurídico –en el derecho español– no existe la dicotomía de funciones entre un Juez y un Jurado, entre la decisión sobre el derecho aplicable y la que tiene como objeto los hechos y, concretamente, la causalidad. En nuestro derecho, ambas funciones corresponden a un Juez de carrera, típicamente, al Juez de Primera Instancia y, por ello, las aprensiones manifestadas desde la perspectiva del sistema procesal norteamericano y de la prevalencia del juicio de jurados no tienen lugar aquí: el intento, en nuestra cultura, de forzar al alza la calidad de los peritajes científicos y tecnológicos, la ambición por atraer al caso a la buena ciencia en lugar de limitarse a la ortodoxia –a las concepciones científicas dominantes– o, acaso peor aún, a la ciencia basura no es ajeno a la regulación de la excepción de riesgos de desarrollo: el mejor sentido de ambas expresiones –“*state of art*” o “estado de los conocimientos científicos”– coincide con la búsqueda de la excelencia, no con la detentación del poder en la academia o en los laboratorios ni con la pseudociencia”. Resulta oportuno leer la valoración que ofrece una magistrada respecto de la credibilidad de los informes periciales: Ortiz Rodríguez (2019, p. 233-237).

Además, y entre otros excelentes trabajos, se pueden leer las referencias a la valoración de la prueba contenidas en Abel Lluch y Picó I Junoy (2009, p. 588); Anderson; Schum y Twining (2015, p. 464); Benfeld Escobar (2018, p. 159-185); Ferrer Beltrán (2005, p. 111) y Ferrer Beltrán (2007, p. 166); Flores Prada (2020, p. 367-412); Montero Aroca (2012, p. 640); Nieva Fenoll (2017, p. 85-101); Miranda Vázquez y Picó I Junoy (2019); Picó I Junoy (2020, p. 698); Salvador Coderch y Rubí Puig (2008); Seoane Spielberg (2020); Vázquez Rojas (2022b, p. 43-94); Vázquez Rojas (2020, p. 117-141); Vázquez Rojas (2020).

ABEL LLUCH; ORELLANA DE CASTRO; PELLICER ORTIZ; RICHARD GONZÁLEZ, 2019, p. 237-265).

Hasta aquí el repaso de las actuaciones principales del perito lingüista forense en sede judicial y en el proceso civil español.

6 CONCLUSIONES

De los objetivos inicialmente proyectados y de lo tratado, extraemos las conclusiones que siguen.

PRIMERA. Acerca del conocimiento general de la figura del lingüista forense y la prueba que, desde su especialidad, este profesional puede aportar en un proceso, hemos comprobado que son materias escasamente tratadas desde el ámbito del Derecho. En parte, debido a su relativa novedad, ya que, como se ha indicado, esta ciencia sería aplicable, de forma más señalada, desde 1968, con el trabajo del lingüista sueco STARVIK, desde 1995 en Estados Unidos con el caso “UNABOM”, y en España en 1987, con la creación de un laboratorio de acústica forense. Así, la a lingüística forense ha sido la ciencia que ha estudiado, también novedosamente, esta materia y la figura del especialista que de ella surge. Por este motivo, se invita al análisis desde la óptica jurídica para que su conocimiento pueda ser mayoritario en lugar de minoritario como ocurre en la actualidad.

SEGUNDA. Sobre el concepto de “lingüista forense”, sostenemos que la combinación de ambos términos dificulta la delimitación del campo de actuación de estas personas expertas. En consecuencia, el inicio del estudio de esta prueba pericial ha de pasar por conocer el marco conceptual para concretar, apropiadamente, distintos términos, como el sustantivo “lingüista” y el adjetivo “forense”. Tengamos en cuenta que si para un jurista, estos términos pueden resultar familiares, al dirigirse a otros receptores, la palabra “forense”, en particular, genera confusión, cuestión esta que habrá de ser explicada para evitar errores. Otros términos, como el de pragmalingüística, también han sido protagonistas porque conllevan

tener en cuenta el contexto en el que se produce el objeto del análisis pericial. Así, cada palabra pronunciada o cada letra escrita se produce por una persona en un ámbito determinado que comporta, asimismo, información que puede resultar pertinente y muy valiosa en el análisis que hay que realizar a modo de valoración conjunta y completa de todos los elementos que componen una prueba pericial de lingüística forense.

TERCERA. Se ha puesto la atención en el muy variado campo de trabajo y aplicación de la lingüística forense y en la formación de estas especialidades. Del conocimiento de su amplio campo de trabajo depende la prueba que podamos aportar en juicio, tal como la detección de la procedencia de un hablante, la existencia de un plagio, o la elaboración de un perfil, entre otros. Tan variados ámbitos de especialidad derivan en el requerimiento de auténticos especialistas y, por ello, se ha recomendado acudir a expertos lingüistas formados en lingüística forense y no a otras especialidades relacionadas con la lingüística o la propia lingüística genérica y sin especializar. Realizar análisis tales como los referidos al habla en general, a los términos empleados en un contrato en cuanto a la forma de redacción, a la determinación del acento de una persona entre otros, debe llevarse a cabo y aportarse posteriormente a juicio únicamente por expertos en dichas concretas materias. Por ello, la formación específica resulta trascendental. Estudiada la formación que se ofrece en España, concluimos que resulta decididamente escasa hoy por hoy.

CUARTA. Se ha mostrado el procedimiento probatorio para esta prueba en un genérico proceso civil, sin que su actuación presente especiales singularidades con relación al desarrollo de otras pruebas periciales. Únicamente, teniendo en cuenta su novedad y posible desconocimiento general, se debe poner especial énfasis en la explicación que deba ofrecer la persona experta en cada rama del saber para fundamentar su dictamen; también, al responder a las preguntas en su comparecencia en el proceso, en su caso, para exponer en qué métodos científicos se basan sus afirmaciones y qué

aceptación tienen por la comunidad científica para, de este modo, sustentar correctamente la validez de las conclusiones obtenidas del análisis lingüístico especializado y preciso de escritos, vídeos o audios.

QUINTA. Finalmente, dado que cada persona tiene una forma singular de escribir y de hablar, esta prueba puede resultar oportuna y valiosa en aquellas ocasiones en las que el perito lingüista forense pueda aportar su dictamen especializado sobre lo dicho o escrito. Para ello, conviene difundir la existencia de la lingüística forense y aprovechar, en sede judicial, el saber que se puede obtener de esta ciencia emergente a través del trabajo de este experto.

BIBLIOGRAFÍA

AAAL - Asociación Americana de Lingüística Aplicada. Disponible en: <<https://www.aaal.org/>>.

ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial**. Barcelona: Bosch, 2009. Serie *Estudios prácticos sobre los medios de prueba*.

ABEL LLUCH, Xavier; ORELLANA DE CASTRO, Rafael; PELLICER ORTIZ, Berta; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. Examen experimental de la credibilidad de los dictámenes periciales. En: PICÓ I JUNOI, Joan (Dir.). **La prueba en acción: estrategias procesales en materia probatoria: libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté**. Barcelona: Bosch, 2019. p. 237-265.

ADDPOL FORMACIÓN. Disponible en: <<https://addpol.org/curso/curso-universitario-de-especializacion-en-perito-judicial-experto-en-linguistica-forense/>>.

ALFA - Asociación de Lingüística Forense Argentina. Disponible en: <<http://www.linguisticaforense.com/>>.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Trad. Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015.

ANSANELLI, Vincenzo. Pruebas e instrumentos cognoscitivos del juez. En: DONDI, Aangelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. **Procesos civiles en evolución: una perspectiva comparada**. Madrid: Marcial Pons, 2017. p. 195-246.

BANACLOCHE PALAO, Julio. Los medios de prueba y el desarrollo anormal del proceso. En: BANACLOCHE PALAO, Julio; ZARZALEJOS NIETO, Jesús. **Aspectos fundamentales de derecho procesal penal**. 4. ed. Madrid: La Ley, Las Rozas, 2018.

BANACLOCHE PALAO, Julio; ZARZALEJOS NIETO, Jesús. La prueba en el proceso civil. En: BANACLOCHE PALAO, Julio; ZARZALEJOS NIETO, Jesús. **Aspectos fundamentales de derecho procesal penal**. 5. ed. Madrid: La Ley, Las Rozas, 2021.

BENEDETTI, Novella; QUERALT ESTÉVEZ, Sheila. A literature review of the role of forensic linguistics in gender-based violent crimes in Italy: supporting legal professionals and providing scientific evidence. En: **Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law**, Barcelona, Ed. Escola d'Administració Pública, v. 79, p. 140-157, 2023.

BENFELD ESCOBAR, Johann Sebastian. Sobre el carácter normativo y tendencialmente vinculante de las reglas de la sana crítica en la ponderación de la prueba judicial. En: **Revista de Derecho**, Valparaíso, Ed. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, v. 50, p. 159-185, 2018.

BONET NAVARRO, José. **La prueba en el proceso civil: cuestiones fundamentales**. Madrid: Difusión Jurídica, 2009.

BRIZ GÓMEZ, Antonio. El discurso judicial oral a partir de un análisis de corpus. En: MONTOLÍO DURÁN, Estrella (Ed.). **Hacia la modernización del discurso jurídico**. Barcelona: Universitat de Barcelona Publicacions i Edicions, 2012. p. 39-64.

CANALE, Michael, MOUGEON, Raymond; KLOKEI, Terry J. Remarks: forensic linguistics. En: **Canadian Journal of Linguistics**, Cambridge (UK), Ed. Cambridge University Press, v. 27, n.º 2, p. 150-155, 1982.

CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina. **Comunicación para juristas**. Madrid: Tirant lo Blanch, 2019.

CARRETERO GONZÁLEZ, Cristina. La prueba pericial lingüística en los procesos penales. En: ORTEGA BURGOS, Enrique (Dir.). **Derecho Penal 2022**: actualidad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 29-57.

CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. **Don Quijote de la Mancha**: edición del quinto centenario. Madrid: RAE, ASALE, 2004.

CICRES I BOSCH, Jordi; GAVALDÀ MESTRE, Núria. La lingüística forense: la llengua com a evidència. En: **Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law**, Barcelona, Ed. Escola d'Administració Pública, v. 61, p. 60-71, 2014.

CONTRERAS ROJAS, Cristian. **La valoración de la prueba de interrogatorio**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

COULTHARD, Malcolm. ¿Qué dijeron en realidad?: una evaluación de evidencia policial por un lingüista forense. En: **Revista Iberoamericana de Discurso y Sociedad**, Barcelona, Ed. Gedisa, v. 3, n. ° 2, p. 45-60, 2001.

COULTHARD, Malcolm; JOHNSON, Allison; WRIGHT, David. **An introduction to forensic linguistics: language in evidence**. Londres: Routledge, 2017.

DELGADO ROMERO, Carlos. La identificación de locutores en el ámbito forense. Tesis doctoral. 2004. Universidad Complutense, Madrid, 2004. Disponible en: <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/4488/>>.

DELGADO ROMERO, Carlos. La pericia de identificación del habla: el papel fundamental del experto. En: GARAYZÁBAL HEINZE, Elena; JIMÉNEZ BERNAL, Miriam; REIGOSA RIVEIROS, Mercedes. **Lingüística forense**: la lingüística en el ámbito legal y policial. Madrid: Euphonia, 2012.

DELGADO ROMERO, Carlos. La pericia de identificación del habla: el papel fundamental del experto. En: GARAYZÁBAL HEINZE, Elena; JIMÉNEZ BERNAL, Miriam; REIGOSA RIVEIROS,

Mercedes (Coord.). **Lingüística forense**: la lingüística en el ámbito legal y policial. 2. reed. corregida y ampliada. Madrid: Euphonía, 2014. p. 199-212.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Disponible en: <<https://dle.rae.es/>>.

DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO. Disponible en: <<https://dpej.rae.es/>>.

EL CONFIDENCIAL. 2021. Las palabras inculparon al asesino: así trabaja una lingüista forense. Disponible en: <https://www.elconfidencial.com/cultura/2021-01-25/entrevista-a-sheila-queral-forense-linguista_2912884/>.

EL ESPAÑOL 2018. Qué fue del asesino de Anabel Segura: Emilio Muñoz anda suelto por Vallecas. Disponible en: <https://www.elespanol.com/reportajes/20181111/asesino-anabel-segura-emilio-munoz-suelto-vallecas/352244777_3.html>.

EL NORTE DE CASTILLA. 2018. La UVA analiza textos a través del Big Data para detectar plagios o solventar casos de acoso. Disponible en: <<https://www.elnortedecastilla.es/valladolid/valladolid-adentra-ciencia-20180309210743-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.elnortedecastilla.es%2Fvalladolid%2Fvalladolid-adentra-ciencia-20180309210743-nt.html>>.

EL PAÍS. 2021. Una lingüista a la caza del criminal. Disponible en: <https://elpais.com/cultura/2021/02/24/elemental/1614180273_221892.html>.

ELVIRA-GARCÍA, Wendy; ROSEANO, Paolo; FERNÁNDEZ PLANAS, Ana María. “Determining speakers” origin on the base of their intonation: a preliminary study. En: **Propuestas en fonética experimental: enfoques metodológicos y nuevas tecnologías**, Girona, Ed. Universitat de Girona, Servei de Publicacions, p. 71-75, 2022.

ESCRIBANO MARTÍN, Fernando. A pesar de más tres décadas de trabajo, la lingüística forense no goza en España del reconocimiento que tiene en otros países. 2022. Disponible en: <<https://www.uam>>.

es/uam/investigacion/cultura-cientifica/articulos/entrevista-irene-hidalgo>. Consultado el 15-11-2023.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. **Derecho privado romano**. 10. ed. Madrid: Iustel, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FITZGERALD, James R. FBI's communicated threat assessment database: history, design, and implementation. En: **FBI: Law Enforcement Bulletin**, Washington, Department of Justice, v. 76, n.º 2, p. 6-9, 2007.

FLORES PRADA, Ignacio. Veinte años de vigencia del modelo dual de prueba pericial en el proceso civil (breve balance y propuestas de reforma). En: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial a examen propuestas de "lege ferenda"**. Barcelona: Bosch, 2020. p. 367-412.

FONS RODRÍGUEZ, Carolina. El cotejo de letras: ¿debe necesariamente realizarse por un perito judicial? (art. 349.3 LEC). En: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial a examen propuestas de "lege ferenda"**. Barcelona: Bosch, 2020. p. 372-380. ForensicLab. Disponible en: <<https://www.upf.edu/es/web/uval/forensiclab>>.

FRADEJAS RUEDA, José Manuel. Lingüística forense y crítica textual: el caso Ayala—Cervantes. En: **Signa: Revista de la Asociación Española de Semiótica**, Madrid, Ed. Asociación Española de Semiótica, n.º 25, p. 193-220, 2016.

FUNDACIÓN COMILLAS. Cursos. Disponible en: <<https://www.fundacioncomillas.es/cursos-de-espanol/otros-cursos-de-lengua-y-cultura/courses/Linguistica-forense-marco-judicial-pericial/>>.

GARAYZÁBAL HEINZE, Elena; JIMÉNEZ BERNAL, Miriam; REIGOSA RIVEIROS, Mercedes. **Fundamentos de la lingüística forense**. Madrid: Síntesis, 2019.

GARAYZÁBAL HEINZE, Elena; JIMÉNEZ BERNAL, Miriam; REIGOSA RIVEIROS, Mercedes. **Lingüística forense: la lingüística en el ámbito legal y policial.** Madrid: Euphonía, 2012.

GARAYZÁBAL HEINZE, Elena; JIMÉNEZ BERNAL, Miriam; REIGOSA RIVEIROS, Mercedes. La lingüística forense: licencia para investigar la lengua. En: GARAYZÁBAL HEINZE, Elena; JIMÉNEZ BERNAL, Miriam; REIGOSA RIVEIROS, Mercedes (Coord.). **Lingüística forense: la lingüística en el ámbito legal y policial.** 2. reed. corregida y ampliada. Madrid: Euphonía, 2014. p. 27-48.

GARCÍA LEÓN, Susana. La lectura fácil en derecho: un paso más hacia la plena inclusión. En: MADRID CRUZ, María Dolores (Dir.). **El jurista y el reto de un derecho comprensible para todos.** Madrid: Reus, 2021. p. 113-131.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M. La oralidad en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias. En: CARPI, Federico; ORTELLS RAMOS, Manuel (Ed.): **Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente: coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008: comunicaciones: presentations.** v. 2. Valencia: Universitat de València, Servei de Publicacions, 2008. p. 199-210.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luís. La prueba: los medios de prueba en concreto (IV). En: **Derecho jurisdiccional.** v. II. 18. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 309-328.

GONZÁLEZ-DE-COSSÍO, Francisco. El prurito del perito. En: **Ius Et Praxis,** Lima (Perú), Ed. Universidad de Lima, n.º 45, p. 207-215, 2014.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, María Consolación. Expresar para convencer: importancia del lenguaje en la estrategia procesal. En: MADRID CRUZ, María Dolores (Dir.). **El jurista y el reto de un derecho comprensible para todos.** Madrid: Reus, 2021. p. 175-193.

GSFL: Sociedad Germánica de Lingüística Forense. Disponible en: <<https://germanicsocietyforensiclinguistics.org/>>.

HERITAGE UNIVERSITY. Disponible en: <<https://cursolinguistica-forense.com/>>.

HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel. La ciencia en el estrado: lenguaje, conocimientos científico-técnicos y función jurisdiccional. En: **Anuari de Filologia. Estudis de Lingüística**, Barcelona, Ed. Universidad de Barcelona, n.º 7, p. 97-124, 2017.

IAFLL: International Association of Forensic and Legal Linguistics. Disponible en: <<https://iafl.org/>>.

IAFPA: The International Association for Forensic Phonetics and Acoustics. Disponible en: <<http://www.iafpa.net/>>.

ILFE: Grupo Académico Lingüística Forense. Disponible en: <<https://grupoacademicoilfe.weebly.com/>>.

IZQUIERDO BLANCO, Pablo. ¿Qué espera un juez de un buen dictamen para ser convincente? En: MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de (Coord.); PICÓ I JUNOI, Joan (Dir.). **La prueba en acción: estrategias procesales en materia probatoria**: libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté. Barcelona: Bosch, 2019. p. 215-237.

LUCENA MOLINA, José Juan. Terminología utilizada en conclusiones de informes periciales: problemas epistemológicos. En: **Cuadernos de la Guardia Civil. Revista de Seguridad Pública**, Madrid, Ed. Dirección General de la Guardia Civil, n.º 48, p. 94-131, 2014.

MÁSTER Universitario en Lingüística y Tecnologías. Disponible en: <<https://www.ucm.es/master-linguistica-y-tecnologias/plan-de-estudios>>.

McMENAMIN, Gerard R. **Introducción a la lingüística forense**: un libro de curso. Fresno (USA): California State University Press, 2017.

MÉNDEZ TOMÁS, Rosa. ¿Puede aportarse al informe pericial un documento nuevo en el proceso, si es necesario para elaborar el dictamen (arts. 336.2 y 270 LEC)? En: ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOI, Joan (Dir.). **La prueba pericial**. Barcelona: Bosch, 2009. p. 394-402. Serie *Estudios prácticos sobre los medios de prueba*.

MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de (Coord.); PICÓ I JUNOI, Joan (Dir.). **La prueba en acción: estrategias procesales en materia**

probatoria: libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté. Barcelona: Bosch, 2019.

MOLINER, María. **Diccionario de uso del español**: edición abreviada. v. e-o. Madrid: Gredos, 2008.

MOLINER, María. **Diccionario de uso del español**. Tomos A-H e I-Z, 2. ed., 6.^a reimpr. Madrid: Gredos, 2006.

MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. 7. ed. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 2012.

NIEVA FENOLL, Jordi. Repensando Daubert: elementos de convicción que debe tener un buen dictamen pericial. En: MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de (Coord.); PICÓ I JUNOY, Juan (Dir.). **Peritaje y prueba pericial**. Barcelona: Bosch, 2017. p. 85-101.

NIUS DIARIO. Un informe de lingüística forense apunta que el exnovio de Déborah pudo “faltar a la verdad”. 2022. Publicado el 12-5-2022. Disponible en: <https://www.niusdiario.es/espana/galicia/informe-linguistica-forense-exnovio-deborah-faltar-verdad_18_3328770156.html>.

ORTELLS RAMOS, Manuel. Profesiones jurídicas, formación jurídica y litigiosidad de una sociedad en evolución: el caso de España. En: Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, Lima, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, v. 2.305-2.546, n.º 52, p. 7-65, 1999.

ORTIZ RODRÍGUEZ, Carmen. ¿Cuándo un juez deja de creer en un dictamen pericial? En: MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de (Coord.); PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba en acción**: estrategias procesales en materia probatoria: libro en homenaje a Lluís Muñoz Sabaté. Barcelona: Bosch, 2019. p. 233-237.

OTEIZA, Eduardo. El acceso a la justicia como continente de la prueba pericial. En: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”**. Barcelona: Bosch, 2020. p. 81-93.

OYANEDEL FERNÁNDEZ, Marcela; SAMANIEGO ALDAZÁBAL,

José Luís. Aplicación de la lingüística al campo legal. En: **Onomázein: Revista de Lingüística, Filología y Traducción de la Pontificia Universidad Católica de Chile**, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, n.º 6, p. 251-261, 2001.

PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”**. Barcelona: Bosch, 2020.

QUERALT ESTÉVEZ, Sheila. Acerca de la prueba lingüística en atribución de autoría hoy. En: **Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law**, Barcelona, Ed. Escola d'Administració Pública, núm. 62, p. 35-48, 2014.

QUERALT ESTÉVEZ, Sheila. **Atrapados por la lengua: 50 casos resueltos por la lingüística forense**. Barcelona: Larousse, 2020a.

QUERALT ESTÉVEZ, Sheila. Decálogo para solicitar una pericial lingüística. En: Pie de Página y SQ-Lingüistas Forenses, 2019. Disponible en: <<https://www.sq-linguistasforenses.com/uploads/8/3/2/6/83268456/decalogo-para-solicitar-una-pericial-linguistica-layqkv.pdf>>.

QUERALT ESTÉVEZ, Sheila. El análisis lingüístico: una ciencia forense. En: Web de Llengua i Dret, 2017. Disponible en: <<https://eapc-rld.blog.gencat.cat/2017/07/06/el-analisis-linguistico-una-ciencia-forense-sheila-queralt/>>.

QUERALT ESTÉVEZ, Sheila. El uso de recursos tecnológicos en lingüística forense. En: **Pragmalingüística**, Cádiz, Ed. Universidad de Cádiz, n.º 28, p. 212-237, 2020b.

QUERALT ESTÉVEZ, Sheila (Coord.). **Lingüistas de hoy: profesiones para el siglo XXI**. Madrid: Síntesis, 2023.

QUERALT ESTÉVEZ, Sheila; GIMÉNEZ GARCÍA, Roser. Lingüista forense. En: QUERALT ESTÉVEZ, Sheila (Coord.). **Lingüistas de hoy: profesiones para el siglo XXI**. Madrid: Síntesis, 2023, p. 175-182.

QUERALT ESTÉVEZ, Sheila; GIMÉNEZ GARCÍA, Roser. Soy lingüista, lingüista forense: licencia para analizar tus palabras: guía

para ser un lingüista forense profesional. En: **Pie de página**. Madrid, 2019.

RAMÍREZ SALADO, Mercedes. Antecedentes de la lingüística forense: ¿desde cuándo se estudia el lenguaje como evidencia? En: **Pragmalingüística**, Cádiz, Ed. Universidad de Cádiz, n.º 25, p. 525-539, 2017.

RAMÍREZ SALADO, Mercedes. Panorama actual de la lingüística forense a nivel nacional e internacional. En: **Del Español: Revista de Lengua**, Huelva, Ed. Universidad de Huelva, n.º 1, p. 17-31, 2023.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. La ciencia y la tecnología aplicadas a la prueba de los hechos en el proceso: análisis del fundamento y fiabilidad de la prueba neurocientífica. En: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”**. Barcelona: Bosch, 2020. p. 615-654.

RÍOS LÓPEZ, Yolanda. Los informes técnicos no creados expresamente para fundamentar la pretensión: ¿tienen valor de dictamen pericial?: en caso negativo, ¿cómo pueden introducirse en el proceso? (art. 335.1 LEC). En: ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial**. Barcelona: Bosch, 2009. p. 268-283. Serie *Estudios prácticos sobre los medios de prueba*.

SALVADOR CODERCH, Pablo; RUBÍ PUIG, Antoni. Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales: avance del tratado de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. En: **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, Ed. Universitat Pompeu Fabra, n.º 1, p. 63, 2008.

SANJURJO RÍOS, Eva Isabel. En la búsqueda del “buen perito”: una propuesta de reforma razonada para el art. 340 LEC. En: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”**. Barcelona: Bosch, 2020. p. 413-442.

SANTANA LARIO, Juan; FALCES SIERRA, Marta. Any statement you make can be used against you in a court of law: introducción a la lingüística forense. En: **A life in words: a miscellany celebrating twenty-five years of association between the English Department of**

Granada University and Mervyn Smale (1977-2002). Granada: Ed. Universidad de Granada, 2002. p. 267-281.

SEGURA CROS, Bibiana. En el acto del juicio o la vista: ¿puede preguntársele al perito sobre cuestiones o hechos que no se relacionan directamente con el contenido de su dictamen? (art. 347.1 LEC). ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial**. Barcelona: Bosch, 2009. p. 413-421. Serie *Estudios prácticos sobre los medios de prueba*.

SEOANE SPIELBERG, José Luís. La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”**. Barcelona: Bosch, 2020. p. 53-79.

SMITHSONIAN MAGAZINE. When the unabomber was arrested, one of the longest manhunts in FBI history was finally over. 2018. Disponible en: <<https://www.smithsonianmag.com/smithsonian-institution/unabomber-arrested-longest-manhunt-fbi-history-over-180968744/>>.

SOLAN, Lawrence M.; TIERSMA, Peter M. **Speaking of crime: the language of criminal justice**. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SQ-LINGÜISTAS FORENSES. En: <<https://www.sq-linguistasforenses.com/cursos-linguistica-forense.html>>. Consultado el 11-9-2023.

SVARTVIK, Jan. **The Evans statements: a case for forensic linguistics**. Göteborgs: Göteborgs Universitet, 1968.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.

THE WASHINGTON POST. 1997). The unabomber manifesto. Disponible en: <<https://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/unabomber/manifesto.text.htm>>.

TURELL JULIÁ, María Teresa (Ed.). **Lingüística forense, lengua y derecho**. Barcelona: Institut Universitari de Lingüística Aplicada, Universitat Pompeu Fabra, 2005.

UICM: Unión Interprofesional de la Comunidad de Madrid. Asociación de Colegios profesionales. Disponible en: <<https://www.uicm.es/project/listados-oficiales-de-peritos-de-colegios-profesionales-de-la-comunidad-de-madrid-2022/>>.

UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia, España. Disponible en: <<https://extension.uned.es/actividad/19977>>.

UNITED STATES. Department of Justice. Federal Bureau of Investigation. FBI. The Unabomber. Disponible en: <<https://www.fbi.gov/history/famous-cases/unabomber>>.

UNITED STATES. Department of Justice. Federal Bureau of Investigation. FBI. The Words of a killer. Disponible en: <<https://www.fbi.gov/news/stories/the-words-of-a-killer-the-unabomber-case-25-years-later-040221>>.

UNIVERSIDAD DE GIRONA. Máster en Lingüística Forense y Peritaje Lingüístico. Disponible en: <<https://hispanismo.cervantes.es/congresos-y-cursos/master-linguistica-forense-peritaje-linguistico>>.

UNIVERSIDAD POMPEU FABRA. Noticias. Los peritos judiciales lingüistas podrán obtener una titulación universitaria oficial. 2008. Disponible en: <<https://www.bsm.upf.edu/es/noticias/peritos-judiciales-linguistas-podran-obtener-titulacion-universitaria-oficial#gs.7aip6q>>.

VALERO GARCÉS, María del Carmen. **Lingüística forense:** contextos, teoría y práctica. Madrid: Edisofer, 2018.

VÁZQUEZ ROJAS, María del Carmen. La imparcialidad, la independencia y la objetividad pericial: los factores humanos de los expertos. En: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”**. Barcelona: Bosch, 2020. p. 117-141.

VÁZQUEZ ROJAS, María del Carmen. La prueba pericial: entre la deferencia y la educación. Tesis doctoral (Derecho, Economía y Empresa)– Universidad de Girona, Girona, 2014. Disponible en: <<https://www.tdx.cat/bitstream/>

handle/10803/284763/tmcvr. pdf;jsessionid=2F466CB8F28F4A
F3C42CBDD20E0CA284?sequence=5>.

VÁZQUEZ ROJAS, María del Carmen. Las comunidades expertas y los sesgos cognitivos de los peritos. VÁZQUEZ ROJAS, María del Carmen (Coord.). **Manual de prueba pericial**: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ciudad de México (México): Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022b. p. 43-94.

VÁZQUEZ ROJAS, María del Carmen (Coord.). **Manual de prueba pericial**: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ciudad de México (México): Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022a.

VIÑALS CARRERA, Francisco; PUENTE BALSELLS, María Luz. **Diccionario jurídico-pericial del documento escrito**. Barcelona: Herder, 2006.

YÉLAMOS BAYARRI, Estela. Infravaloración de la pericial de parte respecto a la pericial judicial: sensaciones. En: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.). **La prueba pericial a examen propuestas de “lege ferenda”**. Barcelona: Bosch, 2020. p. 689-697.

Recebido em: 11-4-2025

Aprovado em: 16-6-2025

EL DERECHO PENAL ANTE EL DESAFIANTE CRUCE ENTRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DELITO^{1y2}

Daniel Schurjin Almenar³

SUMARIO. I introducción. II Conceptualizaciones en torno a la inteligencia artificial. III Regulación legal de la IA a nivel jurídico. IV Impacto de la IA a nivel jurídico penal. V Muestras de delitos que se cometen con la IA. V.a Contenidos de explotación sexual de menores de edad. V.b *Grooming*. V.c Accesos ilegítimos a sistemas informáticos. V.d Fraudes informáticos. V.e Creación y propagación

¹ **Como citar este artículo científico.** SCHURJIN ALMENAR, Daniel. El derecho penal ante el desafiante cruce entre la inteligencia artificial y el delito. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 143-164, maio-ago. 2025.

² A Revista Amagis Jurídica e o autor agradecem à “Revista de Derecho y Tecnología, Ciberdelitos” (núm. II, Tomo 2024-2, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 301 e seguintes), parceira argentina, pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil. / La Revista Amagis Jurídica y el autor agradecen a la “Revista de Derecho y Tecnología, Ciberdelitos” (núm. II, Tomo 2024-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 301 ss.), socio argentina, por facilitar este artículo científico para su publicación en Brasil.

³ Abogado (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA), en Derecho Informático (UBA –título en trámite–) y en Ministerio Público UBA –título en trámite–). Docente de grado (Facultad de Derecho - UBA) y de posgrado (Facultad de Derecho - UBA, UNQ, UNMDP y UBP). Investigador DeCyT, Facultad de Derecho – UBA. Auxiliar fiscal. Subsecretario letrado de la PGN. Asesor de la Comisión para la Reforma del Código Penal (Dec. 103/17). Co-responsable de la sección Medios Digitales y Delitos Informáticos de la revista de la Asociación Pensamiento Penal. Codirector de la revista “Temas de Derecho Penal y Procesal Penal” (Ed. Erreius). Co-coordinador de contenidos de Rubinzal-Online. Correo electrónico: dsa_abogado@hotmail.com

de *software* malicioso. V.f Entorpecimiento de las comunicaciones. V.g Agiotaje. V.h Propagación de discursos de odio. VI Algunas respuestas posibles por parte del sistema jurídico penal. VII A modo de cierre. Bibliografía.

I INTRODUCCIÓN

La irrupción y desarrollo de las modernas tecnologías de la información y la comunicación (TIC's), potenciados por el drástico cambio de marcha que supone el creciente uso masivo de la inteligencia artificial (IA), han provocado que la humanidad haya cruzado las puertas de una transformación radical en sus formas de vida y de cultura.

Computación⁴, educación⁵, salud⁶, finanzas y economía⁷, transporte y logística⁸, arte y diseño⁹ son, por hacer una elemental

⁴ La IA ha mejorado la capacidad de las computadoras para entender y generar lenguaje humano (procesamiento de lenguaje natural), ha permitido el desarrollo de sistemas que pueden interpretar y comprender imágenes y videos (visión artificial) y ha permitido el desarrollo de algoritmos que pueden aprender de los datos y mejorar su rendimiento con el tiempo (aprendizaje automático).

⁵ La IA ha permitido el desarrollo de sistemas que pueden adaptarse a las necesidades individuales de los estudiantes (aprendizaje personalizado), ha habilitado el análisis de grandes cantidades de datos educativos para identificar patrones y tendencias y ha permitido el desarrollo de herramientas educativas como *chatbots* y sistemas de tutoría inteligentes.

⁶ La IA ha mejorado la capacidad de los profesionales de la salud para diagnosticar enfermedades y condiciones clínicas, ha permitido el desarrollo de tratamientos personalizados para pacientes con enfermedades específicas y ha habilitado el análisis de grandes cantidades de datos médicos para identificar patrones y tendencias.

⁷ La IA ha permitido el análisis de grandes cantidades de datos financieros para identificar patrones y tendencias, ha mejorado la capacidad de los inversores para predecir el comportamiento de los mercados y ha permitido el desarrollo de sistemas que pueden identificar y gestionar riesgos financieros.

⁸ La IA ha hecho viable el desarrollo de vehículos autónomos que pueden conducir sin la intervención humana, ha permitido el desarrollo de sistemas que pueden gestionar el tráfico y reducir la congestión y ha habilitado el desarrollo de sistemas que pueden optimizar las rutas de los vehículos para reducir el tiempo de entrega y el consumo de combustible.

⁹ La IA ha permitido el desarrollo de sistemas que pueden generar arte y diseño personalizado, ha generado patrones y texturas únicas y complejas que pueden ser utilizadas en el diseño de textiles, gráficos y otros materiales y ha colaborado con los diseñadores y artistas para generar nuevas ideas y conceptos, permitiendo una fusión de la creatividad humana con la capacidad de procesamiento de datos de la máquina.

enumeración ejemplificativa, solo algunos de los múltiples campos que se ven incididos por este profundo cambio de era¹⁰, respecto del cual, lógicamente, no es ajeno el Derecho en general, ni el Derecho penal –sustantivo y adjetivo– en lo particular.

Observamos ya a diario que la IA es capaz de analizar grandes cantidades de datos jurídicos, identificar patrones y tendencias, evaluar riesgos y proporcionar valiosas perspectivas para la toma de decisiones técnico-legales (terreno en el que tallan decididamente los denominados *sistemas expertos*) (MARTÍNEZ BAHENA, 2012, p. 827-846). También ayuda a investigadores y abogados a encontrar información relevante en tiempo record y con esfuerzos relativamente reducidos. Asimismo, dentro de los procesos judiciales y litigios, la inteligencia artificial optimiza la automatización de tareas rutinarias y repetitivas, como la preparación de documentos y la gestión de casos, liberando tiempo para que los profesionales y sus auxiliares se centren en tareas más complejas y estratégicas.

No sin cuestionamientos, la IA viene abriéndose paso dentro del específico segmento del Derecho penal, por ejemplo, al emplearse en el análisis de grandes cantidades de datos para identificar patrones y tendencias en la comisión de delitos¹¹. Asimismo, en el reconocimiento facial con fines de identificar personas concretas de cara a la aplicación de la ley penal¹² o, en otro plano, para ayudar a

¹⁰ En similar línea se ha dicho que “(l)as inteligencias artificiales... y sus aprendizajes automáticos han dejado de ser una promesa. Su presente está trayendo profundos cambios sobre, entre otros ámbitos, comercio, arte y cultura, política, administración pública, salud, derechos humanos, democracia. Nada parece escapar a esta nueva traducción digital del mundo, donde se imponen constantes procesos de eficientización, optimización del tiempo, aprovechamiento del espacio y un control estricto tanto de las conductas humanas como de las no-humanas” (VERCELLI, 2024, p. 52-74).

¹¹ PredPol y HunchLab e IBM i2 Analyst’s Notebook son muestras elocuentes. Estos tres programas se utilizan en diferentes partes del mundo y abordan distintas facetas del análisis criminal. Los dos primeros se centran más en la predicción de crímenes, mientras que el tercero se enfoca en el análisis de datos para identificar patrones en actividades delictivas, incluyendo el crimen organizado.

¹² Recordemos, por ejemplo, que el sistema de reconocimiento facial fue implementado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la identificación de prófugos en 2019 (independientemente de las suspensiones judiciales que fueran dispuestas en lo que a su aplicación concreta se refiere, basadas en la afectación de derechos como la

los jueces a determinar la posibilidad de reincidencia¹³ y sugerir el tiempo de duración para penas privativas de la libertad (UNESCO, 2021).

Tras brindar este panorama introductorio, en lo que sigue buscaremos aproximarnos a los distintos conceptos que se han trazado con respecto a la inteligencia artificial, según fuentes diversas, y a algunas de sus tipologías. Después nos referiremos a su regulación normativa. Luego pasaremos a esbozar un cuadro sobre el impacto que la IA a nivel jurídico penal, para enfocarnos luego en algunas muestras de delitos que se cometen con inteligencia artificial. Finalmente haremos referencia a algunas respuestas que el sistema penal podría ensayar ante el uso indebido de esta peculiar manifestación de la tecnología.

II CONCEPTUALIZACIONES EN TORNO A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Tal como lo enuncia un reciente documento de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), no hay una única definición de inteligencia artificial (UNESCO, 2021). Sin embargo, nos parece que es inexorable acercarnos a algunas nociones que sobre ese concepto se han trazado hasta el momento.

Expresado en un tono divulgativo, el Consejo de la Unión Europea indica que la IA es el uso de tecnología digital para crear sistemas que puedan realizar tareas que, por lo habitual, requieren una intervención humana. La IA imita el pensamiento humano, pero procesa la información con mayor rapidez y precisión (CONSEJO DE EUROPA, 2025). Su funcionamiento –según la fuente señalada– se

privacidad, la libertad de expresión y de reunión, y los principios de inocencia, de igualdad y de no discriminación).

¹³ Algoritmos predictivos de riesgo como PSA, LSI-R, HART, CAS, y COMPAS son aplicables a los procesos de toma de decisiones relacionados con la valoración del riesgo de reincidencia en relación a personas imputadas por la comisión de delitos (MIRÓ LINARES, 2018, p. 107).

secuencia en cuatro pasos, que pasan por analizar grandes cantidades de datos, detectar patrones a través de algoritmos, realizar una tarea y aprender, como así también mejorar sus resultados (CONSEJO DE EUROPA, 2025).

A fin de efectuar tareas y tomar decisiones, los sistemas de IA están entrenados para detectar patrones en grandes cantidades de datos y aprender a partir de su propia experiencia.

En el plano divulgativo local, evocando el criterio de la UNESCO, se conceptualiza a la inteligencia artificial como “máquinas capaces de imitar ciertas funcionalidades de la inteligencia humana incluyendo la percepción, el aprendizaje, el razonamiento, la resolución de problemas, la interacción del lenguaje e incluso la producción creativa”. Su proceso básico se escinde en cinco pasos:

- 1) recopilación de datos relevantes para la tarea que a IA va a realizar;
- 2) entrenamiento de la IA con estos datos, utilizando algoritmos específicos para que aprendan patrones y relaciones y pueda hacer predicciones sobre nuevos datos;
- 3) ajuste de parámetros para la mejora del desempeño;
- 4) prueba con nuevos datos para ver cuán bien realiza la tarea; y
- 5) implementación en aplicaciones del mundo real, supeditada al buen funcionamiento en la etapa de pruebas (ARGENTINA, 2025).

Otro tipo de definiciones, que cuentan con una profundidad técnica acaso mayor, las vemos, por ejemplo, en el artículo 3.º del Reglamento de Inteligencia Artificial del Parlamento Europeo (2021), que define al sistema de IA como un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información

de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales.

En análoga línea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) especifica que los sistemas de inteligencia artificial son variables en sus niveles de autonomía y adaptabilidad después de su implementación, y define que consisten en sistemas basados en máquinas que, para objetivos explícitos o implícitos, infieren, a partir de *inputs* (información que reciben), cómo generar *outputs* (resultados) a modo de predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones susceptibles de influir en entornos físicos o virtuales¹⁴.

La doctrina del ámbito jurídico también se ha ocupado de trazar definiciones sobre la IA. El catedrático Andrés Gil Domínguez (2019, p. 13 y ss.) apunta que la inteligencia artificial es un campo de la ciencia y de la ingeniería que se ocupa de la comprensión de los comportamientos inteligentes tratando de emular las diversas capacidades del cerebro humano sintetizando y automatizando tareas intelectuales nutriéndose de conocimientos de otras disciplinas tales como la filosofía, la economía, la estadística, las neurociencias, la psicología y las matemáticas. Y detalla que, en la actualidad, el concepto de IA se vincula fundamentalmente con el aprendizaje autónomo de las máquinas a través del aprendizaje profundo (*deep learning*), basado en la utilización de las redes neuronales artificiales multicapa que enseña a los ordenadores a aprender mediante ejemplos.

Por su parte, el jurista español Fernando Miró se refiere a la inteligencia artificial como

cualquier “sistema que muestre un comportamiento inteligente mediante el análisis de su entorno y la adopción de medidas

¹⁴ Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial de la OCDE, adoptada el 21-5-2019 y modificada el 2-5-2024, disponible en <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>>.

–con cierto grado de autonomía– para lograr objetivos específicos”. Esta definición incluye: a) IA débil o estrecha, sistemas informáticos que permiten el aprendizaje automático para llevar a cabo una tarea específica; b) IA media o general, que aún no existen y que tendrían la capacidad de comprender para llevar a cabo cualquier tarea; c) y la IA fuerte, o Super Inteligencia Artificial (SAI), que incluye aquellos sistemas que superan las capacidades de los seres humanos. Si bien es evidente que gran parte de los cambios en el sistema de justicia penal serán causados por tecnologías de IA más avanzadas, también es evidente que la actual IA plantea suficientes retos y amenazas para concentrar la atención (MIRÓ LINARES, 2023, p. 13 y ss.).

III REGULACIÓN LEGAL DE LA IA A NIVEL JURÍDICO

El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (EU AI Act) (UNIÓN EUROPEA, 2024) es la primera normativa jurídica a nivel mundial que regula la inteligencia artificial, desde que entrara en vigor el 1 de agosto de 2024 (e independientemente de que en buena medida su aplicación tendrá lugar recién a partir de 2026).

La República Argentina no ha sancionado aún leyes específicas sobre inteligencia artificial. Tampoco ha avanzado significativamente sobre políticas integrales en el sector. Varios intentos fueron realizados desde el año 2018, todos ellos tendientes a crear organismos que trabajaran en la regulación de la robótica e IA, sin embargo, ninguno de ellos ha trascendido al plano del derecho positivo (FARINELLA, 2024).

Dada la existencia de ese inusitado terreno virgen a nivel legislativo, las alternativas regulatorias que se barajan oscilan entre la posibilidad de contar con disposiciones que partan de leyes puras y duras de estilo tradicional, o bien adoptar un esquema basado en el *soft law*, que se caracterice por su flexibilidad, en razón de las características propias del objeto a regular (GRANERO, 2024).

IV IMPACTO DE LA IA A NIVEL JURÍDICO PENAL

Se atribuye a Wolfgang Frisch la idea según la cual, en contraste con el creciente espacio que se le ha ido dedicando al Derecho procesal penal (en especial con cuanto se vincula a la vigilancia informática y a la obtención y preservación de la prueba digital en el proceso de prevención e investigación de los delitos no tradicionales), el interés por el Derecho penal sustantivo (especialmente en su parte general) ha ido declinando, fundamentalmente porque el trabajo desplegado por la doctrina y la jurisprudencia desde hace más de un siglo, en ese campo, es comprensivo y apto para responder a casi todos los problemas que la realidad puede presentar (DÍAZ CANTÓN, 2014, p. 11).

Sin embargo, también se ha sostenido que ante el nuevo escenario que irrumpe con la era digital y el avance de las TIC's, donde son ostensibles los cambios sociales con implicaciones en la naturaleza del ser humano y en los valores y principios básicos de la política criminal, se hace necesaria una reflexión dogmática que se aleje de arquitecturas sustantivas inmutables, que menosprecien la importancia del cibercrimen (AGUSTINA, 2021, p. 705-777). Ello ha llevado a que se esbocen enfoques distintivos, con propuestas de adaptación de algunas categorías dogmáticas de la teoría del delito ante los retos que plantean las conductas criminales cometidas (en su integridad o de forma preponderante) en el ciberespacio o a través de la tecnología (AGUSTINA, 2021, p. 705-777).

Los ajustes en cuestión (propugnados—en una enumeración no taxativa— con respecto a la redefinición de los conceptos de *persona*, *bien jurídico* y *acción*; con reflexiones sobre la imputación objetiva; replanteos en la dogmática de la tentativa, en la teoría de concursos y en los problemas de autoría y participación; sumadas algunas consideraciones sobre las circunstancias atenuantes y agravantes) (AGUSTINA, 2021, p. 705-777) se vieron motivados no sin considerar la influencia de la Inteligencia Artificial, pero sin ponerla en el centro de la escena, sino como una integrante más del elenco de

una *informática tradicional*, asociada con los amplificadores efectos que aparejó el acceso al uso masivo de internet y a cierta clase de tecnología (computadoras, telefonía móvil, *tablets*, y dispositivos inteligentes).

En noviembre de 2022 Open AI dio a conocer el *chatbot* conversacional Chat GPT, hito al que le sucedió el lanzamiento de otros nuevos y no menos impresionantes sistemas de última generación (Gemini, Claude 3 y Meta IA), con poder para generar texto fluido en decenas de idiomas, procesar audio, razonar de forma compleja, seguir instrucciones, visualizar ideas y resolver problemas matizados. De este modo, la Inteligencia Artificial ha mejorado, se ha simplificado y se ha introducido cada vez más en nuestras vidas, las empresas se apresuran a crear productos basados en IA y el público en general la utiliza cada vez más (tal como lo afirma y lo respalda con métricas sorprendentes STANFORD UNIVERSITY, 2024).

En ese contexto, con su capacidad de captación de grandes volúmenes de información variada y compleja, sumado el hallazgo e inferencia de conocimiento que pueden desplegar los sistemas de procesamiento de datos (inalcanzablemente superiores a la capacidad de cómputo de cualquier persona), como así también la aptitud para tomar decisiones autónomas, automáticamente, bajo una pauta de *paridad humana*, la IA provocó que la *informática tradicional* haya evolucionado y se haya transformado en algo significativamente diferente. De allí que se hable de la necesidad de atribución de consecuencias jurídico-penales propias, inclusive más allá de las que comenzaron a enarbolarse cuando, en un mundo altamente incidido por las TIC's, la Inteligencia Artificial –si bien ya estaba entre nosotros– no ocupaba tal papel central (ALONSO CEBRIÁN; VELASCO NÚÑEZ, 2024).

Concretamente, se teoriza sobre la plausibilidad de ir más allá de la concepción de la IA como un *medio* de ejecución de un ataque delictivo (*a través de*) y/o de un *objeto* de ataque (donde lo protegido por la norma sea la propia IA). Lo que está asomando es la figuración

de un modelo de responsabilidad penal propia para las inteligencias artificiales autónomas como concepto científico, en función de su capacidad para decidir y/o cometer conductas riesgosas o lesivas para bienes jurídicos fundamentales (tal como, a su modo, se han dado los desarrollos que llevaron a concebir a la persona jurídica como centro de imputación de normas susceptibles de responsabilidad, inclusive en el campo penal) (ALONSO CEBRIÁN; VELASCO NÚÑEZ, 2024; GRANDI, 2022, p. 30)¹⁵.

Bajo este panorama (y en lo que aquí quedará a expresado a modo de una enunciación susceptible de mayores desarrollos en trabajos venideros), la doctrina identifica cuatro grupos de posibles delitos relacionados con la IA (JANUÁRIO, 2023, p. 1-39):

1. delitos cometidos intencionalmente por personas físicas o jurídicas, con uso deliberado de la inteligencia artificial (como podría ser el uso de IA para crear *software* malicioso –*malware*– que se adapta y evade los sistemas de detección, haciendo los ataques cibernéticos más efectivos y difíciles de rastrear);
2. delitos negligentes causados por fallas en la cadena productiva y/o uso de la IA (como podría darse con el empleo de la IA en el sector de la salud, si un diagnóstico erróneo es presentado por un sistema de asistencia, o un error es cometido por un robot inteligente en el contexto de una cirugía, de lo cual resultan lesiones o, incluso, la muerte de un paciente);

¹⁵ En nuestro medio local, dentro de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Austral (26/9/2024), el Inspector General de Justicia, Daniel R. Vítolo, sostuvo la inminente necesidad de reconocerle personalidad jurídica a las Inteligencias Artificiales, legislando en este campo, como único modo de poder regular la actuación de esta nueva realidad en lo que hace a las consecuencias de dicha actuación, y propuso la creación, dentro del elenco de las personas jurídicas privadas, de la persona jurídica artificial o persona jurídica digital, como centro diferenciado de imputación de conductas y sujeto de derecho (El Inspector General de Justicia promovió la idea de subjetivizar la Inteligencia Artificial, disponible en <<https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-inspector-general-de-justicia-promovio-la-idea-de-subjetivizar-la-inteligencia>>).

3. delitos provocados por la propia IA, sin intervención humana (por ejemplo, la instigación al suicidio generada por una inteligencia artificial en su interacción con un ser humano) (al respecto, ver LA NACIÓN, 2024; PÁGINA 12, 2023);
4. ilícitos cometidos por seres humanos, instrumentalizados por la IA (se ha dado, como supuesto de esta variante, el caso de un vehículo autónomo dotado con un sistema de Inteligencia Artificial, en un determinado evento y por causas desconocidas, realiza una maniobra que provoca un accidente y lesiona o mata a terceros o incluso a sus ocupantes) (JANUÁRIO, 2023, p. 1-39).

V MUESTRAS DE DELITOS QUE SE COMETEN CON LA IA

Más allá de las ejemplificaciones dadas al describir los cuatro grupos de posibles delitos relacionados con la IA, en los últimos tiempos ha sido factible identificar la posibilidad de que la inteligencia artificial sea empleada, especialmente, para la comisión de algunas maniobras en particular, susceptibles de tener repercusiones penales.

V.a CONTENIDOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL DE MENORES DE EDAD

Una muestra la tenemos en la generación de medios sintéticos generados por inteligencia artificial (*deepfakes*) aplicados a la generación de contenidos de explotación sexual de menores de edad y el consumo de este material. Allí las aguas se dividen entre quienes argumentan que estamos ante una laguna de punición (ya que, en los términos del artículo 128 del CP, es impune cualquier forma de representación en la que no medie la participación activa o pasiva de un menor de edad víctima del abuso sexual) (ABOSO, 2023) y quienes trazan interpretaciones más amplias, basadas en una lectura constitucional y convencional que autorizaría que esta clase

de despliegues pudiera ser penado en Argentina (RIQUERT, 2024. Asimismo, RUBÍN, 2023).

V.b GROOMING

La inteligencia artificial puede facilitar o potenciar el proceso mediante el cual un adulto establece una relación emocional manipuladora con un menor de edad con el fin de explotarlo sexualmente (delito de *grooming* contemplado en el art. 131 del CP), mediante la creación de perfiles falsos y bots¹⁶, automatización de conversaciones¹⁷, análisis de comportamiento y vulnerabilidades¹⁸, creación de contenido explícito¹⁹ y manipulación de contenido visual²⁰.

¹⁶ La IA puede ser empleada para crear perfiles falsos o *bots* en redes sociales o plataformas de mensajería. Estos perfiles pueden simular la presencia de personas atractivas para los menores, creando una falsa confianza y acercándose a ellos. Con el uso de algoritmos de procesamiento de lenguaje natural, los atacantes pueden mantener conversaciones realistas y atractivas, ganándose la confianza del menor sin levantar sospechas.

¹⁷ Mediante *chatbots* alimentados por IA, los agresores pueden mantener conversaciones automatizadas y personalizadas con muchos menores a la vez, creando un entorno de manipulación más eficiente. Estos *bots* pueden ser diseñados para responder de manera rápida y persuasiva, dirigiendo la conversación hacia temas sensibles o inapropiados sin que el agresor esté directamente involucrado en cada interacción.

¹⁸ Los sistemas de IA pueden analizar grandes cantidades de datos para identificar patrones de comportamiento en los menores de edad. A través de técnicas como la microsegmentación (utilizada en marketing digital), los agresores pueden identificar a menores vulnerables o con necesidades emocionales específicas y dirigir su manipulación hacia ellos, sabiendo exactamente qué tipo de contenido o enfoque usar para ganarse su confianza.

¹⁹ Con el uso de tecnologías avanzadas como la *deepfake*, que utiliza IA para crear imágenes, videos o audios falsos, los atacantes pueden fabricar contenido sexual falso o intimidatorio para manipular a los menores, haciendo que se sientan presionados o amenazados. Esto puede ser utilizado para chantajear a los menores o incluso para manipularlos a enviar imágenes o videos íntimos.

²⁰ La IA también permite la creación de imágenes y videos falsos con herramientas de *deepfake* y síntesis de voz. Los agresores pueden usar estas tecnologías para engañar a los menores, creando contenido falso que los haga sentir cómodos, o incluso amenazados. Este tipo de manipulación aumenta la capacidad de los agresores para controlar la interacción y llevarla hacia fines delictivos.

V.c ACCESOS ILEGÍTIMOS A SISTEMAS INFORMÁTICOS

Saltando al terreno de los accesos ilegítimos a sistemas informáticos (art. 153 bis CP), su perpetración solía producirse mediante la utilización de programas de fuerza bruta, programas diccionario, empleo de códigos maliciosos (*malware*) de programas espías (*spyware*), e incluso la utilización de ingeniería social. Sin embargo, ese tipo de delito se ve notablemente facilitado mediante el empleo de IA general o tecnología de propósito general (GPT-3 y 4) para la adquisición de contraseñas, con sorprendentes resultados: el 51% de las contraseñas mundialmente más utilizadas descifradas o reveladas en un menos de un minuto; 65% de contraseñas de plausible desciframiento en menos de una hora, 71% en un día, y el 81% de las claves en menos de un mes (SUEIRO, 2023).

V.d FRAUDES INFORMÁTICOS

Por otra parte, los sistemas de IA que habilitan la imitación de los patrones de voz de una persona pueden ser empleados para fines ilícitos, por ejemplo, para engañar a terceros sobre la identidad del interlocutor y así perfeccionar una estafa convencional, o bien sortear las medidas de seguridad de otro sistema que permita accesos no autorizados o directamente la comisión de fraudes informáticos (SUEIRO, 2023). Este tipo de maniobras, al igual que el fraude financiero²¹, los fraudes en línea²², el robo de identidad²³ y el *phishing*

²¹ Los algoritmos de IA pueden ser utilizados para llevar a cabo actividades fraudulentas en el sector financiero, como el robo de identidad, el fraude en tarjetas de crédito, la manipulación de mercados financieros y el lavado de dinero (MOTTA; MOYANO, [S.d.]).

²² Los fraudes en línea potenciados por IA incluyen diversas tácticas destinadas a engañar a los usuarios de Internet para que divulguen información personal o realicen transacciones fraudulentas. Esto puede incluir la creación de sitios web falsos, la manipulación de reseñas en línea, y la publicidad engañosa generada por algoritmos (MOTTA; MOYANO, [S.d.]).

²³ Los algoritmos de IA pueden ser utilizados para recopilar y analizar grandes cantidades de datos personales con el fin de robar identidades y cometer fraudes en nombre de individuos inocentes. Esto puede incluir la creación de perfiles falsos en redes sociales, la solicitud de créditos y préstamos fraudulentos, y la usurpación de cuentas en línea (MOTTA; MOYANO, [S.d.]).

automatizado²⁴ se vinculan estrechamente con lo estudiado en torno a la figura prevista por el art. 173 incs. 15 y 16 CP.

V.e CREACIÓN Y PROPAGACIÓN DE SOFTWARE MALICIOSO

En otro orden de ideas, se ha identificado el uso de algoritmos abiertos y su capacidad para **crear** a una velocidad récord programas maliciosos, incluso sin que el usuario tenga experiencia o conocimientos previos. Así, cualquier persona que haga uso de la inteligencia artificial podría generar códigos dañinos capaces de vulnerar los sistemas de seguridad informática de otras personas. Esta situación no solo pone en riesgo la privacidad de los usuarios, sino que también facilita el acceso a bases de datos públicos o privados, abriendo la puerta a delitos como el chantaje (ABOSO, 2023). Esto, de mínima, guarda relación con cuanto hemos visto al estudiar la figura prevista por el art. 183 del Código Penal.

V.f ENTORPECIMIENTO DE LAS COMUNICACIONES

Otro punto a considerar, ya en andarivel del delito de entorpecimiento de las comunicaciones (art. 197 del Código Penal), viene dado por el potenciador efecto que se daría de usarse la inteligencia artificial para provocar un corte en los servicios telefónicos mediante el uso de algoritmos de *denial-of-service* (DoS) o ataques de denegación de servicio. En este caso, un sistema basado en IA podría ser programado para generar solicitudes masivas de conexión a una red telefónica específica, saturando los canales de comunicación y provocando una interrupción en el servicio. La IA podría optimizar este ataque en función de patrones de tráfico

²⁴ El *phishing* automatizado es una técnica en la que los algoritmos de IA se utilizan para crear correos electrónicos y mensajes de texto convincentes que engañan a los usuarios para que revelen información confidencial, como contraseñas y números de cuenta bancaria. Estos mensajes suelen estar diseñados para parecerse a comunicaciones legítimas de empresas y organizaciones conocidas (MOTTA; MOYANO, [S.d.]).

y vulnerabilidades de la infraestructura de red, permitiendo que la agresión sea más efectiva y difícil de detectar en tiempo real. Este tipo de técnica puede ser utilizada para interrumpir las comunicaciones telefónicas, afectando tanto a usuarios individuales como a servicios críticos que dependan de dichas redes.

V.g AGIOTAJE

De su lado, no podemos perder de vista que la IA ha emergido como una herramienta de gran poder y versatilidad en el campo del periodismo y de la creación de contenido informativo. Su creciente utilización en ese ámbito ha dado pie a preocupaciones sobre su impacto en la propagación de noticias falsas (*fake news*), fenómeno que, en determinados contextos, puede ser instrumentalizado para fines ilícitos. Ello puede ocurrir con un delito (que no hemos visto) denominado agiotaje (CP. art. 300, inc. 1²⁵), donde la IA puede incidir en la generación de información errónea y manipulada, para influir artificialmente en los precios de las mercaderías, afectando así el mercado y contraviniendo las normativas jurídicas relacionadas con la preservación de la estabilidad económica y la ética comercial.

V.h PROPAGACIÓN DE DISCURSOS DE ODIO

Antes de dar cierre a este tramo entendemos necesario indicar que la inteligencia artificial puede ser empleada para potenciar la propagación del discurso ideológico, y su influencia se puede manifestar de diversas maneras (personalización de contenidos²⁶,

²⁵ La disposición indica que será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado.

²⁶ Los algoritmos de IA, como los de recomendación (utilizados por redes sociales y plataformas digitales), pueden personalizar los contenidos que los usuarios ven en función de su comportamiento y preferencias previas. Esto puede llevar a que las personas estén expuestas principalmente a contenido que refuerce sus creencias ideológicas, creando lo que se conoce como “burbujas de filtro” o “cámaras de eco”.

análisis predictivo y microsegmentación²⁷ y automatización de la propaganda²⁸). Estas capacidades pueden fortalecer posiciones ideológicas, aumentar la polarización y limitar el acceso a una información equilibrada y diversa. En ese marco, la inteligencia artificial puede ser empleada como eficaz potenciador de la circulación de discursos de odio, que en los últimos tiempos ha reactualizado el negacionismo o minimización de los delitos de lesa humanidad realizados durante la última dictadura cívico-militar, cuyo reproche penal podemos encontrarlo en figuras que, entre nosotros, tendrían parcial recepción por vía de la Ley 23.592 de “Actos Discriminatorias” (al respecto, ver RIQUERT 2023).

VI ALGUNAS RESPUESTAS POSIBLES POR PARTE DEL SISTEMA JURÍDICO PENAL

Ante el cuadro de situación descripto, dado el poder amplificador que la tecnología en general, y la IA en lo particular, tienen frente a la posibilidad de comisión de numerosos delitos, dentro del sistema jurídico se han dado o están comenzando a ensayarse algunas posibles reacciones normativas.

Una de ellas, de carácter general, pasa por la **prohibición del uso (al menos parcial) de la inteligencia artificial**, tal como sucedió en Italia en 2023, donde el organismo competente para la protección de datos personales bloqueó temporalmente el uso del

En estos entornos, los usuarios tienden a recibir información que valida su punto de vista, lo que puede fortalecer ideologías particulares y limitar el debate plural.

²⁷ Los sistemas de IA pueden analizar grandes volúmenes de datos sobre comportamientos y opiniones de los usuarios para realizar una microsegmentación precisa. Esto permite que los mensajes ideológicos sean diseñados específicamente para influir en grupos pequeños pero homogéneos, adaptando el contenido a sus creencias, emociones y características individuales. Así, los discursos pueden ser dirigidos con alta eficacia a audiencias específicas, potenciando la propaganda ideológica.

²⁸ Mediante el uso de herramientas de automatización basadas en IA, es posible difundir mensajes ideológicos a gran escala, adaptados a diferentes contextos y plataformas, de forma continua y a todas horas. Esta capacidad de difundir propaganda de manera automatizada y eficiente incrementa su impacto y alcance, especialmente durante períodos electorales o en situaciones de alta polarización social.

chatbot de OpenAi (Chat GPT), al considerar que la plataforma vulneraba elementales parámetros de privacidad. Dado el creciente impulso e influencia que la IA está teniendo en nuestras vidas, con marcados beneficios para muchos sectores de la humanidad, el camino prohibicionista no pareciera ser viable, más que como una medida de acotados límites temporales.

Con mayor cercanía al ámbito penal, en el derecho comparado se ha propuesto contemplar que en la parte general del Código Penal se incorpore una nueva **agravante por razón de los medios tecnológicos empleados** que, por su naturaleza, faciliten, aumenten o intensifiquen la perpetración o los efectos de cualquier conducta delictiva, dificulten la identificación del autor o su persecución (AGUSTINA, 2021, p. 705-777). Un ejemplo, en ese sentido, vino dado por un proyecto de ley presentado el 29-8-2024 ante el Congreso de la República de Perú, que propugna modificar el Código Penal, incluyendo una cláusula de agravación genérica que venga dada por “Emplear en la ejecución de la conducta punible o medios de cuyo uso pueda resultar peligro común, uso inadecuado de inteligencia artificial” (Proyecto de Ley 8746/2024-CR). En similar sentido se presentó un proyecto de ley en Puerto Rico, aunque con una redacción notablemente más laxa (MICROJURIS, 2023).

Yapensando en los delitos de la parte especial, doctrinariamente, desde un atalaya preventivo general, se ha pronosticado que la tendencia del legislador para absorber el impacto de la inteligencia artificial en el campo delictivo irá asociada a la **creación de nuevos tipos penales que propenderán a los adelantamientos punitivos**, en procura de evitar resultados ulteriores más graves, sobre todo cuando la acción criminal comprende una potencialidad masiva, indiscriminada y generadora de daños de difícil restauración, dado el fenómeno mixto donde a la acción humana se le suma la potencialidad lesiva multiplicadora del uso de las tecnologías (ALONSO CEBRIÁN; VELASCO NÚÑEZ, 2024).

En ese sentido, también se ha pensado no en la creación en sí de nuevos tipos penales, sino en el agregado de **agravantes**

particulares para algunas figuras ya existentes dentro del Código Penal. Un ejemplo de ello lo vemos en el citado proyecto de ley peruano, que prevé una agravante específica para la estafa para quien, en procura de conseguir su objetivo, utiliza el empleo de voz, imagen, audio o movimiento corporal de terceros con el uso de inteligencia artificial.

VII A MODO DE CIERRE

A lo largo de este trabajo hemos procurado brindar un paneo de actualidad de algunos de tantos cruces que podemos ver entre la inteligencia artificial y el delito. Seguramente, por la propia dinámica expansiva de la IA las líneas que hemos volcado precisen de una pronta actualización.

No se trata aquí de demonizar esta asombrosa manifestación tecnológica, sobre todo si tenemos en cuenta que en su naturaleza la IA no tiene valores, intenciones ni juicios propios. Es decir, la IA, en su forma básica, no tiene una agenda moral o ideológica y funciona de acuerdo con los datos y algoritmos con los que ha sido entrenada o programada. De allí que se predique su *neutralidad*, idea que está asociada a que el sistema en sí no tiene una predisposición hacia un resultado u otro.

Sí pensamos que tan disruptiva herramienta no puede pasar desapercibida para el sistema jurídico penal y sus integrantes, quienes, tras analizar las posibles implicancias y alcances potenciadores de la IA en el ámbito delictivo, podrían hacer oír su voz en clave de plausibles regulaciones o previsiones normativas, máxime en un momento como el actual, en el que vuelve a instalarse el debate sobre la actualización y reforma integral del Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

ABOSO, Gustavo Eduardo. Machine learning y deepfakes en la producción de material de abuso sexual infantil. En: **elDial**

Contenidos Jurídicos. Buenos Aires, 2023.

AGUSTINA, José R. Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad: ¿es necesaria una dogmática del ciberdelito ante un nuevo paradigma? En: **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, v. 41, p. 705-777, 2021.

ALONSO CEBRIÁN, José María; VELASCO NÚÑEZ, Eloy. Delitos por/con inteligencia artificial: presente y futuro. En: Diario La Ley (España), Sección Ciberderecho, Madrid, E. La Ley, N.º 82, 5 de abril de 2024.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia ¿Qué es la inteligencia artificial? Marzo de 2025. Disponible en: <<https://www.argentina.gob.ar/justicia/convosenlaweb/situaciones/que-es-la-inteligencia-artificial>>.

CONSEJO DE EUROPA. Inteligencia artificial: usos y efectos. Febrero de 2025. Disponible en: <<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/ai-explained/>>.

DÍAZ CANTÓN, Fernando. Prólogo. En: PETRONE, Daniel. **Prueba informática.** Buenos Aires: Didot, 2014.

FARINELLA, Favio. Regulación de la inteligencia artificial en Argentina. En: Sistema Argentino de Informática Jurídica (SAIJ). 14 de noviembre de 2024. disponible en: <https://www.saij.gob.ar/DACF240120?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=doctrina> (Id SAIJ: DACF240120>.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. **Inteligencia artificial y derecho.** Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2019.

GRANDI, Nicolás M. Inteligencia artificial criminal: posibles abordajes a través de la dogmática penal de las acciones lesivas producidas por los softwares inteligentes. En: **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, La Ley, N.º 30, Facultad de Derecho, UNED, julio 2022.

GRANERO, Horacio R. Estado actual de la regulación de la IA en la

República Argentina y propuestas de análisis de soluciones de otros países. En: *elDial* Contenidos Jurídicos. Buenos Aires, 20-8-2024. Disponible en: <<https://www.eldial.com/publicador/pdf/DC34B3.pdf>>.

JANUÁRIO, Túlio Filipe Xavier. Inteligencia artificial y responsabilidad penal de personas jurídicas: un análisis de sus aspectos materiales y procesales. En: **Revista Estudos Penales y Criminológicos**. Santiago de Compostela, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, v. 44, N.º Ext. p. 1-39, 2023.

LA NACIÓN. Cómo la falta de controles sobre la inteligencia artificial está perjudicando la salud mental de los adolescentes. Buenos Aires, 19-11-2024. Disponible en <<https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/como-la-falta-de-controles-sobre-la-inteligencia-artificial-esta-perjudicando-la-salud-mental-de-los-nid19112024/>>.

MARTÍNEZ BAHENA, Goretty Carolina. La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho. En: **Revista Alegatos**, N.º 82, México, Ed. Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, p. 827-846, septiembre-diciembre 2012.

MICROJURIS. Enmiendas al Código Penal por delitos cometidos con Inteligencia Artificial. Buenos Aires, 8-12-2023. Disponible en: <<https://aldia.microjuris.com/2023/12/08/enmiendas-a-codigo-penal-por-delitos-cometidos-con-inteligencia-artificial/>>.

MIRÓ LINARES, Fernando. Delitos en el Código Penal. en: COLOQUIO INTERNACIONAL DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL (AIDP), Sección N.º 2, Bucarest, Rumania, 13 al 17 junio 2023. Disponible en: <https://www.penal.org/sites/default/files/Questionnaires%20ES_1.pdf>.

MIRÓ LINARES, Fernando. Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados causados por robot. En: **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, Ed. Uned, N.º 20, Facultad de Derecho, UNED, 2018.

MOTTA, María José; MOYANO, Lucas. Fraudes potenciados por inteligencia artificial: desafíos y estrategias de mitigación.

En: Hammurabi online. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: [S.d.]. Disponible en: <https://www.hammurabi.com.ar/moyano/?srsltid=AfmBOoqk7n2_DUpJYtE-7TYhPE-WMTY4diTS7z fLUjTibVtyJMKbPRjW>.

PÁGINA 12. Consternación en Bélgica por el suicidio de un hombre tras hablar con un chatbot de IA. Buenos Aires, 2-4-2023. Disponible en: <<https://www.pagina12.com.ar/536810-consternacion-en-belgica-por-el-suicidio-de-un-hombre-tras-h>>.

PARLAMENTO EUROPEO. P9_TA(2024)0138 Reglamento de Inteligencia Artificial Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).

RIQUERT, Fabián L. La distribución de representaciones de explotación sexual infantil. En: Rubinzal Online, 19-11-2024.

RIQUERT Marcelo Alfredo. Conductas comunicativas odiosas e inteligencia artificial: ¿un problema penal? En: Revista de la Asociación Pensamiento Penal, 29-11-2023. Disponible en: <<https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/doctrina/91107-conductas-comunicativas-odiosas-e-inteligencia-artificial-problema-penal>>.

RUBÍN, Santiago. Inteligencia artificial, *deepfake* y pornografía infantil. En: Errepar, 21-9-2023. Disponible en: <<https://documento.errepar.com/actualidad/inteligencia-artificial-deepfake-y-pornografia-infantil>>.

STANFORD UNIVERSITY. Institute for Human-Centered AI. AI Index Steering Committee. The AI Index 2024 Annual Report. Stanford, CA, abril 2024. Disponible en: <https://aiindex.stanford.edu/wp-content/uploads/2024/05/HAI_AI-Index-Report-2024.pdf>.

SUEIRO, Carlos C. Delitos cometidos mediante inteligencia artificial: la tecnología de propósito general (chatgpt-3 y 4) y su empleo en la comisión de delitos informáticos. En: elDial Contenidos Jurídicos. Buenos Aires, 2023.

UNESCO. **El aporte de la inteligencia artificial y las TIC avanzadas a las sociedades del conocimiento:** una perspectiva de Derechos, apertura, acceso y múltiples actores. Paris: Ed. UNESCO, 2021.

UNIÓN EUROPEA. Documento 32024R1689. Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) (Texto pertinente a efectos del EEE).

VERCELLI, Ariel. Regulaciones e inteligencias artificiales en Argentina. En: **Inmediaciones en la Comunicación**, Montevideo, Ed. Universidad ORT Uruguay, v. 19, N.º 1, p. 52/74, jun. 2024.

Recebido em: 16-4-2025

Aprovado em: 22-6-2025

APUNTES Y REFLEXIONES SOBRE LA INCOPORACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTANDARIZADOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN DE USO INTERNACIONAL COMO MODALIDAD DE EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA BAJO LA LEY N.º 32069, LEY GENERAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO¹

Diego Fernando García Vizcarra²

¹ **Como citar este artículo científico.** GARCÍA VIZCARRA, Diego Fernando. Apuntes y reflexiones sobre la incorporación de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional como modalidad de ejecución de obra pública bajo la Ley n.º 32069, Ley General de Contrataciones del Estado. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 165-199, maio-ago. 2025.

² Profesor de Contrataciones del Estado de la Facultad de Derecho y Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Especialista en Gestión de Contratos Públicos por el Instituto para la Gestión Pública de la Organización de Estados Americanos (OEA). Especialista en Arbitraje Nacional e Internacional por la Universidad del Pacífico. Ha sido Asesor de la Presidencia Ejecutiva y de la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE); así como, asesor de la Gerencia de Promoción de la Inversión Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima, Gerente de Adquisiciones de Bienes Estratégicos del CEABE del Seguro Social de Salud, Director Ejecutivo de Logística del Instituto Nacional de Salud, entre otros cargos. Actualmente, Asesor de la Alta Dirección del Proyecto Especial de Inversión Pública (PEIP) Escuelas Bicentenario. Árbitro y consultor. Contacto: pcededgar@upc.edu.pe

RESUMEN

En los últimos años, el Estado Peruano ha explorado diversas formas de mejorar la gestión y ejecución de inversiones en infraestructura pública, ante el impacto de obras paralizadas o incompletas. A partir de experiencias como los Juegos Panamericanos de 2019 y el modelo PEIP desde 2020, ha identificado en los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional (como el NEC o FIDIC) la oportunidad para implementar nuevos estándares que permitan la ejecución de infraestructura pública en mejores condiciones de oportunidad y calidad; sin embargo, su uso por parte de la Administración Pública requiere de reglas y condiciones poco convencionales a nivel funcional, orgánico y de gobernanza. La reciente Ley N.º 32069, Ley General de Contrataciones del Estado, incorpora el uso de estos contratos para la ejecución de obras públicas en cualquier nivel de gobierno, constituyendo una innovación legislativa que rompe con el modelo tradicional de contratación pública y ofrece una oportunidad para transformar la política pública en inversiones e implementar reformas estructurales históricamente requeridas.

Palabras Claves. Ley General de Contrataciones del Estado, obras e infraestructura pública, contratos estandarizados internacionales, NEC, FIDIC, contratación administrativa

ABSTRACT

In recent years, the Peruvian State has explored various ways to improve the management and execution of investments in public infrastructure, given the impact of paralyzed or incomplete works. Based on experiences such as the 2019 Pan American Games and the PEIP model since 2020, it has identified in Standardized Engineering and Construction Contracts for international use (such as the NEC or FIDIC) the opportunity to implement new standards that allow the execution of public infrastructure in better conditions of opportunity and quality; However, its use by the Public Administration requires unconventional rules and conditions at a functional, organic and governance level. The recent Law No. 32069, General State Contracting Law, incorporates the use of these contracts for the execution of public works at any level of government, constituting a legislative innovation that breaks with the traditional public contracting model and offers an opportunity to transform public policy into investments and implement historically required structural reforms.

Keywords. General Law of State Procurement, public infrastructure, international standardized contracts, NEC, FIDIC, public procurement.

SUMÁRIO. I Introducción. II Los Contratos Estandarizados de Ingeniería y Construcción de uso Internacional: Naturaleza y Características Esenciales. II.a Naturaleza Jurídica. II.b características Esenciales. II.c Principales Contratos Estandarizados en el Mundo. II.d Otras Fórmulas Contractuales Estandarizadas de Presencial Internacional. III La Regulación del uso de Contratos Estandarizados de Ingeniería y Construcción en la Ley n.º 32069. IV Reflexiones Finales. Bibliografía.

I INTRODUCCIÓN

Según el “Reporte de obras paralizadas en el territorio nacional a diciembre 2023”, emitido por la Contraloría General de la República en enero del 2024, existen en el Perú un total de 2298 obras públicas paralizadas, en los tres niveles de gobierno, que no reportan ningún avance en su ejecución física durante seis meses o más. La paralización o inconclusión de estos proyectos representan un costo total de inversión que supera los S/ 26 mil 992 millones y se estima que demandarían más de S/ 13 mil 772 millones de inversión poder concluirlos.

Entre las principales causas de paralización que identifica la Contraloría General de la República en casi la mitad de dichas obras, se encuentran: i) el incumplimiento contractual (540 obras); ii) el desfinanciamiento e iliquidez para seguir ejecutando el proyecto (515 obras); iii) los conflictos contractuales que se ventilan en arbitrajes (109 obras); y iv) los conflictos sociales (101 obras). Asimismo, el 55.3% del universo de obras paralizadas identificadas a nivel nacional son ejecutadas bajo la modalidad de administración directa; es decir, cuando las propias entidades contratantes ejecutan el

proyecto utilizando sus propios recursos presupuestales, su personal técnico-administrativo, infraestructura, equipos y/o maquinarias.

Los datos y cifras antes expuestos son indicadores de las serias deficiencias del Estado como gestor y ejecutor de las obras públicas, lo cual tiene un impacto directo en el cierre de brechas para el desarrollo, puesto que la infraestructura es una pieza crucial para el crecimiento de los países, como medio para el mejoramiento del acceso a servicios público, como condición para la competitividad y productividad, así como aspecto determinante en la mejora de la calidad de vida de las personas. Tales brechas en infraestructura no solo son internas sino también externas; estas últimas generadas por estándares internacionales reconocidos para el desarrollo global, siendo necesario que aquellos factores contingentes que puedan comprometer la eficiencia y eficacia en la ejecución y gestión integral de una obra o infraestructura pública sean adecuadamente mitigados (PERROT; SÁNCHEZ, 2011).

Así, ante las repercusiones sociales y económicas derivadas de las obras públicas paralizadas, se deben analizar las oportunidades que dichos estándares internacionales pueden proveer como punto de partida para implementar soluciones más efectivas e integrales, a través de mecanismos que faciliten una fluida ejecución de la obra, a partir de una gestión colaborativa conducente a priorizar el resultado antes que el instrumento, reconduciendo adecuadamente los intereses involucrados hacia la culminación del proyecto como objetivo en común; es decir, sea a través de la administración directa o ejecución indirecta de las obras públicas, el Estado debe dejar de concebir a la contratación de estas como un proceso meramente operativo y pasar a comprender que su éxito depende en gran medida de entenderlo como un proceso de gestión.

El enfoque operativo de la contratación pública en nuestro país se ha acentuado por diversos factores estructurales del sistema. Por un lado, una regulación que tradicionalmente se ha enfocado en priorizar el factor precio sobre otros factores (calidad o plazo)

que normalmente inciden en la eficiencia de la ejecución de las obras públicas; desde los sistemas gubernamentales, pasando por la planificación de la contratación, seguida por la selección de proveedores hasta la ejecución de los contratos, el factor precio ha sido fuente de reglas que no se condicen con la realidad compleja y fluctuante de la ejecución de infraestructuras. A ello, se suma una estructura gubernamental en la que, si bien la legalidad debe ser el umbral que debe soportar todo actuar público, no permite que servidores y funcionarios tomen verdaderas decisiones de gestión, para destrabar proyectos truchos y facilitar el entendimiento y colaboración entre las partes de un contrato público; realidad exacerbada por la sobre regulación de procesos y procedimientos que entorpece la gestión contractual y, sobre la cual, opera un sistema de control gubernamental que, lejos de respaldar al gestor, lo evalúa en función de si cumple o no con lo operativo y administrativo. En ese contexto, con reglas fiscales rígidas y una estructura gubernamental inflexible, las variables que pueden suscitarse naturalmente durante la ejecución de una obra son difícilmente gestionadas o, en algunos casos, exprofesamente ignoradas, generando a la larga más sobre costos para el propio Estado.

En el ámbito privado, la industria de la construcción no es ajena a los problemas y retos de la obra paralizada; la repercusión económica es mayor, puesto que el móvil del negocio es la rentabilidad y los tiempos muertos son costos muchas veces no recuperables. Ello ha motivado el esfuerzo de diversas instituciones por diseñar e implementar enfoques y herramientas que han permitido optimizar la gestión y ejecución de proyectos de infraestructura; entre ello, destacan los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, como una tipología de contratos que dota de mayor predictibilidad y seguridad a las partes y que inserta en el enfoque de la gestión contractual el enfoque de la gestión de proyectos.

El gran reto que debe enfrentar el Estado Peruano es virar hacia enfoques, herramientas y esquemas de gobernanza más

adecuados para la gestión y ejecución de proyectos, que permitirán optar por mejores resultados, para poder cumplir compromisos de infraestructura pública priorizando factores como el tiempo y calidad, antes que solo el precio, e implementando medidas para mitigar los riesgos asociados a la paralización. Un importante paso en esa línea supuso la ejecución de las infraestructuras para la realización de los XVIII Juegos Panamericanos y VI Juegos Parapanamericanos, en el año 2019; para cumplir con los compromisos asociados a la infraestructura, el Estado optó por agenciarse de la asistencia técnica especializada del gobierno del Reino Unido, mediante un Acuerdo Gobierno a Gobierno (G2G), para evaluar e implementar una estructura de gobernanza especial que facilitara la gestión y ejecución de las inversiones, lo que conllevó a la implementación de una *Project Management Office* (PMO) en la unidad ejecutora Proyecto Especial Juego Panamericanos (PEJP) y a la exoneración de la aplicación de las reglas de algunos sistemas administrativos. Asimismo, se definió una estrategia de contratación que determinó la pertinencia de ejecutar los proyectos mediante Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, tipo NEC3, que permitió un sistema de entregas optimas en cronogramas de ejecución ajustados; así como, uso del el modelamiento BIM (*Building Information Modeling*), que atendía la necesidad de continuar con la implementación de procesos de modelamiento virtual mientras se avanzaba con la ejecución física de la obra, permitiendo además un seguimiento del proyecto de inversión en todas sus fases.

La experiencia del Estado Peruano con relación a la ejecución, entrega y gestión de las infraestructuras de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos de Lima 2019 puso de manifiesto la necesidad de institucionalizar nuevos esquemas de contratación, gestión y ejecución de proyectos de gran envergadura, sobre la base de –entre otros– el uso de los referidos Contratos Estandarizados; aspecto reconocido como clave en el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad (PNIC) del 2019 y en su actualización

a través del Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad (PNISC) para el periodo 2022-2025.

En esa línea, en el año 2020 se emitió el Decreto de Urgencia N.º 021-2020, mediante el cual se estableció el modelo de ejecución de inversiones públicas a través de los Proyectos Especiales de Inversión Pública (PEIP); modelo diseñado con la finalidad de dinamizar la actividad económica y facilitar la ejecución de las inversiones del Estado, inspirado en las mejores prácticas y altos estándares internacionales en materia de inversión, que tiene entre sus principales reglas la ejecución de infraestructura mediante Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional. Por otro lado, en el marco de la creación de la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANIN) con la Ley N.º 31841, se habilitó a este organismo público ejecutor a emplear Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional para la ejecución de las inversiones a su cargo, aprobándose mediante Decreto Supremo N.º 096-2024-EF las disposiciones que regulan, entre otros, los procedimientos especiales para la aplicación de estos contratos.

A todos esos antecedentes, desde junio del 2024, se suma la regulación prevista en la Ley N.º 32069, Ley General de Contrataciones con el Estado, nuevo régimen jurídico que entrará en vigor en marzo del 2025 y que deroga el régimen actual de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento. En este nuevo escenario regulatorio destacan importantes cambios y reformas que se inspiran en la experiencia previa antes descrita; entre los más resaltantes está la incorporación de la posibilidad que tendrán las entidades contratantes bajo el ámbito de aplicación del citado régimen de ejecutar obra pública a través de Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, sobre la base de una estrategia de contratación previamente aprobada.

Esta importante innovación legislativa supone, por un lado, un punto de quiebre para el modelo tradicional de contratación y ejecución de obra pública, puesto que abre la posibilidad de emplear

un esquema más flexible, dinámico y colaborativo en relación con el contrato de obra pública convencional. No obstante, para que sea una reforma efectiva y contribuya a generar valor público, debe contar con el alineamiento de la política pública nacional en materia de inversiones y gasto público, así como de los sistemas gubernamentales; asimismo, debe reposar en el aseguramiento de una estructura funcional y gobernanza que permita a la entidad contratante cumplir adecuadamente su rol de parte en el contrato y no incurrir en demoras o dilaciones que repercutirán directamente en sus obligaciones y en el resultado de la contratación.

En el presente artículo, se abordará el enfoque de la regulación de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional en la Ley N.º 32069, Ley General de Contrataciones del Estado, pasando revista por los principales rasgos y características de este tipo de contratos de naturaleza privada y, sobre ello, reflexionar sobre las implicancias de la habilitación de su uso para la ejecución de obra pública.

II LOS CONTRATOS ESTANDARIZADOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN DE USO INTERNACIONAL: NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

Con la globalización del comercio y el aumento de proyectos internacionales de infraestructura y energía, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, creció la necesidad de contratos que pudieran ser comprendidos y aplicados en diferentes jurisdicciones. Los proyectos internacionales traían consigo desafíos significativos de gestión y conflictos debido a las diferencias en leyes locales, normas de construcción y prácticas comerciales. Para afrontar estos desafíos, organismos internacionales y asociaciones de ingenieros y constructores, como la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* - FIDIC), comenzaron a desarrollar modelos contractuales que pudieran ofrecer una base de referencia en distintos proyectos.

El primer modelo FIDIC, el “Libro Rojo”, se lanzó en 1957, específicamente para proyectos de ingeniería civil y fue diseñado para abordar conflictos típicos de los proyectos de construcción.

Asimismo, surgieron otros modelos como los contratos NEC (*New Engineering Contract*) elaborados por el Instituto de Ingenieros Civiles del Reino Unido (*Institution of Civil Engineers -ICE*) y los modelos del Instituto Americano de Arquitectos (AIA) en Estados Unidos. Estos contratos implementaron prácticas colaborativas en la relación entre las partes, promoviendo la transparencia, la gestión de riesgos y la alineación de objetivos, una estructura que se popularizó por su eficacia en proyectos privados. Para el ámbito de los proyectos públicos, organismos financieros como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) empezaron a promover el uso de estos contratos estandarizados como requisito para los proyectos que financian, asegurando así que los términos y condiciones sean predecibles y estandarizados en contextos internacionales, y facilitando la supervisión y transparencia en el uso de los fondos.

Con el tiempo se ha convertido incluso en una importante herramienta para concretar los alcances del *Project Delivery Management* (PDM), impulsado principalmente en los Estados Unidos en la década del sesenta, que consiste en un enfoque de administración de proyectos que se centra en la supervisión y ejecución eficiente de todas las etapas de un proyecto, desde la planificación y diseño hasta la entrega final; es decir, se orienta a garantizar que el proyecto cumpla con sus objetivos, facilitando que la entrega de resultados sea de acuerdo a los parámetros previamente establecidos. En esa línea, el PDM reconoce que los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional son mecanismos facilitadores del enfoque de entrega, con relación a condiciones claves como son calidad, tiempo y costo.

Sumado a su carácter utilitario en el ámbito del PDM, los también llamados contratos tipo son reconocidos en el ámbito jurídico por la seguridad y transparencia que aportan, asegurando que las

partes tengan mayor certeza respecto a sus derechos y obligaciones, lo cual es crítico para evitar conflictos y asegurar la finalización exitosa de proyectos. Así, tanto por el alcance técnico como jurídico que tienen, son calificados como contratos complejos, puesto que no revisten un enfoque no puramente de gestión contractual, sino de gestión de proyectos. Por tal motivo y debido a su alcance, pueden ser considerados contratos colaborativos, porque están diseñados primigeniamente para viabilizar la ejecución del proyecto, para lo cual puede apuntar a intensificar la cooperación y la alineación de intereses entre las partes involucradas en un proyecto, con el objetivo de minimizar conflictos, optimizar la gestión de riesgos y asegurar la entrega exitosa del mismo.

II.a NATURALEZA JURÍDICA

Actualmente, hablar de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional es referirnos a herramientas ampliamente reconocidas en el ámbito de la gestión y ejecución de infraestructura en diversos países, tanto pública como privada. Es en este último ámbito en el que estos contratos se forjaron, como una respuesta a la necesidad de contar con documentos contractuales claros, predecibles y efectivos que faciliten el desarrollo de proyectos complejos de infraestructura bajo altos estándares de calidad, eficiencia y sostenibilidad, mitigando los riesgos asociados a la ejecución mediante un involucramiento temprano e intenso de las partes.

Desde un punto de vista jurídico, estos los Contratos Estandarizados pueden definirse como modelos o tipos contractuales sujetos al derecho privado, que se utilizan en múltiples operaciones o transacciones relacionadas a la ejecución de un proyecto de infraestructura. En esencia, se trata de contratos de adhesión, donde las cláusulas y condiciones generales son previamente establecidas por una entidad o institución especializada, como por ejemplo la FIDIC o el ICE.

Como contratos de derecho privado, al optarse por adherirse a su tipología, los mismos se encuentran normados bajo el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes, encontrándose integrados por derechos y obligaciones generales predefinidos bajo principios de buena fe y lealtad entre las partes, con el propósito de evitar desequilibrios en la relación contractual.

Tales consideraciones nos pueden llevar a la disquisición conceptual entre el contrato de construcción y el contrato de obra artesanal. Mientras que el contrato de construcción tiene por alcance la ejecución de un proyecto constructivo, el cual puede estar compuesto de obras civiles, electromecánicas, eléctricas, mecánicas, entre otras, lo cual puede demandar además que la organización y estructura comercial del contratista tenga en enfoque en el proyecto y se deban delimitar mejor sus labores por la complejidad y especialización de la prestación; el contrato de obra artesanal puede incluir labores ajenas a la construcción, en tanto solo exige que la prestación del contratista se circunscriba a una obra determinada, pudiendo las partes negociar directamente, estableciendo las condiciones a las cuales se someterán, como es el caso del monto de la retribución, el alcance de la obra, entre otros aspectos (GARCÍA VALDEZ, 2020).

Bajo ese orden de ideas, los referidos Contratos Estandarizados son propiamente contratos de construcción, los cuales no requieren en principio de un reconocimiento normativo expreso para existir ni ser efectivos en su autonomía, puesto que ha sido el mismo desarrollo económico y dinamismo de la industria constructiva los que le dieron origen, consolidándose en el tiempo como soluciones convencionales a los retos que el mercado de la construcción impone, mediante alternativas más eficientes, equilibradas y especializadas que las que brindan los ordenamientos jurídicos existentes. De allí que, su empleo para el ámbito privado no está supeditado a un tratamiento legislativo directo. Como proformas de contrato para la industria de la construcción, pueden ser modificados a necesidad de las partes y demanda de las características del proyecto; por lo que, no constituyen normas jurídicas ni pueden anteponerse a la

aplicación de las normas imperativas de un ordenamiento jurídico (MEDINA FLORES, 2023).

La naturaleza jurídica privada de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, se pone a prueba cuando los mismos son empleados por los Estados para la ejecución de proyectos de infraestructura pública con el uso de fondos públicos; toda vez que, como sujetos de derecho público, los Estados se rigen por las reglas del orden público que delimitan el alcance de la denominada Función Administrativa, la misma que comprende, entre otras formas, a la contratación administrativa como manifestación del poder público. Entonces, cuando el Estado decide emplear tipologías contractuales de estándar internacional y origen privado en lugar de sus fórmulas contractuales convencionales, se adhiere a los alcances y reglas predefinidas, pero sin despojarse del poder público que ostenta por naturaleza; de modo que, su accionar como parte del Contrato Estandarizado puede estar condicionado a la observancia de disposiciones gubernamentales que tienen incidencia sobre las obligaciones que asume frente a su contraparte.

Dentro de esa lógica, será necesaria una habilitación expresa para que el Estado pueda emplear estos Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, lo cual podría llevarnos hacia un escenario de reglas y disposiciones legales especiales que viabilicen y equilibren el rol del Estado como parte contractual y como sujeto de derecho público. Ello no significa que tal habilitación desnaturalice al Contrato Estandarizado, convirtiéndolo en un tipo de contrato administrativo especial; por el contrario, el reconocimiento es necesario con el fin de preservar su naturaleza primigenia y posibilitar que, en observancia de esta, un actor público pueda desenvolverse como sujeto contractual.

II.b CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

Si nos referimos a modelos o esquemas generales de contratación, el mercado ofrece diversas las opciones contractuales.

Sin embargo, los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional destacan por ser diseñados a la medida de las necesidades particulares del negocio de la construcción. En otras palabras, se trata de un modelo de contrato estándar que representa un conjunto de condiciones, algunas predefinidas y otras acordadas y publicadas, para las actividades relacionadas con un tipo de proyecto del sector de la construcción (Powel, 2016).

En ese orden de ideas, se distinguen por ser contratos que tienen un componente rígido que dota de predictibilidad a las partes y otro componente ajustable que permite adecuarlos a los alcances, características y necesidades del proyecto. Ese sello distintivo se sostiene en los siguientes atributos esenciales:

1. **predictibilidad:** mediante la incorporación de condiciones claras y uniformes a través de cláusulas y términos que se aplican de manera uniforme, independientemente del país o la jurisdicción en la que se implementen; lo que universaliza su comprensión y aplicación;
2. **flexibilidad:** Son contratos adaptables a las particularidades de proyectos específicos, sin que ello signifique alterar la estructura y los principios generales que lo distinguen como modelo contractual estandarizado.

Otro aspecto que suele relacionarse a la figura del Contrato Estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional es el carácter colaborativo. Al respecto, es necesario precisar que dicho carácter depende especialmente del nivel de regulación contractual que se decida emplear, puesto que podemos estar frente a contratos más o menos colaborativos, indistintamente de su estructura estandarizada. El enfoque colaborativo parte de la premisa de eliminar la fragmentación de los equipos que participan en la gestión y ejecución de un proyecto tanto como sea posible; a partir de ello, habrán esquemas más ambiciosos de colaboración que otros, algunos

llegan a plantear la necesidad de implementar estructura organizativa y de gobernanza distinta a lo convencional, en la que los equipos de las partes se involucran temprana e intensamente en componentes claves del proyecto, como el diseño, la construcción o la definición de modalidades de diseño y construcción y/o de administración o gerenciamiento (FRANCO REGJO, 2020).

En ese sentido, no todo Contrato Estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional es colaborativo *per se*. Dicho alcance suele ponerse de manifiesto en cláusulas y disposiciones que aborden de manera expresa aspectos como la distribución de riesgos entre las partes (mediante la asignación clara y razonable de los riesgos entre las partes a fin de evitar cargas desproporcionadas y fomentar una relación equilibrada), la implementación de metodologías de gestión y control de colaborativo (a través de cronogramas compartidos, plataformas de gestión de documentos y el acceso mutuo a la información del proyecto), regulación de mecanismos de incentivo al rendimiento (promueve la alineación de intereses, mediante incentivos financieros o beneficios para las partes cuando se cumplen o superan los objetivos del proyecto), la incorporación de cláusulas adaptativas (que permiten ajustes en el alcance del proyecto o en el presupuesto, siempre que estos cambios estén debidamente justificados y acordados, evitando penalizar a una parte de manera injusta por circunstancias que puedan surgir), pactar mecanismo de prevención y solución de conflictos (como son el trato directo, la mediación y el *Dispute Adjudication Board*, permitiendo la resolución de controversias de manera rápida y colaborativa, evitando litigios prolongados que paralizen la ejecución del proyecto) y la implementación de una comunicación abierta, transparente y constante (a través de la obligación de mantener reuniones periódicas, informes y mecanismos de retroalimentación, para el seguimiento y gestión de cualquier situación inesperada que pueda afectar el normal flujo del proyecto) (MOSEY, 2019).

Otro aspecto destacable de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional es su alcance amplio

y global, pues son factibles e, incluso, convenientes en contextos donde participan actores de diferentes nacionalidades o donde los proyectos requieren financiamiento internacional, dado que facilitan la homologación de prácticas contractuales. Asimismo, son adaptables al contexto de la obra pública, permitiendo que el Estado pueda ejecutar proyectos con mayor eficiencia y menor riesgo de paralización, ya que los remedios a muchas incertidumbres jurídicas y operativas ya están previstos y acordados en las condiciones generales del contrato y en las fórmulas de ajuste; no obstante, el éxito de estas fórmulas contractuales en la ejecución de obra o proyectos públicos dependerá en gran medida de la capacidad del Estado de internalizar su rol contractual y esquemas de gestión por encima de esquemas netamente operativos, implementando mecanismos ágiles y efectivos para abordar las variables que se susciten en la realidad del proyecto y que incidan en alcance, costo, plazo o calidad, sin excesivas burocracias o dilaciones administrativas.

II.c PRINCIPALES CONTRATOS ESTANDARIZADOS EN EL MUNDO

El alcance global de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional se debe a los significativos esfuerzos de organismos o instituciones que se han abocado a diseñar estos esquemas o modelos contractuales en respuesta a la necesidad de contar con instrumentos contractuales universales, adaptables y eficientes para proyectos complejos en contextos globalizados; ello, a su vez, como respuesta a la demanda *in crescendo* de los mercados de contar con reglas acordes con la esencia y alcance de la industria de la construcción, que permitan la optimización de esfuerzos, la gestión por resultados, la mitigación de riesgos típicos, la incorporación de roles claros y obligaciones delimitadas, así como la uniformización de términos y condiciones claves para la ejecución exitosa de un proyecto.

En esa línea, la gran mayoría de Contratos Estandarizados son el reflejo de un proceso evolutivo y adaptativo a las nuevas realidades (CHARRETT, 2021); en ellos, se plasman fórmulas estructuradas que se sostienen en la práctica constructiva y de gestión de proyectos generalmente aceptada en el mundo. De allí, que sean herramientas en frecuente tecnificación y actualización. Es así como, en el mundo, encontramos un abanico de múltiples opciones contractuales estandarizadas aplicables a la gestión y ejecución de proyectos de construcción o infraestructura, siendo los más empleados los siguientes:

- i. **contratos FIDIC:** familia de contratos estandarizados para diseño y construcción de proyectos, desarrollada por la *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*, con sede en Ginebra, Suiza; fundado en 1913, es una organización que representa a más de un millón de profesionales de la ingeniería y 40.000 empresas en alrededor de 100 países (FIDIC, 2024). Son de los contratos estandarizados más empleados en el mundo, siendo además los preferidos en proyectos internacionales financiados por organismos multilaterales como el Banco Mundial y son utilizados en una amplia gama de sectores, desde infraestructura hasta energía (DE ALMAGRO; KLEE, 2017).

El enfoque básico en todos los formatos FIDIC es la asignación de los riesgos entre las partes, partiendo de la premisa de que los riesgos deben ser asumidos por aquella parte que se encuentre en la mejor condición para controlar, asumir y/o evitar aquellos riesgos al menor costo (PAREDES CARBAJAL; GRAY CHICCHON, 2015). Asimismo, suele recoger el alcance de los denominados contratos EPC (*Engineering, Procurement, and Construction*), conocidos también como contratos *llave en mano*.

Se encuentra integrado por una tipología contractual que comprende las siguientes categorías: i) Libro Rojo (*Red Book*): Para proyectos de construcción tradicional, donde el diseño es

responsabilidad del cliente; ii) Libro Amarillo (*Yellow Book*): Para proyectos de diseño y construcción, donde el contratista asume la responsabilidad del diseño; iii) Libro Plateado (*Silver Book*): Para contratos de llave en mano (*turnkey*), como en proyectos de ingeniería pesada, donde el contratista es responsable de la entrega completa del proyecto; iv) Libro Verde (*Green Book*): Para contratos de menor envergadura, simplificado y de menor complejidad; y Libro Naranja (*Orange Book*): Un formato adaptado para proyectos EPC (Ingeniería, Procura y Construcción);

- ii. **contratos NEC:** los *New Engineering Contract* o *NEC Engineering and Construction Contract*, son una familia de contratos estandarizados de ingeniería y construcción desarrollados por el *Institution of Civil Engineers* (ICE) del Reino Unido, con sede en Londres; fundado en 1818, es una asociación profesional independiente de ingenieros civiles, que tiene más de 97.000 miembros, provenientes del Reino Unido y de más de 150 países (ICE, 2024). Los contratos NEC nacen del trabajo emprendido por la ICE en el año 1986, con el encargo de desarrollar un modelo contractual diseñado para clarificar los roles, responsabilidades y riesgos entre las partes, contribuyendo ello a impulsar una buena gestión de los proyectos. En 1993 se publica la primera versión del NEC, ampliándose desde entonces su alcance y aplicación en diversos proyectos de infraestructura en el mundo, incluidos proyectos de infraestructura pública.

Los contratos NEC3 (2013) y el NEC4 (2017) son los más recientes, altamente valorados en el Reino Unido y otros países de la Commonwealth. A diferencia del contrato FIDIC, el contrato NEC suele distinguirse por un enfoque orientado más a la gestión del proyecto, de modo que sea concebido como un contrato que brinde soporte al equipo técnico (FRANCO REGJO, 2020). Por ello, destaca como uno modelo diseñado para ser más flexible y colaborativo; así como adaptativo a los diversos escenarios de la ejecución el proyecto.

El contrato NEC ECC brinda una serie de seis opciones de gestión contractual, definidas principalmente por mecanismos diferenciados de distribución de riesgos y pagos al contratista (AMES, 2022), las cuales son:

- i. opción A - Contrato con precio y cronograma de actividades (contrato de precio acompañado por un programa de actividades en el que el riesgo de realizar el trabajo va acorde al precio acordado);
- ii. opción B - Contrato con precio y lista de cantidades (contrato con precio y lista de cantidades en la que el riesgo de realizar el trabajo a los precios del trabajo es asumido por el contratista);
- iii. opción C - Contrato-objetivo y cronograma de actividades (contratos-objetivos utilizados cuando la extensión del trabajo a realizarse no está completamente definida o los riesgos son mayores, compartiendo así el contratante y contratista el riesgo financiero);
- iv. opción D - Contrato-objeto y lista de actividades (cuando el contratante debe elaborar una lista con las partidas y señalar la cantidad de metrados, ante ello el contratista ofertará un precio razonable por cada unidad y será remunerado por los metrados ejecutados);
- v. opción E - Contrato de costo reembolsable (cuando se requiere iniciar pronto la ejecución de la obra y la definición de trabajo a realizarse no existe o es inadecuada); y
- vi. opción F - Contrato de gestión o *Management contract* (contrato de gestión con reembolso de costos, asumiendo el riesgo financiero en gran medida el cliente. La característica de este contrato es la subcontratación).

II.d OTRAS FÓRMULAS CONTRACTUALES ESTANDARIZADAS DE PRESENCIAL INTERNACIONAL

En primer lugar, se pueden destacar a los contratos JCT (*Joint Contracts Tribunal*), basados en los formularios RIBA que el *Royal Institute of British Architects* creó en 1879. Son formatos contractuales empleados principalmente en el Reino Unido para proyectos de construcción. Los contratos JCT incluyen formatos para construcción tradicional, contratos de diseño y construcción, y arreglos de gestión. Son populares para proyectos de infraestructura y edificios comerciales en Reino Unido y países de la Commonwealth.

Mención aparte merecen los contratos AIA, desarrollados por la *American Institute of Architects*, organización fundada en 1857 como el principal gremio de arquitectos asociados. Aunque son más comunes en Estados Unidos, los contratos AIA son utilizados en proyectos de diseño y construcción de gran escala, especialmente en proyectos de arquitectura. Proporcionan un modelo claro y detallado que define responsabilidades específicas y procedimientos para resolución de disputas.

Por otro lado, encontramos a los contratos tipo ENAA de la *Engineering Advancement Association of Japan*, organización creada en 1978 con el propósito de promocionar y desarrollar la industria de la construcción y los servicios de ingeniería ante la creciente participación de Japón en proyectos internacionales de construcción (HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2014). Destaca su tipología de contratos *llave en mano*, comprendidos en el *ENAA Model Form of International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lump Sum Basis)*.

No menos importante es la presencia que tienen los contratos *llave en mano* de la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC), publicados en el 2003, diseñados como modelo contractual para el suministro de una instalación o planta industrial (*The ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant*), como

respuesta a la necesidad de instrumentalizar prácticas nacidas del comercio en el ámbito de las relaciones económicas relacionadas con los trabajos de construcción e ingeniería industrial (CEBRIÁ, 2013).

Finalmente, se desataca la presencia de los denominados contratos IChemE, diseñados por la Institución de Ingenieros Químicos (*Institution of Chemical Engineers*), con sede en Reino Unido, organización profesional global de ingeniería con más de 30.000 miembros en 114 países. Se tratan de una familia de formularios contractuales modelo, publicados en el 2013 y actualizados en el 2017; han sido desarrollados para reflejar las mejores prácticas para la ejecución de proyectos de infraestructura para industrias de proceso (IChemE, 2024).

III LA REGULACIÓN DEL USO DE CONTRATOS ESTANDARIZADOS DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN EN LA LEY N.º 32069

Las ventajas y el reconocimiento global de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional no han sido ajenos al Perú. En los últimos años, se ha incrementado la práctica constructiva alineada a los estándares internacionales en gestión y ejecución de proyectos que promueven muchos de estos esquemas estandarizados, cuya versatilidad incluso ha sido reconocida por el Estado al preverse su aplicabilidad en la ejecución de proyectos de infraestructura pública.

Un primer antecedente en ese aspecto es lo previsto en el artículo 212 del Reglamento del TUO de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, en el que se contempla la posibilidad de que los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos, así como las empresas bajo el ámbito del FONAFE, puedan contratar obras que incluyan el diseño y construcción a través de las modalidades llave en mano que incluye el expediente técnico de obra, o concurso

oferta, según corresponda; disponiéndose que, mediante Directiva, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) regularía las disposiciones complementarias para la aplicación de estas modalidades, las que pueden incluir la posibilidad de utilizar modelos contractuales de uso estándar internacional.

No obstante, a la fecha, dichas disposiciones complementarias no han sido emitidas, imposibilitando la aplicación de este extremo de la normativa de contrataciones con el Estado. Tal indefinición y la necesidad de explorar nuevos esquemas para la gestión y ejecución de proyectos de infraestructura pública, ha llevado al Estado Peruano a recurrir a mecanismos de excepción como las contrataciones de Estado a Estado o –como se conocen comúnmente– los Acuerdos Gobierno a Gobierno (G2G), permitiendo la transferencia de conocimientos y experiencias en gestión y ejecución de proyectos bajo estándares internacionales; así, la mayor parte de la experiencia adquirida por el Estado Peruano en el empleo de Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional se han configurado en el marco de Acuerdos G2G. Entre tales experiencias, destaca como un importante hito la gestión y ejecución de la infraestructura para la realización de los XVIII Juegos Panamericanos y VI Juegos Parapanamericanos, en el año 2019, que supuso un punto de quiebre para el modelo convencional de gestión y ejecución de inversiones en el país y, de paso, para los mecanismos ordinarios de contratación de obras públicas, lográndose obtener la compleja infraestructura requerida para la organización y desarrollo del mencionado evento deportivo continental en las condiciones de calidad y oportunidad exigidas al Perú, acorde con los más altos estándares internacionales; ello fue posible, través del Acuerdo G2G con el Gobierno del Reino Unido, lo que permitió implementar altos estándares en la gestión del proyecto, a través de la creación de una PMO, el empleo de Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, y el soporte de una Asistencia Técnica Especializada, sumada a una estructura orgánico-funcional y gobernanza propicia para la gestión de este tipo de proyecto (GARCÍA VIZCARRA, 2023).

A partir de ello, como parte de los esfuerzos por dinamizar el gasto público y generar condiciones para el cierre de brechas en infraestructuras de diversos sectores, el Estado apuntó al diseño de nuevos esquemas de gestión y ejecución de proyectos que institucionalizan las lecciones aprendidas dejadas por los Acuerdos G2G, entre ellas, las relacionadas al uso de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de infraestructura pública. Así, en el 2020, se materializó otro importante hito, con la emisión del Decreto de Urgencia N.º 021-2020, que creó el modelo de ejecución de inversiones públicas a través de los Proyectos Especiales de Inversión Pública (PEIP), que institucionaliza las siguientes condiciones para la gestión y ejecución de inversiones en infraestructura del Estado Peruano: i) Contar con una PMO; ii) Contar con el soporte de una Asistencia Técnica Especializada, la cual puede ser contratada –entre otros– a través de una contratación Estado a Estado; y iii) Facilidades para la ejecución de las inversiones a través del uso de Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional³, el empleo de la modalidad *Fast Track*, excepciones para la habilitación de licencias y liberación de interferencias, la suscripción de Convenios de Administración de Recursos con organismos internacionales, entre otros.

En ese sendero, mediante la Ley N.º 31841 se creó la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANIN), organismo público ejecutor a cargo de la formulación, ejecución y mantenimiento de los proyectos o programas de inversión que contribuyan al cierre de brechas de infraestructura. Dentro de las facilidades que la regulación reconoce a la ANIN para el cumplimiento de sus fines, se encuentra la autorización legal para la ejecución de inversiones a través de Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso

³ Artículo 7 del Decreto de Urgencia N.º 021-2020

7.1 Autorízase a los proyectos especiales de inversión pública la aplicación de modelos contractuales de ingeniería de uso estándar internacional, exceptuándose en dichos casos de la aplicación de las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, y su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.

internacional. A fin de instrumentalizar dicha habilitación, mediante Decreto Supremo N.º 096-2024-EF se aprobaron las disposiciones que regulan los procedimientos especiales para la contratación de la Asistencia Técnica Especializada en gestión de proyectos y para la aplicación de Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional.

Los antecedentes antes descritos reflejan una realidad inexorable: la aplicación de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional a la gestión y ejecución de proyectos de infraestructura pública requieren de una serie de condiciones especiales y habilitaciones expresas que viabilicen su empleo por parte de las entidades públicas. Ello debido a que las reglas convencionales aplicables a la contratación administrativa y la ejecución de obra pública no se condicen con la flexibilidad y adaptabilidad de las fórmulas de ajuste y gestión contractual que promueven los Contratos Estandarizados. Sumado a ello, tales reglas y condiciones están condicionadas a capacidades y habilidades que no todos los operadores de los contratos públicos ostentan, puesto que estamos no solo ante tipologías contractuales altamente técnicas, no solo concebidas para una buena gestión contractual sino, en muchos casos, para una efectiva y eficiente gestión de proyectos (*Integrated Project Delivery*); por lo que, tales habilidades deben verse manifestadas desde una etapa de planificación estratégica de la contratación, identificándose la mejor opción contractual en función a los factores que determinan la ejecución del proyecto (*drivers*).

Teniendo en cuenta lo dicho hasta este punto, se aprecia con especial interés la fórmula normativa prevista en la Ley N.º 32069, Ley General de Contrataciones del Estado, nuevo régimen de contratación pública que reemplazará al de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Publicada el 24 junio de 2024 y próxima a entrar en vigor en marzo del 2025, la Ley N.º 32069 constituye el sexto régimen legal de contratación pública que tiene el Estado Peruano desde la dación de Ley N.º 26850, primera Ley de Contrataciones y

Adquisiciones del Estado. Con un enfoque que apunta a fortalecer la gobernanza e integridad de la contratación pública, así como la profesionalización del comprador público y la promoción de la gestión de riesgos y gestión por resultados, la citada legislación apunta a posicionarse como el régimen general propiamente dicho de la contratación administrativa, siendo aplicables sus disposiciones a los más de 26 regímenes especiales de contratación que tiene el Estado. En ese orden de ideas, la Ley N.º 32069 incursiona en importantes reformas e innovaciones legislativas; entre las más destacables, está la habilitación del uso de Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional para la ejecución de obra pública, por parte de las Entidades comprendidas en el alcance subjetivo de la Ley (sin diferenciar nivel de gobierno), a través de un conjunto de disposiciones que buscan viabilizar dicha opción, las cuales se procederán a explicar, analizar y comentar:

- a) **definición y alcance:** la propia Ley N.º 32069, en su artículo 59 *in fine*, define la figura del Contrato Estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional como *“modelos contractuales creados por organizaciones internacionales del sector de construcción, reconocidos como tales por la DGA⁴ mediante resolución directoral”*. En ese sentido, la empleabilidad del modelo contractual estandarizado dependerá de si el mismo ha sido emitido o refrendado por una organización internacional del sector construcción reconocida oficialmente por el ente rector del Sistema Nacional de Abastecimiento, no siendo posible – bajo esta premisa– el empleo de fórmulas estandarizadas por organizaciones o gremios nacionales.

Asimismo, este dispositivo, en su numeral 59.2, establece el alcance del empleo de un Contrato Estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional; precisa que estos modelos contractuales pueden ser usados para la contratación de: i) consultoría

⁴ Dirección General de Abastecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

de obra; ii) ejecución de obra; y iii) gestión de instalaciones. Esto nos lleva a identificar que el Contrato Estandarizado a emplearse debe ser apto para cubrir necesidades de diseño e ingeniería, construcción y/o operación y mantenimiento de la infraestructura a ejecutar. La opción de ejecutar dichos objetos contractuales mediante un tipo específico de Contrato Estandarizado debe ser determinada en la denominada “Estrategia de Contratación”.

Por otro lado, a pesar de la naturaleza privada de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, no ha sido prevista la contratación por este medio como un supuesto excluido del régimen general; por el contrario, se dispone en el numeral 59.3 que la ejecución contractual de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional se rigen por lo dispuesto en los propios contratos y conforme a las disposiciones de la Ley y su Reglamento. En este punto, cae de madura la interrogante sobre cuál será el rol de la Ley y el Reglamento en la definición de reglas aplicables a formulas contractuales que, en lo general, ya se encuentran predefinidos por cláusulas tipo. Esta previsión legal puede ser distorsionada en la práctica por el operador público del contrato, que podría extender la aplicación de figuras de la gestión contractual del contrato público convencional al espectro del Contrato Estandarizado. En ese sentido, será fundamental que el Reglamento acote el alcance de las disposiciones legales aplicables a la ejecución contractual de los Contratos Estandarizados que elija la entidad contratante y, de la mano, el operador contractual se encuentre adecuadamente preparado en el manejo técnico y jurídico de un contrato de estándar internacional; de lo contrario, el riesgo de la desnaturalización del modelo contractual es latente;

- b) formulación del requerimiento:** en el numeral 46.4 del artículo 46, disposición aplicable a la elaboración del requerimiento de contratación, se establece que *“Con respecto a los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, el requerimiento puede plasmarse*

en aquellos documentos que precisen su alcance”. Así, se aprecia que para el requerimiento de contratación que tenga por objeto la ejecución de obra pública debe encontrarse sustentado en los documentos que precisen el alcance de la contratación, entendiendo que los mismos están referidos a la “Estrategia de Contratación”.

Asimismo, se precisa en el numeral 46.6 que no resulta aplicable a los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional que opte emplear la entidad contratante, lo previsto para el caso de obras bajo el sistema de entrega de “solo construcción”, en los que el contratista revisa el expediente técnico de obra e informa al supervisor o inspector de obra, sobre los posibles riesgos del proyecto, de corresponder, en los plazos y condiciones que determine el Reglamento de la Ley. Esta disposición nos lleva a entender que, desde el enfoque de la regulación, se está optando por promover el uso Contratos Estandarizados de naturaleza EPC o ECC, según el alcance que se defina;

- c) **estrategia de contratación:** es una herramienta de planificación y gestión de las contrataciones empleada en las experiencias previas del Estado Peruano en el marco de los Acuerdos G2G, sirviendo como marco estratégico para definir las mejores opciones contractuales ajustadas al alcance del proyecto y sus *drivers*. Constituye el reflejo de las buenas prácticas internacionales en gestión de procuras, que se han ido internalizando para la ejecución de proyectos fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública y bajo el soporte de la Asistencia Técnica Especializada de gobiernos extranjeros. Recogiendo la experiencia previa, el artículo 49 de la Ley N.º 32069 regula expresamente la figura de la “Estrategia de Contratación” como un proceso de análisis integral de las variables que influyen en la contratación pública, en aplicación de los enfoques y principios de la Ley.

Producto de dicho análisis, la “Estrategia de Contratación”

contiene, entre otros, la definición del tipo de procedimiento de selección o mecanismo de contratación, la modalidad de pago y la identificación de aquello que afecta o impulsa el objetivo del proceso de contratación; así como, una correcta asignación de riesgos. Tratándose de obras y consultoría de obras, cuya complejidad técnica haya sido determinada por el área usuaria o por el área técnica estratégica⁵, la “Estrategia de Contratación” propuesta debe incluir, adicionalmente, el análisis comparativo para la elección del sistema de entrega de la obra, la evaluación del uso de un Contrato Estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional, la valoración del empleo de metodologías de trabajo colaborativo para la gestión de la información de una inversión pública (como el BIM), en caso se proponga su utilización, y la consideración de que dicho contrato establezca incentivos a cambio de beneficios de naturaleza técnica, económica y de plazo para la entidad y la obra, entre otros (como el *pain/gain* que contempla el NEC);

- d) gestión contractual:** respecto a la gestión y ejecución de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, la Ley N.º 32069 recoge una serie de disposiciones dispersas a lo largo del cuerpo normativo, que resultan aplicables al ámbito de la ejecución contractual; recogen, de manera poco uniforme y consistente, parámetros que por puntos se condicen con la naturaleza especial de estos modelos contractuales estandarizados y, en otros, los sujetan a estándares gubernamentales condicionantes.

Por un lado, se prevé que cuando los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional establezcan que el incumplimiento del plazo para presentar reclamaciones sobre el plazo y el monto del contrato es sancionado con la pérdida del derecho a

⁵ Artículo 25, numeral 25.1, literal d), de la Ley N.º 32069

“Área técnica estratégica: es la unidad de organización a la que, dadas sus funciones, especialidad o conocimiento técnico, se le encarga el rol del área usuaria para que esta formule los requerimientos de otra u otras unidades de organización, en coordinación con la dependencia encargada de las contrataciones, así como la verificación de las obligaciones del contrato, su cumplimiento y de la emisión de la conformidad respectiva.”

modificarlos o con el no reconocimiento de la reclamación, dicho plazo es considerado como uno de caducidad, enfatizando la pérdida del derecho a la acción conforme al estándar del ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, cuando se ejecuta obra pública mediante un Contrato Estandarizado, no son aplicables las disposiciones relacionadas a la supervisión de obra; por lo que, se reconoce la posibilidad de acoger los esquemas de supervisión de aseguramiento de calidad o supervisión de seguridad, salud ocupacional y medio ambiente (SSOMA) en la ejecución del proyecto, que suelen promover algunos modelos contractuales de estándar internacional.

Por otro lado, para la modificación contractual, además de los estipulados expresamente en numeral 63.3 del artículo 63 de la Ley (prestaciones adicionales, reducción de prestaciones, ampliaciones de plazo o modificación por hecho sobreviniente a la suscripción del contrato no imputable a las partes), se reconoce como aplicables otros contemplados en el Reglamento y en los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional; esta fórmula podría traer complicaciones de índole pragmático y jurídico, dado que por la redacción parecería que, por fuerza legal, se aplicarían a los Contratos Estandarizados en primer término los supuestos regulares de modificación contractual y, en segundo término, otras figuras que el propio contrato contemple. A parte, podría generarse inconsistencias interpretativas y aplicativas, puesto que para un mismo supuestos podrían advertirse dos formas de tratamiento diferentes, como por ejemplo en el caso del incremento de prestaciones; mientras que a tenor de la Ley dicha situación debería encausarse bajo las reglas que regulan la figura de los adicionales de obra, bajo la cobertura de un Contrato Estandarizado de ingeniería y construcción ello debería tratarse como un evento compensable sujeto a reglas especiales de reconocimiento y pago.

Además, para las modificaciones contractuales, en el numeral 64.7 del artículo 64 de la Ley N.º 32069 se establece por un lado que, en el caso de obras que utilicen Contratos Estandarizados de ingeniería

y construcción de uso internacional, las modificaciones rigen por lo dispuesto en los propios contratos; sin embargo, punto seguido se establece un coto, señalando que las modificaciones que incidan en el monto contractual no pueden exceder el 50% del valor del presupuesto de obra consignado en el expediente técnico aprobado o del monto del contrato de obra, según las condiciones que establezca el reglamento. Es decir, las modificaciones podrán ser autorizadas hasta por un máximo de 50%, previa autorización de la Contraloría General de la República, si se entiende que el esquema de aprobación sigue al mismo condicionamiento formal previsto para el contrato de obra pública regular (solo construcción), conforme al numeral 64.3 del mismo artículo. Muy al margen de la imprecisión normativa de este último aspecto, la fórmula antes descrita puede resultar siendo contraria al espíritu flexible y adaptativo del Contrato Estandarizado; si bien todo contrato en el que participe el Estado debe procurar ajustarse al equilibrio fiscal, esta fórmula puede terminar limitando las posibilidades de gestionar adecuadamente un proyecto que no tiene en el costo a su principal *driver*, sino en el plazo o la calidad.

Para la posible resolución contractual, la Ley N.º 32069 si reconoce expresamente que, para el caso de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, estos se rigen por las condiciones y procedimientos contenidos en ellos mismos.

Asimismo, en caso de controversias durante la ejecución contractual, la Ley posibilita que la entidad contratante pueda optar por los medios de solución de controversias que en ellos se contemplen, antes que los previstos en el artículo 76 (junta de prevención y resolución de disputas, conciliación y arbitraje), los cuales se regulan según lo expresado en las cláusulas pertinentes en el propio Contrato Estandarizado; con ello, se abre el espectro a mecanismos no empleados antes en el régimen como la mediación, el *partnering*, el trato directo, el amigable componedor, el *Dispute Adjudication Board*, entre otros (GARCÍA VIZCARRA, 2023). Esta posibilidad pondrá a prueba la capacidad de respuesta de los órganos del Sistema

de Defensa Jurídica del Estado, que se encuentran entrenados en los mecanismos convencionales. Además, el artículo 78 de la Ley indica que, cuando no se incluya en el Contrato Estandarizado una cláusula que exprese que la decisión final del mecanismo empleado es vinculante para las partes, la entidad contratante propone una cláusula particular o modificatoria para regularlo en ese sentido; con ello, surge la duda razonable de si solo será posible prever un único mecanismo cuyos resultados tengan dicho carácter vinculante, restringiéndose la posibilidad de optar por una fórmula escalonada, o se trata de una previsión aplicable únicamente para aquellos mecanismos que, por su naturaleza, estén en condición de emitir decisiones vinculantes, como por ejemplo el caso del *Dispute Adjudication Board* a través de la resolución de sumisiones formales.

IV REFLEXIONES FINALES

Los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional se han consolidado en el mundo con una solución efectiva y eficiente frente a las necesidades emergentes de la gestión integrada, controlada y colaborativa de proyectos de infraestructura, sobre la base de reglas claras y predecibles que buscan generar seguridad a la partes y uniformidad de trato, sin limitar la posibilidad de ajustar sus disposiciones a los alcances y particularidades del proyecto y a los factores incidentales para su exitosa ejecución.

Se trata de formas contractuales estándar, orientadoras y guías, de uso general en el mercado de la construcción, que utilizan terminología y condiciones expresadas de una manera simple y clara, las cuales son creadas y actualizadas por organizaciones internacionales especializadas, con la finalidad de que los modelos contractuales se encuentren acordes a las necesidades de la industria de la construcción. Los contratos estandarizados más comunes son los *New Engineering Contract* (NEC), *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC) y *Engineering Advancement Association of Japan* (ENAA).

El éxito de estas formas contractuales ha concitado también el interés del Estado Peruano, buscando aplicarlas en la ejecución de proyectos de infraestructura pública; ello, a partir de experiencias exitosas como ejecución de la infraestructura de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos de Lima 2019, bajo esquemas de gobernanza y gestión de proyectos atípicos en el historial público. Justamente, la rigidez de los sistemas gubernamentales y la poca permeabilidad del régimen general de contratación pública hacia nuevas formas, ha conllevado a determinación de que el uso de los Contratos Estandarizados sea factible en escenarios especiales, sujetos habilitaciones, exoneraciones y reglas especiales; ese ha sido el común denominador en el uso de Contratos Estandarizados en el Estado, tanto por parte del Proyecto Especial de los Juegos Panamericanos (PEJP), como también por parte del primer Proyecto Especial de Inversión Pública (PEIP) para la construcción de las Escuelas Bicentenario, así como en su momento la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (ARCC) y ahora la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANIN). Sumado a ello, dichas organizaciones han tenido que recibir la Asistencia Técnica Especializada de gobiernos extranjeros para fortalecer sus esquemas de gobernanza y estructuras funcionales y orgánicas para adecuarse a las prácticas internacionales en gestión de proyectos de infraestructura, muchas de las cuales se encuentran recogidas en las fórmulas de los Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción, sobre todo aquellos que optan por enfoques de gestión más colaborativos.

Bajo ese panorama, la incorporación de la posibilidad del empleo de Contratos Estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional en el régimen de contratación pública, a través de la Ley N.º 32069, si bien supone una interesante innovación legislativa y una oportunidad importante de virar hacia las mejores prácticas constructivas y de gestión de proyectos del mundo aplicados a la ejecución de obra pública, es una reforma que debe estar acompañada de un enfoque técnico que delimite el uso progresivo y segmentado de estas fórmulas contractuales, sobre la previa calificación de la

aptitud de las entidades contratantes y los tipos de proyectos que merezcan el empleo de tales esquemas.

En vía de reglamentación a la referida Ley, se debe procurar una mayor coherencia y consistencia en las reglas aplicables a los Contratos Estandarizados a fin de que su alcance global, predictibilidad y adaptabilidad no se vean mermados por estándares convencionales que, de una manera y otra, no han contribuido a enfrentar ni mitigar los riesgos de las obras paralizadas o inconclusas. La Ley N.º 32069 adolece de imprecisiones e incongruencias regulatorias que deben ser enmendadas en el Reglamento, debiendo evitarse la sobrerregulación y la desnaturalización de la esencia del Contrato Estandarizado de uso internacional; ello debe garantizarse no solo a nivel normativo, sino también en el ámbito de las capacidades de los operadores públicos, quienes tendrán el gran reto de gerenciar contratos de tipología compleja y bajo un enfoque de gestión de proyectos, siendo un aspecto a contemplarse en el alcance de la profesionalización del comprador público que promueve el enfoque de la Ley. Sin duda, este es un primer gran paso que demandará todavía muchos más esfuerzos para el Estado; la premisa para el éxito de la reforma deberá ser *“desaprender para aprender”*.

BIBLIOGRAFÍA

AMES, Luis Enrique. Los Contratos NEC, una nueva era. Lima, Ed, Círculo Peruano de Arbitraje en Contratación con el Estado (CAE). 2022. Disponible en: <<https://www.caeperu.com/columnistas/luis-enrique-ames/pdf/los-contratos-NEC-una-nueva-era.pdf>>.

BARRIUSO LAPRESA, Lourdes. Contratos de obra colaborativos: principales retos de su implantación. Legal Today. 20 de diciembre del 2023. Disponible en: <<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/contratos-de-obra-colaborativos-principales-retos-de-su-implantacion-iii-2023-12-20/#:~:text=Los%20contratos%20colaborativos%20buscan%20alinearse,que%20dinamitan%20una%20buena%20ejecuci%C3%B3n>>.

CEBRIÁ, Luis Hernando. Una aproximación a los contratos de instalación industrial “llave en mano” en el marco de la contratación contemporánea. En: **Anuario de Derecho Civil**, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia / Boletín Oficial del Estado, v. 66, fasc. IV, p. 1.665-1.712, 2013.

CHARRETT, Donald. **Contracts for construction and engineering projects**. 2. ed. Milton Park (Abingdon, Oxfordshire, UK): Routledge, 2021.

DE ALMAGRO, Ignacio; KLEE, Lukas. **Los contratos internacionales de construcción: FIDIC**. Madrid: Wolters Kluwers, 2017.

FRANCO REGJO, Eric. La incorporación de procesos colaborativos en el contrato para lograr proyectos de construcción de alto desempeño. En: **Revista Derecho & Sociedad**, Lima, Ed. Asociación Civil Derecho y Sociedad, n. 55, p. 175-195, noviembre del 2020.

GARCÍA VALDEZ, Leandro. Introducción al contrato de construcción. En: **Foro Jurídico**, Lima, Ed. Asociación Civil Foro Académico, n.º 18, p. 82-114, 2020.

GARCÍA VIZCARRA, Diego Fernando. Los Dispute Boards en el ámbito de los contratos administrativos de infraestructura pública: principales alcances, análisis comparado y enfoque de su regulación en el ordenamiento peruano. En: **YachaQ - Revista de Derecho**, Cusco, Ed. Centro de Investigación de los Estudiantes de Derecho, Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco, n. 14, p. 47-65, 2023.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. Los contratos internacionales de construcción “llave en mano”. En: **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, v. 6, n. 1, p. 161-235, marzo del 2014.

ICE. Institution of Civil Engineers. Disponible en: <<https://www.ice.org.uk/>>.

MEDINA FLORES, Juan Carlos. Contratos estándares internacionales

de construcción: apuntes para una eventual regulación de estos modelos en la normativa de contrataciones del estado. En: **Revista Ius Et Veritas**, Lima, Ed. Asociación Civil Ius et Veritas, n. 66, p. 137-148, junio del 2023.

MOSEY, David. **Collaborative construction procurement and improved value**. Hoboken (NJ): Wiley-Blackwell, 2019.

PAREDES CARBAJAL, Gustavo; GRAY CHICCHON, Jaime. El modelo de resolución de disputas FIDIC (Libro Rojo) como alternativa eficiente al actual diseño de solución de conflictos en los proyectos de infraestructura pública en el Perú. En: **Repositorio Académico UPC**, Lima, Ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), octubre del 2015.

PERROT, Daniel E.; SÁNCHEZ, Ricardo J. La brecha en infraestructura en América Latina y el Caribe. En: Naciones Unidas; División de Recursos Naturales e Infraestructura del CEPAL. Santiago de Chile, julio de 2011. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6357/S110095_es.pdf?sequence=1>.

PERÚ. Congreso de la República. Ley N.º 32069. Ley General de Contrataciones del Estado. **Diario Oficial El Peruano**, Lima, 24 de junio de 2024.

PERÚ. Contraloría General de la República. **Reporte de obras paralizadas en el territorio nacional a diciembre del 2023**: n.º 0001-2024-CG/SESNC. Lima: Contraloría General de la República, 2024.

PERÚ. Decreto Supremo n.º 082-2019-EF. Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225. Ley de Contrataciones del Estado. **Diario Oficial El Peruano**, Lima, 12 de marzo de 2019.

PERÚ. Decreto Supremo n.º 096-2024-EF, de 4 de junio de 2024. Aprueba las disposiciones que regulan los procedimientos especiales para la contratación de la asistencia técnica especializada en gestión de proyectos y para la aplicación de contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, en el marco de la Ley n.º 31841, Ley que crea la Autoridad Nacional de Infraestructura

(ANIN). **Diario oficial El Peruano**, Lima, 5 de junio de 2024.

PERÚ. Ministerio de Economía y Finanzas. Decreto Supremo N.º 242-2022-EF. Plan Nacional de Infraestructura Sostenible para la Competitividad 2022-2025. **Diario Oficial El Peruano**, Lima, 24 de octubre de 2022.

PERÚ. **Plan nacional de infraestructura sostenible para la competitividad**. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas, 2019.

PERÚ. **Plan nacional de infraestructura y competitividad**. Lima: Ministerio de Economía y Finanzas, 2019.

Recebido em: 20-3-2025

Aprovado em: 27-6-2025

MOVILIDAD SOSTENIBLE: DELIMITACIÓN Y COMPETENCIAS^{1y2}

Eloísa Carbonell Porras³

Inmaculada Ruiz Magaña⁴

RESUMEN

En los últimos años, de forma progresiva, se ha generalizado la expresión movilidad sostenible que a diferencia del término transporte, utilizado tradicionalmente para hacer referencia a desplazamientos de personas y mercancías, ha adquirido un enfoque más integral que atiende no solo al movimiento sino a que este sea respetuoso con el medio ambiente, socialmente inclusivo y económicamente viable. En este marco, los Municipios, Administraciones más cercanas a los ciudadanos, juegan un papel clave. El presente trabajo ofrece un recorrido por el proceso normativo vinculado a las competencias

¹ Como citar este artículo científico. CARBONELL PORRAS, Eloísa; RUIZ MAGAÑA, Inmaculada. Movilidad sostenible: delimitación y competencias. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 201-240, maio-ago. 2025.

² Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+i del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 titulado “Entidades Locales y movilidad sostenible”, con referencia PID2022-141071OB-C22, e Investigadora principal Eloísa Carbonell Porras, integrado en el Grupo PAIDI SEJ-630: “Administración Pública y Ciudadanos: régimen jurídico” (APCI). Trae causa, además, de la ponencia titulada “Los municipios y la movilidad sostenible” presentada en la Conferencia Internacional “Autonomía local en los Estados modernos: desafíos y perspectivas”, organizada por la Universidad de Rusia de la Amistad de los Pueblos y la Universidad Nacional de Trujillo (Perú) el 25 de abril de 2025.

³ Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén (España). eloisa.carbonell@ujaen.es

⁴ Profesora Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén (España). irmagana@ujaen.es

municipales sobre movilidad, incluyendo las implicaciones del Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible que previsiblemente se aprobará en 2025.

Palabras clave: movilidad sostenible, municipios, transporte urbano.

ABSTRACT

In recent years, the expression “sustainable mobility” has progressively become widespread. Unlike the term “transportation,” traditionally used to refer to the movement of people and goods, it has acquired a more comprehensive approach that not only addresses movement but also ensures it is environmentally respectful, socially inclusive, and economically viable. In this context, municipalities, as the closest administrations to citizens, play a key role. This paper offers an overview of the normative process related to municipal competencies on mobility, including the implications of the Sustainable Mobility Bill, which is expected to be approved in 2025.

Keywords: sustainable mobility, municipalities, urban transport.

SUMARIO: 1 Planteamiento General. 2 El Cambio de Paradigma en la política comunitaria y Nacional: del Transporte a la Movilidad, y a la Movilidad Sostenible. 3 Las Competencias de las Distintas Administraciones Públicas. 3.1 El transporte y la movilidad sostenible en las ciudades, materias de indudable interés municipal. 3.2 El reparto de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas. 3.2.a El territorio como criterio delimitador en materia de transporte. 3.2.b La regulación inicial del transporte urbano en una ley estatal y su inconstitucionalidad. 3.2.c La aprobación de leyes autonómicas en relación con los transportes urbanos. 3.2.d La concurrencia de otros títulos competenciales estatales. 3.3 Las competencias de los municipios: las previsiones en la LBRL y en la legislación sectorial. 4 El Derecho de la Unión Europea: el Transporte como Servicio Público. 5 La Previsible Aprobación de una Ley de Movilidad Sostenible Largo Tiempo Esperada. 5.1 Generalidades. 5.2 Objetivos, principios y derecho a la movilidad sostenible. 5.3 Principales acciones para una movilidad urbana sostenible. 5.4 El Sistema Nacional de Movilidad Sostenible. Referencias.

1 PLANTEAMIENTO GENERAL

Desde que, en 1987, el Informe “Nuestro Futuro Común”, elaborado para la ONU por una comisión encabezada por la primera ministra de Noruega, Gro Harlem Brundland, defendiera un desarrollo duradero y sostenible que satisfaga “las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”, la sostenibilidad se ha convertido en una idea recurrente. Buena muestra de ello es la aprobación por la ONU de la resolución 70/1, de 25 de septiembre de 2015, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, en la que se adoptan un amplio conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), con la finalidad de transformar la sociedad para centrarse en las personas, erradicando la pobreza, con un desarrollo sostenible en su triple dimensión: económica, social y ambiental.

En este contexto, el transporte está llamado a desempeñar un papel fundamental en cuanto constituye un instrumento imprescindible para el desarrollo económico y social. En este sentido se pronuncia la resolución de la ONU, 72/212, de 20 de diciembre de 2017, “Fortalecer los vínculos entre todos los medios de transporte para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible”. Ciertamente, el transporte mantiene una relación directa con ciertos ODS como el 7, “Energía asequible y no contaminante”, el 9, “Industria, innovación e infraestructura” o el 11, “Ciudades y comunidades sostenibles”. Pero también se alinea con otros ODS como el 3, “Salud y bienestar”, o el 10, “Reducción de las desigualdades”, entre otros muchos. No obstante, a este sector se le imputan el 23% de las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión Europea, lo que representa la segunda fuente más importante de este tipo de emisiones después del suministro de energía.

Así se pone de manifiesto en el Informe Especial, “Reducción de las emisiones de dióxido de carbono procedentes de turismo”, del Tribunal de Cuentas Europeo (2024, p. 7), que también indica que el

transporte sigue siendo el único sector económico en el que el nivel total de emisiones no ha disminuido desde 1990. Por lo tanto, resulta obvio que los poderes públicos deben actuar decididamente a reducir esos efectos perniciosos de los transportes en el medio ambiente.

Si bien el término “transporte” continúa utilizándose, como se indica seguidamente, tanto a nivel europeo como interno ha ido quedando en un segundo plano frente a los conceptos de “movilidad” y, más recientemente, de “movilidad sostenible”. Pero las nociones de movilidad y sostenibilidad no tienen un contenido unívoco ni identifican una única situación o realidad. En la actualidad, la movilidad es una idea aplicable en ámbitos muy diversos: en la Universidad, la movilidad se refiere a las estancias de profesores y alumnos para estudiar, investigar o enseñar en una Universidad distinta de la propia; en un entorno laboral, la movilidad implica un cambio de centro de trabajo; se habla de personas con movilidad reducida, para identificar a quienes tienen alguna dificultad de movimiento; y también de movilidad urbana en relación con los desplazamientos de personas y cosas en nuestras ciudades... Esta última es la que nos interesa, especialmente cuando se califica como sostenible.

Hoy día es usual referirse a la sostenibilidad ambiental, la sostenibilidad social, la economía sostenible, la sostenibilidad financiera, la gobernanza sostenible, la sostenibilidad del territorio, la gestión sostenible... Obviamente no procede ahora estudiar los diferentes contenidos de la sostenibilidad ni si constituye un principio general del derecho, un criterio o regla de actuación que condiciona la implantación de las políticas públicas. De un análisis de este concepto y su contenido se ocupa Ruiz Magaña (2024, *in totum*). En todo caso se parte de que, en cualquier ámbito de la acción pública, debe valorarse que las medidas que se adopten permitan alcanzar el fin perseguido sin comprometer el futuro y, por tanto, deben ser respetuosas con el medio ambiente y un adecuado desarrollo económico y social. Con este alcance el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone

que “las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la Constitución española de 1978 reconoce el derecho de las personas a desplazarse libremente por el territorio nacional (art. 19). El Tribunal Constitucional ha relacionado la libertad de desplazamiento y el transporte con ocasión del establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga, subrayando que

lo esencial es el libre ejercicio de los derechos constitucionales y el libre disfrute de los bienes constitucionalmente protegidos, que, en el plano que ahora nos movemos, se traduce en la libertad de movimiento de las personas por el territorio nacional y en la distribución de mercancías para la ordenada y organizada vida comunitaria (STC de 17 de julio de 1981, en relación con el ferrocarril. También SSTC 51/1986, 43/1990, o 123/1990).

La libertad de circulación constituye, de esta forma, un criterio que inspira la ordenación del sector.

El reconocimiento constitucional de un principio general de libertad de circulación para el transporte de las cosas comprende tanto las pertenencias o útiles necesarios para la vida de las personas, como si son mercancías, objeto de una actividad comercial o industrial. Con este alcance, el Tribunal Constitucional ha destacado que, “entre las condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa, se halla la garantía de la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional” (STC 52/1988, de 24 de marzo). En definitiva, puede defenderse que existe un principio general de libertad de movimiento, de libertad de transporte aplicable a personas y cosas. Este principio no es incompatible con el establecimiento por el poder público de los límites, las condiciones o las restricciones que sean precisos para proteger los diversos intereses públicos presentes

en esta actividad, y, por eso, son numerosas las limitaciones que imponen las normas internacionales y nacionales por motivos de seguridad o de salubridad especialmente.

Sobre la base de estas consideraciones generales este trabajo se centra en el estudio de tres cuestiones: en la primera se realiza una aproximación a la idea de movilidad sostenible partiendo de los documentos inicialmente aprobados por las instituciones comunitarias y españolas, así como en las disposiciones legales actualmente existentes; en la segunda, partiendo de la estructura territorial del Estado español con una fuerte descentralización en Comunidades Autónomas, se estudian las competencias de la administración más próxima a los ciudadanos, que es el Municipio; y, en tercer y último lugar, se analiza el proyecto de ley de movilidad sostenible que actualmente está tramitándose en las Cortes Generales.

2 EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA POLÍTICA COMUNITARIA Y NACIONAL: DEL TRANSPORTE A LA MOVILIDAD, Y A LA MOVILIDAD SOSTENIBLE

Tradicionalmente el transporte hace referencia a la acción de llevar de un lugar a otro personas y cosas, diferenciándose así de la comunicación en sentido estricto que, básicamente, comprende el intercambio de noticias o ideas. Este desplazamiento por el territorio se efectúa por mar, tierra o aire con una amplia variedad de instrumentos que responden a regímenes jurídicos diferentes, especialmente cuando se trata de una actividad empresarial.

Pero, como se ha adelantado, el transporte como actividad de desplazamiento ha sido progresivamente desplazado por una concepción más amplia que sintetiza la idea de movilidad. Aunque inicialmente se vinculaba con la ordenación del tráfico y la circulación de los vehículos a motor, en la actualidad hace referencia a la necesidad de articular los diferentes modos que permiten el transporte colectivo (tren, tranvía, metro, autobús, vehículos

turismo...) y el individual (automóvil, bicicleta, moto, a pie...), integrándolos de forma coordinada en las ciudades. Y, para ello, hay que tomar en consideración factores como la protección del medio ambiente, la calidad de vida, el fomento del transporte colectivo, la ordenación y la gestión de las infraestructuras...

De este modo, la movilidad es una expresión que se ha expandido en el presente siglo para hacer referencia a las diferentes materias que confluyen en la regulación de los desplazamientos de las personas y cosas, especialmente en los asentamientos urbanos. Congestión, contaminación atmosférica y acústica, menoscabo de nuestro patrimonio histórico y artístico, inseguridad para peatones y ciclistas, degradación estética y, en general, detrimento de la calidad de vida y del bienestar de los ciudadanos, son problemas con los que convivimos cada día en nuestro medio habitual de vida, que deben ser objeto de atención conjuntamente en lo que se denomina política de movilidad.

Desde una perspectiva general los documentos de la Unión Europea generalizan esta expresión para referirse a los desplazamientos de personas y cosas por el territorio. Puede traerse a colación ahora el Libro Blanco, *La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*, de 12 de septiembre de 2001, pues parte de un planteamiento global del sector, que comprende los diversos medios de transporte y su interconexión, las infraestructuras requeridas por cada uno de ello, la seguridad de la circulación y su eficacia, o la protección del medio ambiente. Esta integración de lo que, para el Derecho español, constituyen diferentes ámbitos sectoriales de acción pública continua con el Libro Verde, *Hacia una nueva cultura de la movilidad urbana*, de 25 de septiembre de 2007, que se refiere al concepto de movilidad como novedoso en cuanto implica aprovechar al máximo el uso de todos los modos de transporte y organizar la “comodalidad” entre los distintos modos de transporte colectivo (tren, tranvía, metro, autobús y taxi) y entre los diversos modos de transporte individual (automóvil, bicicleta

y marcha a pie); así como alcanzar unos objetivos comunes de prosperidad económica y de gestión de la demanda de transporte para garantizar los desplazamientos, la calidad de vida y la protección del medio ambiente.

La Comisión Europea hace referencia a diversas medidas para conseguir unas ciudades más ecológicas, con una circulación más fluida y dotadas de unos sistemas de transporte seguros eficaces y accesibles para todos, que presuponen, por un lado, una acción integrada de todos los aspectos técnicos, normativos, económicos, etc. para una eficaz política de movilidad; y, por otro lado, la necesaria cooperación entre las diversas instancias públicas, locales, regionales, nacionales y europeas. Respecto de lo primero, el Libro Verde incorpora diversas propuestas para que las ciudades tengan una circulación más fluida (promover la marcha a pie y en bicicleta, el coche con uso compartido, aparcamientos disuasorios o con tarifas especiales...), y más ecológica (disminución del ruido y la contaminación, fomento de medios de transportes limpios como los subterráneos, y de los combustibles alternativos, restricciones al tráfico...); y unos transportes urbanos más inteligentes, accesibles, seguros y protegidos, entre otras cuestiones. En relación con lo segundo, la Comisión subraya que sólo una adecuada colaboración entre todas las Administraciones públicas y una integración de las diversas materias que influyen en los desplazamientos de personas y cosas podrán elaborarse eficaces políticas de movilidad.

Aunque la movilidad ya incorpora una organización sostenible del transporte, incluyendo la protección del medio ambiente, esta perspectiva se potencia al calificar la movilidad como sostenible, idea que, como hemos dicho, persigue asegurar las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Con este alcance, la Comunicación de la Comisión Europea, *Un futuro sostenible para los transportes: hacia un sistema integrado, tecnológico y de fácil uso*, de 17 de junio de 2009, encomienda a los

Estados miembros a incorporar una perspectiva que tenga presente la movilidad sostenible de personas y mercancías.

En esta línea, España aprueba en 2009 la *Estrategia Española de Movilidad Sostenible*, que conforma un marco estratégico con las directrices y medidas en las áreas prioritarias de actuación para avanzar hacia la consecución de un modelo de movilidad sostenible. Más reciente es la *Estrategia de Movilidad Segura, Sostenible y Conectada 2030*, aprobada por el Consejo de Ministros el 10 de diciembre de 2021, que se estructura en nueve ejes con más de 40 líneas de actuación y más de 150 medidas concretas.

En el Derecho positivo han sido las Comunidades Autónomas las primeras que han adoptado regulaciones que parten de esa visión global de la ordenación de los desplazamientos en las ciudades, optando decididamente por intervenir con esta finalidad, y no sólo la de facilitar servicios de transporte a los ciudadanos.

Pionera es la Ley 9/2003, de 13 junio, de la Movilidad de Cataluña, que tiene por objeto establecer los principios y objetivos a los que debe responder una gestión de la movilidad de las personas y del transporte de las mercancías dirigida a la sostenibilidad y la seguridad, y determinar los instrumentos necesarios para que la sociedad catalana alcance dichos objetivos y para garantizar a todos los ciudadanos una accesibilidad con medios sostenibles. Otras han seguido esta misma tendencia como refleja la aprobación de la Ley 6/2011, de 1 de abril, de Movilidad de la Comunitat Valenciana, la Ley 12/2018, de 23 de noviembre, de Transportes y Movilidad Sostenible del Principado de Asturias o la Ley 11/2023, de 9 de noviembre, de movilidad sostenible del País Vasco.

Para todo el Estado, este planteamiento novedoso e integrador se afronta por primera vez en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que dedica su Título III a la “sostenibilidad medioambiental”, e incluye un capítulo III relativo al transporte y la movilidad sostenible. Además de algunas prescripciones relativas a

la ordenación de los transportes y las infraestructuras, los artículos 99 a 106 se refieren a la movilidad sostenible, y se fijan principios y objetivos. Los principios de movilidad sostenible se relacionan en el artículo 99 y son los siguientes:

- el derecho de los ciudadanos al acceso a los bienes y servicios en unas condiciones de movilidad adecuadas, accesibles y seguras, y con el mínimo impacto ambiental y social posible;
- la participación de la sociedad en la toma de decisiones que afecten a la movilidad de las personas y de las mercancías;
- el cumplimiento de los tratados internacionales vigentes en España relativos a la preservación del clima y la calidad ambiental, en lo que concierne a la movilidad y la adecuación a las políticas comunitarias en esta materia;
- el establecimiento de nuevos servicios de transporte deberá supeditarse a la existencia de un volumen de demanda acorde con los costes de inversión y mantenimiento, teniendo en cuenta, en todo caso, la existencia de modos alternativos de la debida calidad, precio, seguridad, así como los resultados de su evaluación ambiental.

Por su parte, el artículo 101 enumera los objetivos que deben perseguir las políticas públicas en este ámbito, que son:

- a) contribuir a la mejora del medio ambiente urbano y la salud y seguridad de los ciudadanos y a la eficiencia de la economía gracias a un uso más racional de los recursos naturales;
- b) integrar las políticas de desarrollo urbano, económico, y de movilidad de modo que se minimicen los desplazamientos habituales y facilitar la accesibilidad eficaz, eficiente y segura a los servicios básicos con el mínimo impacto ambiental;
- c) promover la disminución del consumo de energía y la mejora de la eficiencia energética, para lo que se tendrán en cuenta políticas de gestión de la demanda;

- d) fomentar los medios de transporte de menor coste social, económico, ambiental y energético, tanto para personas como para mercancías, así como el uso de los transportes público y colectivo y otros modos no motorizados, así como la modalidad e intermodalidad de los diferentes medios de transporte, considerando el conjunto de redes y modos de transporte que faciliten el desarrollo de modos alternativos al vehículo privado.

A tales fines, se presta especial atención a los planes de movilidad sostenible que son el conjunto de actuaciones que tienen como objetivo la implantación de formas de desplazamiento más sostenibles en el ámbito geográfico que corresponda (autonómico, supramunicipal o municipal), priorizando la reducción del transporte individual en beneficio de los sistemas colectivos y de otros modos no motorizados de transportes y desarrollando aquéllos que hagan compatibles crecimiento económico, cohesión social, seguridad vial y defensa del medio ambiente, garantizando, de esta forma, una mejor calidad de vida para los ciudadanos. Estos planes deberán dar cabida a soluciones e iniciativas novedosas, que reduzcan eficazmente el impacto medioambiental de la movilidad, al menor coste posible (art. 101). La adopción de estos planes se potencia condicionando la concesión de cualquier ayuda o subvención a la efectiva aprobación del plan de movilidad sostenible.

Por otra parte, la movilidad sostenible es una materia que, como destaca Casado Casado (2015, p. 256), está directa o indirectamente relacionada con el medio ambiente o con fuertes implicaciones sobre el mismo. Desde esta perspectiva son relevantes, además de las diferentes leyes autonómicas, las leyes estatales 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, y 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, que promueven sistemas de transportes menos contaminantes.

En definitiva, la movilidad sostenible es una noción amplia, que incide en materias diversas con distintos contenidos y así lo

refleja la definición que realiza el Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible de 2024: movilidad sostenible es

aquella que se satisface en un tiempo y con un coste razonables, tanto para el usuario como para el conjunto de la sociedad, estructurándose en torno a un sistema de transportes seguro y eficaz, que permite un acceso equitativo e inclusivo y en el que se reducen y limitan los efectos adversos del transporte sobre el medioambiente y la salud, en particular: la emisión a la atmósfera de gases de efecto invernadero y otros contaminantes, el ruido, el consumo de recursos no renovables, la ocupación de suelo, la pérdida de biodiversidad, la fragmentación de hábitats y la reducción de la conectividad ecológica y fomentando la movilidad y el transporte cero emisiones.

3 LAS COMPETENCIAS DE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

3.1 EL TRANSPORTE Y LA MOVILIDAD SOSTENIBLE EN LAS CIUDADES, MATERIAS DE INDUDABLE INTERÉS MUNICIPAL

La Constitución española de 1978 no determina cuáles son las competencias que corresponden a las Entidades locales en general y a los municipios en particular, limitándose a reconocerles “autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”. Y resulta incuestionable que la movilidad sostenible urbana es una materia de interés municipal. Como señaló hace tiempo, García de Enterría (1953, p. 83), si hay un sector que “surge única y exclusivamente de las condiciones de la vida urbana y que trate de atender precisamente las necesidades que este orden de vida colectiva manifiesta, es el de los transportes urbanos”.

Partiendo del indudable interés municipal en la materia, corresponde a la ley concretar el alcance de las competencias

locales en los términos del artículo 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante, LBRL). Este precepto dispone que, para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, las leyes estatales y autonómicas reguladoras de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deben asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en los asuntos que afecten a sus intereses,

atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

La sentencia del Tribunal Constitucional 214/ 1989, de 21 de diciembre, que resolvió el recursos de inconstitucionalidad interpuesto contra la LBRL por las autonomías, aclara que el precepto mantiene y conjuga un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función constitucional del legislador estatal, en cuanto garantiza unos mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, aunque la concreción detallada de las competencias corresponde al legislador sectorial por razón de la materia.

Cuando es el Estado el competente para establecer la legislación sectorial básica podrá referirse a las competencias locales para garantizarles su autonomía, pero, si excede de este contenido, incurriría en inconstitucionalidad por invasión de las competencias autonómicas. Además, las leyes sectoriales deben asegurar las competencias propias de los municipios en ámbitos de interés exclusiva o prevalentemente municipal y, en general, una capacidad de intervención en los asuntos que les afectan tanto

más relevante y decisiva cuanto mayor sea el saldo favorable a los intereses municipales. Pero, en una segunda perspectiva, que sería el reverso de la misma idea, también considerar los intereses supramunicipales cuya tutela podrá ser conferida a instancias políticas supramunicipales (por ejemplo, cabildos, consejos insulares, diputaciones o comunidades autónomas) con mecanismos de intervención sobre el ámbito competencial local que limiten la autonomía municipal o provincial, pero siempre que la previsión de tales mecanismos se condicione al cumplimiento de una serie de condiciones y requisitos (Sentencias del Tribunal Constitucional 82/2020 o 107/2017).

De esta forma, aunque no existe en la Constitución una reserva de competencias a las entidades locales, la autonomía constitucionalmente garantizada asegura el derecho de municipios, provincias e islas a “intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses”. Los legisladores, estatal y autonómico, concretan el alcance de este derecho en los diferentes ámbitos de la acción pública, valorando, entre otras cosas, los intereses supralocales presentes en cada uno, pero, aceptando una amplia disponibilidad al respecto, sería contrario a la Constitución que, en presencia de intereses locales, no se garantice su intervención. En todo caso, es importante retener que el artículo 2 LBRL se refiere a las “características de la actividad pública” y “la capacidad de gestión” lo que implica que la concreción de las competencias no tiene que ser necesariamente igual en todas las materias y respecto de todos los municipios. Así está previsto desde la redacción inicial de la LBRL y lo reconoce la Carta Europea de Autonomía Local, al precisar que “la atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía”.

En consecuencia, para delimitar las competencias de los municipios en materia de movilidad hay que partir del reparto de competencias en la materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que nos permite apreciar qué legislador resulta

competente para concretar las de los municipios, y debe garantizar su intervención en todo caso al tratarse de una materia de interés local (CARBONELL PORRAS, 2023, p. 10-11).

3.2 EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

3.2.a EL TERRITORIO COMO CRITERIO DELIMITADOR EN MATERIA DE TRANSPORTE

El artículo 149.1. 21º de la Constitución reconoce la competencia exclusiva del Estado respecto de los “ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma”. Esta reserva ha permitido que las Comunidades Autónomas hayan asumido las competencias en relación con los transportes realizados íntegramente en su territorio.

En consecuencia, en los transportes terrestres no se prevé un reparto de funciones normativas, como significativamente ocurre en otras materias en las que se reserva al Estado la legislación básica, asumiéndose por las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo. Sin prejuzgar ahora la incidencia de otros títulos competenciales concurrentes, el ámbito territorial por el que discurre un determinado servicio de transportes determina que todas las funciones correspondan a una u otra Entidad.

Aunque este criterio fue criticado por la doctrina, pues no tiene mucho sentido tener en cuenta el territorio en una actividad que materialmente conlleva el desplazamiento espacial, lo cierto es que este problema no afecta al transporte urbano: como discurre íntegramente por el territorio autonómico, entra de lleno en la competencia autonómica.

Así lo puso de relieve el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias en la materia en las que afirma que el

transporte colectivo urbano y el interurbano que tenga lugar dentro de un área metropolitana es, sin ningún género de dudas, transporte supramunicipal e intracomunitario, luego la competencia para su regulación corresponde a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, no puede el Estado invocar este título competencial para dictar en la materia normas directamente aplicables en los correspondientes territorios, dentro de los cuales sólo podrán valer, si su naturaleza propia lo hiciera factible, como derecho supletorio (SSTC 37/1981 y 179/1985).

3.2.b LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE URBANO EN UNA LEY ESTATAL Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

Los inconvenientes derivados de una separación normativa por razón del territorio, se intentaron superar con la Ley estatal 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), que establecía una regulación general de todos los transportes terrestres y sus actividades auxiliares y complementarias. Además, se aprueba simultáneamente la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en materia de transporte por carretera y por cable, que opera una cesión a las Comunidades Autónomas de la función ejecutiva estatal respecto de los transportes de su competencia.

El planteamiento general del que se partía era la existencia de una regulación general y común, que podría ser alterada en aquello que cada Comunidad Autónoma considerará preciso respecto de los transportes de su competencia, encomendando además a las Comunidades Autónomas la ejecución de las competencias estatales. La aprobación de la LOTT supuso un significativo cambio en los principios estructurales de ordenación pública de los transportes, consecuencia de los preceptos constitucionales y de la incorporación de España a la Comunidad Europea, e implicó la regulación conjunta de todo el transporte terrestre, poniendo fin a la dispersión normativa

que había caracterizado el sector. Pero, además se intentaban corregir las disfuncionalidades derivadas de una rígida aplicación del criterio territorial para repartir las competencias en la materia al que antes se ha aludido. Tales ventajas pronto quedaron desdibujadas: la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, hoy derogada, puso fin a esa regulación en una norma de todo el transporte terrestre y, en lo que ahora nos interesa especialmente, por la intervención del Tribunal Constitucional y la rígida interpretación de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal que afectó significativamente al transporte urbano como después se señala. Con anterioridad es aconsejable referir brevemente las principales previsiones de la ley.

La LOTT estableció unos principios generales de organización y funcionamiento del sistema de transportes, que tienen naturaleza de norma básica y son aplicables en todo el territorio nacional y respecto de todos los transportes, con independencia de qué instancia sea competente para su regulación. Los principios generales de ordenación del transporte terrestre pueden resumirse en dos ideas. Por un lado, el establecimiento de un sistema común de transportes terrestres, que supone la coordinación e interconexión de las redes, servicios y actividades de transporte y la actuación coordinada de las diferentes Administraciones Públicas. Este sistema común debe mantenerse en el marco de la unidad de mercado en todo el territorio nacional que garantiza el artículo 139. 2 de la Constitución. Por otro lado, la acción pública está orientada a satisfacer las necesidades de transporte de los ciudadanos en condiciones idóneas de seguridad, asegurando el acceso a los medios de transporte de las personas con minusvalías y las que pertenezcan a categorías sociales desfavorecidas, así como las comunicaciones de las zonas y núcleos de población alejados o de difícil acceso.

Esta acción debe desarrollarse con el máximo grado de eficacia y el mínimo coste social, lo que supone una adecuada utilización de los recursos disponibles, que posibiliten la obtención del máximo rendimiento de los mismos. Al respecto, los poderes

públicos deben velar por la coordinación de actuaciones, unidad de criterios, celeridad y simplificación procedimentales y eficacia en la gestión administrativa. En todo caso, debe notarse que la unidad del mercado nacional no es un principio de ordenación del transporte, sino un principio constitucional. Es directamente la Constitución la que garantiza la libertad de circulación de personas y bienes por todo el territorio nacional, prohibiendo que puedan adoptarse medidas que directa o indirectamente la obstaculicen (art. 139.2).

Del mismo modo, la Constitución también establece que los poderes públicos deben adoptar una actitud positiva para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y libertades, lo que afecta a la ordenación del transporte como sector que permite que los ciudadanos se desplacen por el territorio nacional. La articulación de redes y líneas de transporte en un sistema común conlleva una necesaria coordinación de las políticas públicas para impedir resultados fragmentados o contradictorios y conseguir ordenar los diferentes medios y servicios de transporte en un conjunto ordenado y armónico. Las relaciones entre los diferentes medios de transporte deben ajustarse a las reglas de la competencia, que es uno de los principios fundamentales de la política comunitaria de transportes.

Respecto de los transportes urbanos, se regulaban en los artículos 113 a 118 LOTT, aunque se reconocía expresamente que esa regulación tenía naturaleza supletoria de la que pudieran aprobar las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse con detenimiento sobre el reparto de competencias en materia de transporte terrestre y, en su sentencia 118/1996, de 27 de junio, afirma que el Estado, al amparo del principio de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución, no podía aprobar normas que nacían con vocación de supletoriedad. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos de la LOTT relativos al transporte urbano, provocando la ausencia de una norma con rango de ley en la materia (véase CARBONELL PORRAS, 1997, p. 189 ss.).

Esta interpretación de la cláusula de supletoriedad, que se reitera en materia de régimen del suelo y ordenación urbana en la sentencia 61/1997, de 20 de marzo, en relación con el régimen del suelo y ordenación urbana, que formalmente se mantiene en la actualidad –al menos no se ha producido una rectificación– ha ocasionado no pocas disfunciones en el modelo de Estado que consagra la Constitución (puede verse, CARBONELL PORRAS, 2016, p. 1.639 ss.).

3.2.c LA APROBACIÓN DE LEYES AUTONÓMICAS EN RELACIÓN CON LOS TRANSPORTES URBANOS

Anulada la regulación supletoria prevista en la LOTT, en 1997 se derogan expresamente los preceptos reglamentarios que desarrollaban la ley, lo que provocó la ausencia de una regulación general sobre el transporte urbano susceptible de ser aplicada en defecto de legislación autonómica. Y hasta la STC 118/1996, sólo Cataluña había aprobado una ley general de ordenación del transporte de viajeros por carretera que incluía el transporte urbano. Por ello las demás Comunidades Autónomas se vieron obligadas a aprobar sus propias normativas reguladoras de los transportes en general o específicas del transporte urbano, como son las siguientes:

- Ley 12/1987, de 28 de mayo, relativa al transporte de viajeros por carretera de Cataluña;
- Ley 6/1996, de 9 de julio, de coordinación de los servicios urbanos e interurbanos de Galicia;
- Ley Foral 7/1998, de 1 de junio, del transporte público urbano por carretera de Navarra;
- Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de ordenación y coordinación de transportes urbanos e interurbanos de Madrid;
- Ley 14/1998, de 30 de diciembre, de regulación del transporte urbano de Aragón;

- Ley 2/2003, de 12 de mayo, de ordenación de los transportes urbanos y metropolitanos de Andalucía;
- Ley 4/2004, de 18 de marzo, de transportes de viajeros por carretera del País Vasco;
- Ley 14/2005, de 29 de diciembre, de ordenación del transporte de personas por carretera en Castilla-La Mancha;
- Ley 8/2006, de 18 de octubre, de transporte interurbano por carretera de La Rioja;
- Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por Carretera de Canarias;
- Ley 5/2009, de 25 de noviembre, de medidas urgentes en materia de transporte público regular, permanente y de uso general de viajeros por carretera de Extremadura;
- Ley 10/2009, de 30 de noviembre, de Creación del Sistema Integrado de Transporte Público de la Región de Murcia y modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera;
- Ley 6/2011, de 1 de abril, de Movilidad de la Comunitat Valenciana;
- Ley 4/2014, de 20 de junio, de transportes terrestres y movilidad sostenible de las Illes Balears;
- Ley 1/2014, de 17 de noviembre, de Transporte de Viajeros por Carretera de Cantabria;
- Ley 9/2018, de 20 de diciembre, de transporte público de viajeros por carretera de Castilla y León;
- Ley 12/2018, de 23 de noviembre, de transportes y movilidad sostenible de Asturias.

Estas leyes no agotan la legislación autonómica sobre transporte y movilidad sostenible en el ámbito urbano, pues, además de las normas reglamentarias de desarrollo, muchas CCAA cuenta con regulaciones relativas a la organización de la prestación de servicios urbanos y metropolitanos, o a los servicios de taxis y de los vehículos de arrendamiento con conductor, que tanta conflictividad ha suscitado en los últimos tiempos.

3.2.d LA CONCURRENCIA DE OTROS TÍTULOS COMPETENCIALES ESTATALES

Pero, sin perjuicio de las competencias normativas autonómicas y locales respecto de los transportes de naturaleza urbana, deben tenerse en cuenta otros títulos competenciales del Estado que concurren en la ordenación general de los transportes y que determinan que no toda la legislación estatal tenga naturaleza supletoria. Como ha precisado el Tribunal Constitucional:

el núcleo fundamental de la materia de transporte lo constituyen las actividades públicas relativas a la ordenación de las condiciones en las que se presta el servicio de traslado o desplazamiento de personas o mercancías. El objeto fundamental de esta materia es la acción de traslado de personas o cosas de un lugar a otro (SSTC 203/1992 y 118/1996).

Respecto de dicha materia, el criterio territorial es esencial, y el Estado no puede incidir en aquellos transportes cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma “excepto cuando se halle habilitado para hacerlo por títulos distintos del transporte” (SSTC 179/1985, 203/1992, y 118/1996).

Dentro de esos otros títulos competenciales concurrentes resultan fundamentales los relativos a las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos de todos los

españoles y a la planificación de la actividad económica de los apartados 1º y 13º del artículo 149.1 de la Constitución. Como reconoce la STC 118/1996, el transporte es un hecho económico de la mayor importancia que puede legítimamente disciplinarse por el Estado para llevar a cabo una política económica común y adecuarlo a las exigencias de unidad de la economía nacional que requiere un mercado único de transportes. Por lo tanto, los principios y directrices generales de ordenación de este sector que se establecen en la LOTT constituyen la legislación estatal básica, que deben respetarse por la legislación autonómica de desarrollo.

Además, la Constitución reconocer competencias al Estado en otras materias que inciden en la ordenación de los transportes como los relativos a la legislación mercantil, las infraestructuras, la protección civil... (véase CARBONELL PORRAS, 1993, p. 158 ss.). Desde la perspectiva de la movilidad sostenible son especialmente relevantes los relativos al tráfico y circulación de vehículos a motor (art. 149.1.21º), y al medio ambiente (art. 149.1.23º). En relación con el primero hay que advertir que tráfico es una competencia exclusiva del Estado en toda su extensión de modo que las Comunidades Autónomas carecen de competencias normativas al respecto y, lo sumo, han podido asumir la ejecución en algún caso. Respecto del medio ambiente, la competencia del Estado comprende la legislación básica de protección, que resulta compatible con el establecimiento por las autonomías de medidas adicionales de protección.

Este título competencial es invocado en la Ley 2/ 2011, de economía sostenible, al referirse a la movilidad sostenible en los términos vistos. La sentencia del Tribunal Constitucional 174/2013, de 10 de octubre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad que interpuso la Generalitat de Cataluña al considerar dicha regulación contraria a su competencia. NO lo entiende así el Tribunal Constitucional que señala la incidencia que el sistema de transportes tiene en el medio ambiente urbano, que justifica actuaciones que tienen por objeto la implantación de formas de movilidad más

sostenibles, que hagan compatibles el crecimiento económico con la cohesión social y la defensa del medio ambiente, garantizando de esa forma una mejor calidad de vida a los ciudadanos. El Tribunal Constitucional subraya que los problemas ambientales típicos del medio urbano derivan principalmente de factores directamente relacionados con la movilidad dado que la congestión generada por el transporte de personas y mercancías contribuye a su vez de manera decisiva a la contaminación atmosférica y acústica.

En este contexto, la regulación tiene como finalidad prevenir el deterioro del medio ambiente urbano y establecer un marco general para la regulación de la movilidad sostenible, es decir, preservando el medio ambiente, la salud de los ciudadanos y los recursos no renovables, a la vez que se contribuye eficazmente a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otros contaminantes atmosféricos mediante un menor consumo de recursos no renovables y una menor generación de residuos y emisiones. En consecuencia, el adecuado encaje constitucional de las medidas previstas en la Ley 2/2011 en relación con la movilidad sostenible no es la competencia autonómica en materia de transportes, sino la legislación básica del Estado en materia de medio ambiente, que puede ser objeto de desarrollo normativo autonómico y también podrán establecerse medidas adicionales de protección de acuerdo con el artículo 149.1.23º de la Constitución.

3.3 LAS COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS: LAS PREVISIONES EN LA LBRL Y EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL

Sin perjuicio de que, como se indicó, corresponde al legislador estatal o autonómico la concreción de las competencias locales según los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias, el artículo 25.2 LBRL relaciona materias en las que los municipios ostentan competencias y obviamente incluye el

transporte. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, modificó la LBRL con la confesada pretensión de reducir las competencias de los municipios, pero las deficiencias técnicas e incongruencia de los cambios así como la reacción en contra de las Comunidades Autónomas condicionó desde el principio la efectividad de las novedades y así lo confirma después la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como he tenido ocasión de poner de manifiesto (puede verse CARBONELL PORRAS, 2014b, p. 765 ss.; CARBONELL PORRAS, 2023).

Concretamente respecto de la materia que ahora nos interesa, han cambiado las expresiones utilizadas en el referido artículo 25. 2 LBRL que, en su redacción original aludía a la competencia en el transporte público de viajeros –letra ll)– y en la actualidad se refiere a la movilidad y al transporte colectivo urbano –letra g)– pero no se han alterado las competencias que realmente se reconocen a los municipios en las leyes sectoriales de aplicación.

Además del artículo 25. 2, en la misma LBRL, son de interés el artículo 26.1.d), que considera un servicio de prestación obligatoria en los municipios con una población superior a los 50 000 habitantes el “transporte colectivo urbano de viajeros”; y el artículo 86.3, que declara la reserva a favor de las Entidades locales de actividades o servicios esenciales. Resulta, por tanto, obvio, que la legislación estatal básica de régimen local reconoce con claridad que el transporte de viajeros constituye una materia de indudable interés local, condicionando, de este modo, al legislador sectorial que, como hemos visto, es el autonómico.

En principio y con carácter general, las leyes autonómicas sobre transporte urbano son respetuosas con este interés municipal reconociendo que corresponde a los municipios y la ordenación y gestión de los transportes públicos de personas que transcurran íntegramente dentro de su término municipal, así como la adecuación de las infraestructuras a las necesidades de transporte, sin perjuicio de la coordinación y cooperación con otras Administraciones públicas

(véase CARBONELL PORRAS; CANO CAMPOS, 2006, p. 134 ss.).

Pero, como sabemos, la movilidad sostenible comprende acciones en otras materias además de la relativa a la actividad de desplazamiento en sí misma considerada lo que comprende especialmente las competencias de los municipios relativas al medio ambiente urbano, en particular, la protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas (letra d) y al tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad (letra g), así como en materia de urbanismo (letra a) e infraestructuras viarias (letra d), todas ellas del artículo 25. 2. LBRL. A estas competencias nos referimos sintéticamente seguidamente.

En relación con el tráfico y la circulación urbano hay que tener presente el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial pues su artículo 7 dispone que corresponde a los municipios, entre otras competencias, la regulación, ordenación, gestión, vigilancia y disciplina del tráfico en las vías urbanas de su titularidad, y la regulación mediante ordenanza municipal de circulación, de los usos de las vías urbanas; así como la restricción de la circulación a determinados vehículos en vías urbanas por motivos medioambientales.

Respecto del medio ambiente urbano, son fundamentales dos leyes estatales, sin perjuicio de las leyes autonómicas en la materia. Por un lado, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, reconoce competencias a las entidades locales en la materia, que deben adaptar las ordenanzas existentes y el planeamiento urbanístico a las previsiones de dicha ley y a sus normas de desarrollo. También establece determinadas obligaciones para los municipios con población superior a 100 000 habitantes y las aglomeraciones urbanas, como la de disponer de instalaciones y redes de evaluación, informar a la población sobre los niveles de contaminación y calidad del aire o elaborar planes y programas para el cumplimiento de los objetivos de calidad del aire.

Por otra parte, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, prevé que, en 2050, exista un parque de turismos y vehículos comerciales ligeros sin emisiones directas de CO²; y establece la obligación de los Municipios de más de 50 000 habitantes y de los territorios insulares de impulsar planes de movilidad urbana sostenible coherentes con los planes de calidad del aire, que introduzcan medidas de mitigación que permitan reducir las emisiones derivadas de la movilidad.

Además, aunque el Estado no puede imponer un determinado modelo territorial o urbanístico, sí puede incidir o encauzar el mismo mediante directrices y normas básicas como las relativas a la concreción del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible que se ampara en los apartados 13 y 23 del artículo 149.1 de la Constitución (SSTC 141/2014 y 75/2018). Con este alcance, pueden ahora invocarse los principios de desarrollo territorial y urbano sostenible que relaciona el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, y que, en la letra f) del apartado 3, se refiere a las políticas públicas que garanticen “la movilidad en coste y tiempo razonable, la cual se basará en un adecuado equilibrio entre todos los sistemas de transporte, que, no obstante, otorgue preferencia al transporte público y colectivo y potencie los desplazamientos peatonales y en bicicleta”.

Por ello, se ha puesto de manifiesto que el establecimiento de estándares urbanísticos destinados a garantizar el aparcamiento, como hacia la legislación urbanística del pasado siglo, fomenta el uso del transporte individual en detrimento del transporte público y, por ello, se defienden medidas que limiten o restrinjan el empleo de los automóviles particulares. De igual forma, resulta claro que el modelo de ciudad por el que se opte influye en la movilidad. Desde esta perspectiva, Agoués Mendizábal (2009, p. 46) se refiere al principio de movilidad sostenible, que debe inspirar al planeamiento urbanístico a través de tres elementos pilares: la clasificación

y la calificación, que determinarán el suelo que va a ser objeto de transformación urbanística y el uso al que va a destinarse ese suelo; los estándares urbanísticos relativos a la densidad edificatoria que establecerán la intensidad en la ocupación de los suelos; y las reservas de suelo para infraestructuras de comunicación.

Por último, cabe traer a colación que, como ha aportado Fortes Martín (2023, p. 21), en la LBRL no se ha incluido alusión alguna a la prestación de un eventual “servicio de movilidad urbana”. Para este autor la movilidad urbana, debe ser considerada como un servicio público local reservado a las Administraciones locales, de igual modo que el artículo 86.2 LBRL hace con el transporte público de viajeros. No obstante, la imposición de un servicio público municipal obligatorio podría plantear dificultades, en cuanto a obligaciones, para los Municipios. Además, la indefinición y el carácter etéreo que ha venido caracterizando el término “movilidad sostenible” generaría vacíos normativos. Diferente es que se encomiende a los Ayuntamientos el fomento y creación de nuevos servicios de movilidad urbana sostenible como sistemas de alquiler de bicicletas o plataformas de vehículos compartidos.

4 EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL TRANSPORTE COMO SERVICIO PÚBLICO

El sector de los transportes también está sujeto a las libertades y principios que rigen la Unión Europea. Las libertades de establecimiento y de circulación de los servicios y actividades de transporte persiguen garantizar que los transportistas de cualquier Estado miembro realicen servicios de transporte interior con sujeción a las mismas reglas y requisitos que los transportistas nacionales.

Del mismo modo, las reglas de la libre competencia, como máxima expresión del sistema de economía de mercado, presiden las relaciones económicas intracomunitarias, y también la ordenación interna del transporte. Pero, sin perjuicio de lo anterior, es importante

advertir que es el único sector que el Derecho europeo vincula con el concepto de servicio público. El artículo 93 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47 de 30 de marzo de 2010) como antes el artículo 73 del Tratado de Roma subraya que son “compatibles con los Tratados las ayudas que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público”.

Y este reconocimiento determina un régimen jurídico peculiar. Dos muestras de estas especialidades son, por un lado, que la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, no es aplicable a los servicios en el ámbito del transporte —artículo 2.2.d); y, por otro lado, que la prestación de servicios de transporte de viajeros se rige por el Reglamento (CE) n° 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n° 1191/69 y (CEE) n° 1107/70, del Consejo.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado que el alcance de los “servicios en el ámbito del transporte” excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios incluye “no sólo toda actividad física de desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro por medio de un vehículo, aeronave o embarcación, sino también cualquier servicio ligado a dicha actividad de forma inherente” (STJUE, sala segunda, de 15 de octubre de 2015 (asunto C-168/14, *Applus Service*)).

Este mismo criterio se ha aplicado para resolver el conflicto suscitado con las plataformas digitales en el sector en lo que genéricamente se conoce como económica colaborativa o más concretamente movilidad colaborativa que ha ocasionado especiales problemas en España con el régimen jurídico del arrendamiento

de vehículos con conductor. La STJUE (Gran Sala), de 20 de diciembre de 2017, (Asociación Profesional Élite Taxi, C-434/15, EU:C:2017:981), concluye que el servicio de intermediación que presta Uber forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es el transporte y, por tanto, no responde a la calificación de “servicio de la sociedad de la información” sino a la de “servicio en el ámbito de los transportes”.

En consecuencia, no está incluido en el ámbito del artículo 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios en general, sino en el del artículo 58 TFUE, apartado 1, específico para el sector, que establece que “la libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes”. Además, el Tribunal de Justicia recuerda que

los servicios de transporte urbano no colectivo y los servicios indisolublemente vinculados a ellos, como el servicio de intermediación controvertido en el litigio principal, no han dado lugar a la adopción por parte del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de normas comunes u otras medidas sobre la base del artículo 91 TFUE, apartado 1.

Por tanto, corresponde a los Estados su regulación en el marco de los principios comunitarios de general aplicación. (Sobre movilidad colaborativa, puede verse CARBONELL PORRAS, 2019, p. 273 ss.).

5 LA PREVISIBLE APROBACIÓN DE UNA LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE LARGO TIEMPO ESPERADA

5.1 GENERALIDADES

La elaboración por el Gobierno de la nación de una ley de movilidad sostenible está prevista en diferentes leyes desde hace

tiempo: concretamente en la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera (disposición adicional séptima), en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (disposición adicional decimonovena) y en la ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (disposición final octava). Pero en la presentación de un proyecto de ley se demoró hasta enero de 2023, aunque caducó por la convocatoria de elecciones. Tampoco han prosperado las distintas proposiciones de ley que han presentado diversos grupos parlamentarios: en 2007, Izquierda Unida Iniciativa per Catalunya Verds (122/000224) y en 2009 del Esquerra Republicana Izquierda Unida Iniciativa per Catalunya Verds (122/000037).

El mecanismo europeo de recuperación, transformación y resiliencia “Próxima Generación UE”, *Next Generation EU*, y, en su desarrollo, en el plan español de recuperación, transformación y resiliencia, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, presta atención a esta materia, concretamente en los componentes 1, “Plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos”, y 6, “Movilidad sostenible, segura y conectada”, que han dado un nuevo impulso a la elaboración de una ley de movilidad sostenible. Este nuevo proyecto de ley ha sido publicado en el Boletín Oficial de la Cortes Generales, Congreso de los Diputados el 23 de febrero de 2024, aunque su tramitación parece estancada con el debate de las enmiendas.

Quizá por las dudas que suscita su complejidad por la amplia regulación que realiza de materias diversas y el alcance de las competencias estatales al respecto. Con este alcance la disposición final octava dispone que la ley se dicta conjuntamente al amparo de los siguientes títulos competenciales estatales del artículo 149.1 de la Constitución: regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (1º); bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (13º); las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas

y el procedimiento administrativo común (18°); la legislación básica sobre protección del medio ambiente (23°); y las bases del régimen minero y energético (25°).

Pero también se invocan los títulos relativos a la legislación laboral, el fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica y puertos y aeropuertos de interés general, en relación con concretos preceptos. En esta línea, el artículo 149.1.21.^a de la Constitución relativo a los ferrocarriles y los transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una comunidad autónoma y el tráfico y circulación de vehículos a motor, justificaría la aprobación del título III, sobre la planificación y la gestión de infraestructuras y de servicios de transporte, el título VI, relativo a la mejora de la competitividad en el transporte de mercancías y la logística, y algunas disposiciones adicionales. Recientemente se ha reactivado la tramitación parlamentaria de este proyecto de ley y el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 25 de junio de 2025, publica el informe de la ponencia sobre el proyecto de ley. Parece que, ahora sí, podría aprobarse próximamente, lo que justifica unos breves apuntes respecto de su contenido.

El proyecto es un texto complejo y amplio, con una exposición de motivos de más de veinte páginas, que consta de ciento nueve artículos –estructurados en un título preliminar y ocho títulos–, once disposiciones adicionales, ocho disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, once disposiciones finales, dos anexos, y modifica siete leyes (la de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, la de haciendas locales, el Estatuto de los Trabajadores, la de ordenación de los transportes terrestres, la de carreteras, la del sector ferroviarios y la de navegación aérea).

5.2 OBJETIVOS, PRINCIPIOS Y DERECHO A LA MOVILIDAD SOSTENIBLE

Según su artículo 1 el objeto de la Ley es establecer las condiciones necesarias conformar un sistema de movilidad

sostenible, justo e inclusivo, que se concibe como un instrumento para lograr una mayor cohesión social y territorial, contribuir a un desarrollo económico resiliente y alcanzar los objetivos de reducción de gases de efecto invernadero y otros contaminantes y mejora de la calidad del aire. A tal fin, se pretende:

- a) establecer los principios generales que permitan el desarrollo de un sistema integrado de movilidad para todos los ciudadanos y las ciudadanas, seguro, sostenible, accesible, inclusivo y digitalizado, a un coste razonable para el usuario y el conjunto de la sociedad;
- b) facilitar la existencia de un sistema de transportes multimodal de mercancías y logística eficiente, sostenible y resiliente;
- c) dotar a las administraciones públicas de los instrumentos necesarios para la implantación y desarrollo de este sistema integrado de movilidad;
- d) fortalecer los mecanismos de coordinación, cooperación y transparencia en el diseño y gestión de las políticas públicas de infraestructuras, transporte y movilidad;
- e) establecer un modelo de participación de la Administración General del Estado en la financiación del transporte urbano que se rija por los principios de igualdad, estabilidad, certidumbre y proporcionalidad.

Se reconoce un derecho a la movilidad sostenible que, de acuerdo con el artículo 4, es el

derecho de todos los ciudadanos y las ciudadanas a disfrutar de un sistema de movilidad sostenible y justo en los términos establecidos por la ley, que permita el libre ejercicio de sus derechos y libertades constitucionales, favorezca la realización de sus actividades personales, empresariales y comerciales y atienda las necesidades de las personas menos favorecidas y de

las zonas afectadas por procesos de despoblación, y en particular, preste especial atención a los supuestos de movilidad cotidiana.

Las Administraciones públicas deben facilitar este derecho a un sistema de movilidad, que se define como

un conjunto de infraestructuras, modos de transporte y servicios que faciliten los desplazamientos de las personas y el transporte de las mercancías). Este sistema constituye un elemento esencial para mejorar la calidad de vida de las personas y sus oportunidades de progreso en relación con el acceso al empleo, la formación, los bienes y servicios, la cultura, el ocio y las demás actividades cotidianas. A tales efectos, el sistema deberá ser eficaz, seguro, asequible, eficiente, accesible, socialmente inclusivo y respetuoso con la salud y el medioambiente, integrando además soluciones digitales para facilitar estos objetivos.

Las Administraciones pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán ajustarse a los principios rectores que relaciona el artículo 5 y que son:

- 1) seguridad de las personas y del sistema de movilidad en su conjunto, lo que incluye la seguridad operacional, la seguridad vial, la seguridad contra actos ilícitos, la seguridad sanitaria y la ciberseguridad;
- 2) cohesión social y territorial, de modo que la planificación de las políticas de movilidad favorezca la integración económica y social de las personas con independencia de su lugar de residencia;
- 3) igualdad de trato y no discriminación de las personas por cualquier circunstancia social, y en particular por razón de sexo, edad, discapacidad, origen racial o étnico, orientación sexual o identidad de género o situación socioeconómica;

- 4) sostenibilidad ambiental, social y económica, especialmente deberán velar por la salud de las personas, por su bienestar y calidad de vida, reduciendo las emisiones que afectan al medioambiente, a la calidad del aire y al ruido; fomentar una transición justa a los nuevos modelos de movilidad, con condiciones de trabajo dignas y con una formación adaptada, velando por la equidad económico-social; priorizar la descarbonización, la eficiencia energética y el respeto al entorno natural y urbano; y reorientar las prioridades de inversiones en infraestructuras de transporte, basándolas en criterios de racionalidad y proporcionalidad y en particular prestando especial atención a la movilidad cotidiana, el medioambiente y la salud, la intermodalidad, la tecnología, la seguridad y la conservación de las infraestructuras, para el mejor aprovechamiento de las infraestructuras existentes y los recursos públicos;
- 5) servicio al desarrollo económico sostenible nacional y a la mejora de la productividad y resiliencia de la actividad económica, la producción industrial y distribución de bienes de consumo, respetando el principio de neutralidad competitiva;
- 6) digitalización, como herramienta para mejorar la adecuación del sistema a las necesidades de la ciudadanía y del sector productivo de la manera más eficiente posible;
- 7) accesibilidad universal, pues los sistemas de transportes y movilidad deberán concebirse y proyectarse desde el origen de forma que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas, en la mayor extensión posible, en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible;
- 8) resiliencia del sistema de transportes, que deberá ser flexible y adaptable al cambio, dinámico y coordinado entre los

distintos modos de transporte y niveles de Administración Pública, con una visión integrada desde el punto de vista de la gestión de infraestructuras;

- 9) cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, en particular los relativos a la preservación del clima, la conservación de la biodiversidad y la calidad ambiental, la política y normativa europea sobre esta materia, los planes y estrategias desarrollados para el cumplimiento de los objetivos fijados, y los estándares y clasificaciones que, sobre los distintos modos, servicios, recursos y prioridades, se establezcan en relación con la sostenibilidad;
- 10) transparencia, sensibilización y participación ciudadana, de forma que las políticas públicas de movilidad, de personas y de mercancías, respondan a un enfoque integrador, basado en un modelo de gobierno abierto, en el que la transparencia y claridad en las comunicaciones, la sensibilización, la participación y la colaboración sean principios informadores del proceso de toma de decisiones, e involucren a la toda la ciudadanía, actores públicos y privados, sectores productivos y territorios interesados, situando al ciudadano y ciudadana en el centro de las decisiones;
- 11) fomento de la ciudad de proximidad, con el fin de avanzar hacia ciudades con menor impacto ambiental y mejor calidad de vida, minimizando el número de desplazamientos habituales necesarios y acortando su longitud, disminuyendo los impactos ambientales.

5.3 PRINCIPALES ACCIONES PARA UNA MOVILIDAD URBANA SOSTENIBLE

El proyecto de ley se alinea con la normativa actualmente vigente, las leyes 34/2007, de calidad del aire y protección de la

atmósfera, la Ley 2/2011, de economía sostenible, y la Ley 7/2021, de cambio climático, que ya contemplan diversas medidas para una movilidad urbana sostenible como son: el establecimiento de zonas de bajas emisiones en los municipios de más de 50.000 habitantes, que son las áreas territoriales en las que se aplican restricciones de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos para mejorar la calidad del aire y mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero, conforme a la clasificación de los vehículos por su nivel de emisiones; la instalación de puntos de recarga para los vehículos eléctricos que requiere el proceso de descarbonización; o los planes de movilidad urbana, que continúan siendo uno de los principales instrumentos de la movilidad sostenible. El proyecto de ley diferencia los planes de movilidad sostenible de las entidades locales y los planes de movilidad sostenible simplificados de entidades locales [art. 2.1.ñ)].

Los primeros se definen como instrumentos de planificación que recogen un conjunto de actuaciones dentro de un determinado ámbito territorial cuyo objetivo es implantar modelos de movilidad y formas de desplazamiento con menor impacto ambiental, como el transporte público, los servicios de movilidad compartida y colaborativa, y la movilidad activa. Y los segundos como instrumentos de planificación de la movilidad concebidos para los municipios de menos de 50 000 habitantes que, sin incluir necesariamente el contenido completo de un plan de movilidad sostenible, permitirán de manera ágil y sencilla realizar un diagnóstico y adoptar las medidas específicas para fomentar una movilidad con menor impacto ambiental que mejor se adapten a la situación específica del municipio correspondiente [art. 2.1.o)]. El carácter obligatorio o no de los otros planes de movilidad sostenible queda a elección de las Comunidades Autónomas que podrán requerirlo a los Municipios que no cumplan el anterior criterio poblacional, así como a las entidades supramunicipales con competencias en urbanismo, transportes o planificación territorial, y las agrupaciones de municipios, lo hagan.

Por otra parte, en línea con los objetivos y principios del proyecto, las Administraciones públicas deben incentivar y promover

sistemas de movilidad sostenible, y establece la siguiente prelación de medios y modos de movilidad:

- a) la movilidad activa, primando especialmente la movilidad a pie, la movilidad de las personas con discapacidad o movilidad reducida que transitan por las zonas peatonales en aparatos autorizados, así como la movilidad en bicicleta o ciclo;
- b) el transporte público colectivo;
- c) los modelos de movilidad de alta ocupación que supongan un beneficio en términos de reducción de externalidades, ocupación del espacio público u otros; y, respecto del vehículo privado, los que incorporen tecnologías que supongan menores emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero, así como los que supongan menor ocupación del espacio público.

Los criterios de una movilidad sostenible en el ámbito urbano deben potenciarse desde la ordenación urbanística y la planificación de infraestructuras, mediante el desarrollo de modelos territoriales y urbanos de proximidad a través de una planificación urbana que fomente ciudades compactas y con usos mixtos del suelo, la proximidad de las personas a las actividades, servicios lugares de trabajo, de ocio... y los servicios de transporte urbanos. A tales fines, la planificación del espacio urbano tenderá a reforzar el papel de las calles, plazas y demás elementos estructurales como espacios clave para la vida y las relaciones sociales, mediante las actuaciones que refiere el artículo 30: reparto equilibrado del espacio urbano entre la movilidad motorizada y no motorizada; fomento de la movilidad activa a pie y en bicicleta o ciclo, entendiéndola como un elemento esencial de la movilidad cotidiana; mejora de la accesibilidad, eliminando barreras arquitectónicas y acomodando el espacio urbano a las necesidades de los diferentes colectivos, en particular de las personas más vulnerables o con discapacidad o movilidad reducida;

y creación de entornos escolares y de formación seguros, saludables y sostenibles.

Por último, se prevén medidas para la financiación de la movilidad sostenible, concretamente la creación por la Administración General del Estado de un Fondo Estatal de Contribución a la Movilidad Sostenible; y un nuevo hecho imponible para la percepción de una tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local respecto de la circulación de determinados vehículos en las zonas de bajas emisiones.

REFERENCIAS

AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen. El planeamiento urbanístico y la movilidad sostenible. En: **Revista Vasca de Administración Pública**, Bilbao, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, n.º 84, p. 17-52, 2009.

CARBONELL PORRAS, Eloisa. El principio de supletoriedad. En: BAÑO LEON, José María (Coord.). **Memorial para la reforma del Estado**: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado. t. II. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016. p. 1.643-1.665.

CARBONELL PORRAS, Eloisa. La movilidad sostenible urbana, un planteamiento integral del desplazamiento de las personas y cosas en las ciudades. En: BOIX PALOP, Andrés; MARZAL RAGA, Reyes (Ed.). **Ciudad y movilidad**: la regulación de la movilidad urbana sostenible. Valencia: Ed. Universidad de Valencia, 2014a. p. 91-105.

CARBONELL PORRAS, Eloisa. La supletoriedad del derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional. En: **Revista de Administración Pública**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 143, p. 189-209, 1997.

CARBONELL PORRAS, Eloisa. Las competencias locales diez años después de la LRSAL. En: **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica**, Madrid, Ed. Instituto Nacional

de Administración Pública, n.º 19, p. 8-28, 2023.

CARBONELL PORRAS, Eloisa. **Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera**. Madrid, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba y de la Universidad Complutense de Madrid, 1993.

CARBONELL PORRAS, Eloisa. Servicios de movilidad colaborativa: modalidades y diferencias de régimen jurídico. En: **Anuario Aragonés de Gobierno Local 2018**, Zaragoza, Ed. Institución Fernando el Católico, p. 273-320, 2019.

CARBONELL PORRAS, Eloisa. Sobre la reforma local y las competencias municipales propias. En: **Revista Vasca de Administración Pública**. Bilbao, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Número especial en recuerdo y homenaje al Profesor Demetrio Loperena, n.º, 99/100, p. 765-782, 2014b.

CARBONELL PORRAS, Eloisa. Transporte urbano y movilidad. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.). **Tratado de derecho municipal**. Tomo II. Madrid: Iustel, 2011. p. 2.275-2.346.

CARBONELL PORRAS, Eloisa; CANO CAMPOS, Tomás. **Los transportes urbanos**. Madrid: Iustel. 2006.

CASADO CASADO, Lucía. Las competencias ambientales de las entidades locales luces y sombras tras la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local. En: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, Pamplona, Ed. Thomson Reuters, n.º 32, p. 201-283, 2015.

COMISIÓN EUROPEA. Libro blanco: la política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad. 2001.

COMISIÓN EUROPEA. Libro verde: hacia una nueva cultura de la movilidad urbana. 2007.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. La determinación constitucional de las competencias de las Comunidades Autónomas.

En: **Revista de Administración Pública**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 89, p. 7-60, 1979.

ESPAÑA. Congreso de los Diputados. XIV legislatura. 2024. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A, Proyectos de Ley, núm. 9-1, de 23 de febrero.

ESPAÑA. Gobierno de España. Estrategia de Movilidad Segura, Sostenible y Conectada 2030. 2021.

ESPAÑA. Gobierno de España. Estrategia Española de Movilidad Sostenible y los Gobiernos locales. 2010.

ESPAÑA. Gobierno de España. Estrategia Española de Movilidad Sostenible. 2009.

FORTES MARTÍN, Antonio. Los gobiernos locales ante el proceso de descarbonización de la movilidad urbana. En: **Cuadernos de Derecho Local**, Madrid, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, n.º 61, p. 14-54, 2023.

GARCÍA DE ENTERRÍA Y CARANDE, Eduardo. El servicio público de los transportes urbanos. En: **Revista de Administración Pública**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 17, pág. 53-87, 1953.

RUIZ MAGAÑA, Inmaculada. **Turismo sostenible, desarrollo rural y despoblación**. Madrid: Iustel. 2024.

TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. Informe especial: reducción de las emisiones de dióxido de carbono procedentes de turismo. 2024.

Recebido em: 28-7-2025

Aprovado em: 22-8-2025

PRINCIPALES ASPECTOS DEL REAL DECRETO 1085/2024, DE 22 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE REUTILIZACIÓN DEL AGUA Y SE MODIFICAN DIVERSOS REALES DECRETOS QUE REGULAN LA GESTIÓN DEL AGUA^{1y2}

Francisca Ramón Fernández³

RESUMEN

El Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, establece un nuevo Reglamento de reutilización del agua en España, modificando normativas previas sobre la gestión hídrica. La reutilización del agua es clave para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y mitigar el cambio climático, al liberar recursos hídricos de mejor

¹ **Como citar este artículo científico.** RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. Principales aspectos del Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de reutilización del agua y se modifican diversos reales decretos que regulan la gestión del agua. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 241-264, maio-ago. 2025.

² Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024), Proyecto de I+D+i 2023-2025 (PID2022-136439OB-I00) financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, y Proyecto “Promoting capacity building and knowledge for the extension of urban gardens in European cities” (PCI2022-132963) (02/06/22-01/06/25).

³ Doctora en Derecho. Catedrática de Derecho Civil. Universitat Politècnica de València. E-mail: frarafer@urb.upv.es

calidad para usos más exigentes, como el abastecimiento de agua potable. Este reglamento regula la producción y uso de aguas regeneradas, excluyendo su reutilización para consumo humano directo, salvo en emergencias. Se busca fomentar la economía circular y la adaptación al cambio climático, estableciendo requisitos de calidad y autorizaciones para su uso en sectores urbanos, agrícolas e industriales. Además, se implementan incentivos económicos para promover la reutilización y se crea un sistema de gestión del riesgo asociado. La norma también se alinea con directivas europeas, garantizando la protección del medio ambiente y la salud pública en el uso de aguas regeneradas.

Palabras Clave: Reutilización; agua; cambio climático; gestión; objetivos de desarrollo sostenible.

ABSTRACT

Royal Decree 1085/2024, of October 22, establishes a new regulation for water reuse in Spain, amending previous regulations on water management. Water reuse is key to achieving the Sustainable Development Goals and mitigating climate change by freeing up higher-quality water resources for more demanding uses, such as drinking water supply. This regulation governs the production and use of reclaimed water, excluding its reuse for direct human consumption, except in emergencies. It seeks to promote the circular economy and climate change adaptation by establishing quality requirements and authorizations for its use in urban, agricultural, and industrial sectors. Furthermore, economic incentives are implemented to promote reuse and an associated risk management system is created. The regulation also aligns with European directives, ensuring the protection of the environment and public health in the use of reclaimed water.

Key Words: Reuse; water; climate change; management; sustainable development goals.

SUMÁRIO. Introdução. I La reutilización del agua. I.1 Ámbito de aplicación. I.2 Objetivos. I.3 Estructura. I.4 Algunos aspectos clave. I.5 Fines. I.6 Definiciones contempladas. I.7 Exclusión del reglamento. I.8 Necesidad de autorización. I.9 Prohibición de reutilización. II Iniciación del procedimiento de obtención de la concesión

para el uso de aguas regeneradas. III Gestión del riego del agua regenerada. IV Relación con los objetivos de desarrollo sostenible. Objetivo 6: garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos. V Relación que existe entre el cambio climático y el agua. VI Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo vamos a realizar una aproximación al Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de reutilización del agua y se modifican diversos reales decretos que regulan la gestión del agua.

Esta norma es compleja, ya que no solamente se aprueba el Reglamento, sino que se realizan sendas modificaciones al Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica, en desarrollo de los títulos II y III de la Ley de Aguas.

La reutilización del agua resulta fundamental para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y para hacer frente a las consecuencias del cambio climático.

Con la reflexión sobre estos aspectos objeto de estudio obtendremos unas conclusiones que pueden resultar de interés para la comunidad científica.

I LA REUTILIZACIÓN DEL AGUA

La reutilización de las aguas se ha convertido en una importante fuente de suministro de agua que permite liberar otros recursos de mejor calidad, que pueden así ser destinados a otros

usos más exigentes, como el abastecimiento de agua potable (más ampliamente: LAFUENTE FERNÁNDEZ; VARGAS MOLINA; PANEQUE SALGADO, 2024, p. 22 y sigs.; SETUÁIN MENDÍA, 2023).

Además, las aguas regeneradas pueden proporcionar una mayor fiabilidad y regularidad del suministro; y reducir las presiones sobre las masas de agua superficiales y subterráneas, contribuyendo al cumplimiento de los objetivos medioambientales y a la reducción, especialmente en zonas costeras, de la vulnerabilidad frente a los impactos del cambio climático, así como fomentar la economía circular (NAVARRO CABALLERO, 2024, p. 59 y sigs.; LUCHENA MOZO, 2024, p. 74 y sigs.).

La reutilización de las aguas se concibe como elemento esencial dentro de la gestión integrada del agua que permite contribuir al cumplimiento tanto de los objetivos de protección del dominio público hidráulico (DPH), como de los objetivos medioambientales establecidos en los artículos 92 y 92 bis del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

El Real Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas (actualmente derogado) supuso un hito en el fomento de la reutilización de las aguas residuales en España. Este real decreto estableció la normativa básica en la materia fijando los requisitos administrativos para obtener el título habilitante, así como los usos permitidos y criterios de calidad exigidos. Por primera vez, una norma regulaba el uso del agua regenerada en 5 ámbitos distintos: usos urbanos, agrícolas, industriales, recreativos y ambientales. Posteriormente, en el año 2010, se publicó la Guía para la Aplicación del Real Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, al objeto de orientar el cumplimiento del mismo y garantizar los niveles de calidad y el buen uso de las aguas regeneradas.

El Plan Nacional de Depuración, Saneamiento, Eficiencia, Ahorro y Reutilización (Plan DSEAR) aprobado mediante la Orden TED/801/2021, de 14 de julio, constituye un instrumento de gobernanza que se ha incorporado en los planes hidrológicos del tercer ciclo (2022-2027), con una serie de criterios enfocados al cumplimiento de los objetivos de la planificación hidrológica, principalmente en los ámbitos de la depuración, el saneamiento y la reutilización de las aguas residuales regeneradas. El Plan revisa las estrategias y actuaciones que definen la política del agua en estas materias, buscando alinearlas con las políticas comunitarias relacionadas, con el Pacto Verde Europeo, y las nacionales de la transición ecológica y el reto demográfico.

La reutilización directa de las aguas residuales puede ser muy positiva, fundamentalmente en las zonas costeras cuyos vertidos van directamente al mar a través de emisarios submarinos o por el contrario, ser inviable, en las zonas del interior, como puede ser cuando el caudal que vierten las depuradoras de aguas residuales constituye gran parte del caudal ecológico que circulan por los ríos en el interior de nuestras cuencas hidrográficas, siendo indispensable para mantener el estado de los ríos y ecosistemas dependientes, así como de los usos del agua situados aguas abajo.

En estas zonas de interior, la reutilización debe enfocarse como regla general a partir de la sustitución de usos del agua de consumo humano para determinados usos urbanos, como es el baldeo de calles.

Se aprueba el reglamento de reutilización del agua que desarrolla el capítulo III “De la reutilización de las aguas” del título V “De la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas” del TRLA, con una clara orientación al fomento sostenible de la reutilización del agua, y con el objetivo prioritario de sustituir en usos ya existentes, recursos hídricos en riesgo por otros de diferente origen. También, complementa las previsiones del Reglamento (UE) 2020/741 del Parlamento Europeo y del Consejo

de 25 de mayo de 2020 relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua.

Conforme al TRLA, la presente norma precisa el régimen jurídico que establece la imprescindible intervención de la autoridad competente con una doble función habilitante: en primer lugar, de la actividad de regeneración del agua residual urbana para que alcance la calidad debida en función de los usos a los que va a estar destinada; y, en segundo lugar, del uso privativo que pueda hacerse del agua regenerada.

También debemos mencionar la Directiva (UE) 2024/3019 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, (versión refundida) (DOUE, núm. 3019, de 12 de diciembre de 2024. Véase: GARCÍA GARCÍA, 2025, p. 116 y sigs.) en cuyo artículo 15 establece la regulación de la reutilización del agua y vertidos de aguas residuales urbanas:

1. los Estados miembros promoverán sistemáticamente la reutilización de las aguas residuales tratadas procedentes de todas las instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas, cuando proceda, sobre todo en zonas bajo estrés hídrico y para todos los fines oportunos. Se evaluará la posibilidad de reutilización de las aguas residuales tratadas de tal forma que se tengan en cuenta los planes hidrológicos de cuenca establecidos con arreglo a la Directiva 2000/60/CE (en lo sucesivo, “planes hidrológicos de cuenca”) y las decisiones de los Estados miembros con arreglo al artículo 2, apartado 2, del Reglamento (UE) 2020/741. Los Estados miembros velarán por que, cuando se reutilicen aguas residuales urbanas tratadas o se prevea dicha reutilización, no se ponga en riesgo el caudal ecológico de las aguas receptoras ni se produzcan efectos adversos en el medio ambiente o la salud humana. Cuando las aguas residuales tratadas se reutilicen para el riego agrícola, deberán cumplir los requisitos del Reglamento (UE) 2020/741. En caso de que s estrategias

de resiliencia hídrica a nivel de los Estados miembros, en ellas se considerarán medidas para promover la reutilización de las aguas residuales tratadas y sobre la reutilización en sí misma.

Cuando las aguas residuales urbanas tratadas se reutilicen para el riego agrícola, los Estados miembros podrán establecer excepciones a los requisitos para el tratamiento terciario del anexo I, parte B y cuadro 2, para la fracción de las aguas residuales urbanas tratadas destinada exclusivamente a la reutilización en el riego agrícola, cuando pueda demostrarse lo siguiente:

- a) que el contenido en nutrientes de la fracción reutilizada no supera la demanda de nutrientes de los cultivos a los que se destina;
 - b) que no existen riesgos para el medio ambiente, en particular en relación con la eutrofización de las aguas de la misma zona de captación;
 - c) no existen riesgos para la salud humana, en particular en relación con los organismos patógenos;
 - d) que la instalación de tratamiento de aguas residuales urbanas tiene suficiente capacidad para tratar o almacenar aguas residuales urbanas, a fin de evitar el vertido a aguas receptoras de aguas residuales urbanas que no cumplan los requisitos establecidos en el anexo I, parte B y cuadro 2, de conformidad con los métodos de control y evaluación de resultados establecidos en el anexo I, parte C;
2. los Estados miembros velarán por que al menos todos los vertidos procedentes de instalaciones de tratamiento de aguas residuales urbanas de un mínimo de 1 000 h-e estén sujetos a normativas previas o a autorizaciones específicas, o a ambas. Tales normativas y autorizaciones específicas deben asegurar que se cumplan los requisitos establecidos en el anexo I, parte B;
 3. las normativas previas y autorizaciones específicas a que se refiere el apartado 2 se revisarán al menos cada diez años

y, en caso necesario, se adaptarán. Las disposiciones de las autorizaciones específicas se actualizarán en los casos en que las características de las aguas residuales de entrada o de los vertidos de la instalación de tratamiento de aguas residuales urbanas o de las masas de agua receptoras sufran cambios significativos, a fin de asegurarse de que se sigan cumpliendo los requisitos establecidos en el anexo I, parte B;

4. los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para adaptar sus infraestructuras de recogida y tratamiento de aguas residuales urbanas para hacer frente a un aumento de la carga de aguas residuales domésticas, incluida la construcción de nuevas infraestructuras cuando sea necesario.

Cuando adopten medidas a tenor del párrafo primero, se considerará que los Estados miembros cumplen los objetivos medioambientales establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2000/60/CE si se cumplen todas las condiciones siguientes:

a) que la construcción o ampliación de una instalación de tratamiento de aguas residuales urbanas para tratar un aumento de la carga o, de otro modo, cargas sin tratar de aguas residuales domésticas esté sujeta a autorización previa de conformidad con la presente Directiva;

b) que los beneficios de la instalación de tratamiento de aguas residuales urbanas a que se refiere la letra a) no puedan lograrse por razones de viabilidad técnica o de costes desproporcionados por otros medios, incluida la consideración de puntos alternativos de vertido de las instalaciones de aguas residuales urbanas, que contribuyan a la consecución de los objetivos medioambientales establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2000/60/CE;

c) que se tomen todas las medidas de mitigación técnicamente viables para minimizar los efectos negativos de la instalación de tratamiento de aguas residuales urbanas en las masas de agua afectadas y se expongan en las autorizaciones específicas a que

se refieren el artículo 14 de la presente Directiva y el presente artículo; estas medidas incluirán, en caso necesario, requisitos de tratamiento más rigurosos que los aplicados antes del aumento de la carga de aguas residuales domésticas, con el fin de cumplir los requisitos de las Directivas a que se refiere el anexo I, parte B, punto 6, de la presente Directiva;

d) que se apliquen todas las medidas de mitigación técnicamente viables para minimizar los efectos negativos de otras actividades que ejerzan presiones similares en las mismas masas de agua.

Si no se consigue evitar el deterioro o no se cumplen los objetivos medioambientales establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2000/60/CE en una masa de agua superficial a causa de una autorización previa en virtud de la letra a), dicha autorización se establecerá de manera concreta y las condiciones mencionadas en el párrafo segundo se explicarán en los planes hidrológicos de cuenca.

I.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de este reglamento es más amplio que el establecido por el Reglamento (UE) 2020/741, de 25 de mayo de 2020, que se refiere a aguas regeneradas destinadas al riego agrícola.

Por su parte, el presente reglamento admite otros usos, sin perjuicio de que prohíbe la reutilización de aguas para el consumo humano directo, salvo situaciones de declaración de catástrofe en las que la autoridad sanitaria especificará los niveles de calidad exigidos a dichas aguas y los usos.

También prohíbe el uso de aguas regeneradas para la empresa alimentaria salvo lo dispuesto en el anexo I.A, para su uso en instalaciones hospitalarias y otros usos similares, para el cultivo de moluscos filtradores en acuicultura, para el uso recreativo como agua de baño, así como para los usos que la autoridad sanitaria o

ambiental considere un riesgo para la salud de las personas o un perjuicio para el medio ambiente.

I.2 OBJETIVOS

Como un medio para promover la economía circular y reforzar la adaptación al cambio climático, se hace necesario regular la utilización de agua regenerada para determinados usos, fomentando la reutilización dentro del propio ciclo urbano del agua. Así mismo se considera esencial promover el aprovechamiento, recirculación y reutilización del agua antes de su incorporación al sistema de saneamiento con la finalidad de reducir la demanda de recursos hídricos naturales.

El presente reglamento debe contribuir a la eliminación progresiva de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) procedentes de las actividades de regeneración del agua, promoviendo la eficiencia energética y la producción de energías renovables, contribuyendo así al objetivo de neutralidad climática para 2050 establecido en virtud del Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) núm. 401/2009 y (UE) 2018/1999 (“Legislación europea sobre el clima”).

La presente norma realiza adicionalmente dos modificaciones en dos de los reglamentos más importantes en materia de gestión del agua, que complementan en parte este reglamento. En particular, y en relación con la modificación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (en adelante, RDPH), aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, pese a que en la reciente modificación operada por el Real Decreto 665/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril; el Reglamento de la Administración Pública del Agua, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio;

y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados, ya se ha realizado la adaptación del citado RDPH al Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas en materia de vertidos de aguas residuales y el canon asociado, quedaba pendiente la revisión de otras partes del régimen jurídico asociado a la reutilización de aguas residuales, esencialmente en relación con la tramitación de las concesiones de su uso y el contenido del Registro de Aguas, aspectos que se actualizan en esta norma, retirando del RDPH el procedimiento de autorización de utilización de las aguas residuales, junto con otras adaptaciones necesarias para puntualizar ciertos aspectos de instituciones y procedimientos que ya se encuentran regulados en el RDPH, y, a partir de la experiencia de la aplicación de la modificación del RDPH realizada por el Real Decreto 665/2023, de 18 de julio, se realizan determinadas modificaciones para garantizar la coherencia interna del citado RDPH.

En los procedimientos de declaración de extinción del derecho al uso privativo de las aguas, únicamente se tendrá que recabar el informe del Consejo de Obras Públicas en los casos previstos en la Orden de 30 de septiembre de 1999 por la que se aprueba el Reglamento del Consejo de Obras Públicas.

Se ha procedido a incorporar ajustes en los artículos relativos a la protección de la contaminación puntual de las aguas subterráneas incluidos en la modificación del RDPH realizada por Real Decreto 665/2023, de 18 de julio, que se limitan a puntualizar ciertos aspectos, como son los ajustes que se realizan en el artículo

326 ter y las actualizaciones del contenido de los anexos IV, V y X del citado RDPH, se realizan con el fin de adaptarlos al avance del conocimiento científico y la experiencia asociada tras un año de implantación de la citada modificación y de las guías técnicas en elaboración a tal efecto.

Se crea el sello de gestión transparente del agua, de forma que el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico en las demarcaciones hidrográficas intercomunitarias y las comunidades autónomas en las demarcaciones hidrográficas intracomunitarias podrán otorgar este reconocimiento a aquellos usuarios del agua que además de cumplir con toda la normativa que les sea de aplicación, tengan unos adecuados estándares de calidad en su gestión y un alto grado transparencia pública en la información sobre los datos asociados al uso del agua.

I.3 ESTRUCTURA

Se ha organizado en ocho capítulos y tres anexos

El capítulo I contiene el objeto, las definiciones y el ámbito de aplicación.

El capítulo II precisa aspectos del régimen jurídico de la producción y suministro de aguas regeneradas.

El capítulo III se dedica al régimen jurídico del uso de aguas regeneradas.

El capítulo IV determina las condiciones básicas para la reutilización de las aguas y la calidad exigible a las aguas regeneradas para los usos autorizados.

El capítulo V contiene disposiciones sobre el Plan de gestión del riesgo del agua regenerada.

El capítulo VI se refiere a medidas de fomento para la reutilización del agua.

El capítulo VII se dedica a los informes y transparencia.

El capítulo VIII precisa el régimen sancionador aplicable.

En cuanto a los anexos, el primero de ellos contiene los requisitos de calidad para el uso de las aguas regeneradas, el segundo se refiere al control de la calidad de las aguas regeneradas, y el tercero se dedica a los elementos clave de gestión del riesgo.

I.4 ALGUNOS ASPECTOS CLAVE

Son distintos los aspectos más relevantes del Real Decreto 1085/2024 (indicados por la doctrina y que más ampliamente se puede consultar: BLASCO HEDO, 2024, p. 167 y sigs.; COMPANYS ALET, 2024, p. 44 y sigs.; FERNÁNDEZ; GÓMEZ, 2024; LOZANO CUTANDA; ORTEU BERROCAL, 2024, p. 174 y sigs.), entre los que destacamos:

- a) los usos a los que se aplica el régimen de la reutilización: la exclusión del “destino ambiental”;
- b) los condicionantes ambientales de las aguas reutilizadas;
- c) las condiciones generales de la producción y suministro de aguas residuales;
- d) la autorización para la producción y suministro de aguas regeneradas;
- e) condiciones generales del uso de las aguas regeneradas;
- f) incentivos económicos y reputacionales para la reutilización del agua;
- g) requisitos de calidad para el uso de las aguas regeneradas.

I.5 FINES

Los principales fines de la norma son:

- a) desarrollo del régimen jurídico de la reutilización del agua

establecido en el capítulo III del título V del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLA);

b) completar el Reglamento (UE) 2020/741 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 2020, relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua, aplicando las disposiciones sobre gestión del riesgo en el riego agrícola al resto de usos de agua regenerada.

La finalidad del presente reglamento es garantizar que las aguas regeneradas sean seguras para los usos establecidos y, de esta forma, garantizar un alto nivel de protección del medio ambiente, de la salud humana y de la sanidad animal; promover la economía circular; apoyar la adaptación al cambio climático; y contribuir a la satisfacción sostenible de las demandas de agua, a la consecución de los objetivos medioambientales y de protección del dominio público hidráulico (DPH) al hacer frente a la escasez de agua y a las presiones de los recursos hídricos.

I.6 DEFINICIONES CONTEMPLADAS

Se contemplan distintas definiciones como: agente peligroso; aguas depuradas; aguas grises; aguas regeneradas; aguas residuales domésticas; aguas residuales industriales; aguas residuales urbanas; alimento, empresa alimentaria; autoridad competente; barrera; estación depuradora de aguas residuales; estación regeneradora de agua; gestión del riesgo; infraestructuras de almacenamiento y/o distribución; medida correctiva; medida preventiva; operador de la estación depuradora de aguas residuales; operador de la estación regeneradora de aguas; operador de las infraestructuras de almacenamiento y/o distribución parte responsable; operador de las infraestructuras de almacenamiento y/o distribución; primer usuario; productor y suministrador; punto de cumplimiento de las aguas

regeneradas; punto de entrega de las aguas depuradas; recirculación de aguas; reutilización del agua; riesgo; sistema de reutilización del agua; suceso peligroso, y usuario final del agua regenerada.

I.7 EXCLUSIÓN DEL REGLAMENTO

- a) la utilización de agua de lluvia y de las aguas grises tratadas en el ámbito privado antes de su recogida en los propios sistemas colectores;
- b) el aprovechamiento de escorrentía pluvial en sistemas urbanos de drenaje sostenible;
- c) el aprovechamiento de aguas freáticas procedentes de infraestructuras subterráneas urbanas;
- d) el aprovechamiento de aguas almacenadas en tanques de tormenta en sistemas separativos;
- e) la utilización de los retornos de agua procedentes del regadío;
- f) la recirculación, dentro de los procesos propios de una actividad industrial, de aguas que provengan de la propia instalación o instalaciones conectadas a las mismas estaciones de tratamiento y regeneración de agua. Así como, la utilización de agua regenerada dentro de las instalaciones de la estación de tratamiento de aguas;
- g) la utilización de las aguas residuales tratadas en el ámbito privado para autoconsumo de forma previa a su recogida en sistemas colectores.

I.8 NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN

La producción y el suministro de aguas regeneradas requerirá autorización de la autoridad competente. Dicha autorización tendrá un plazo de diez años, entendiéndose renovada por plazos sucesivos de igual duración al autorizado y por un máximo de tres renovaciones.

El uso de aguas regeneradas, en cambio, requerirá concesión administrativa. Los usuarios que ya dispongan de un título habilitante que les permita el aprovechamiento de aguas continentales y quieran disponer de agua regenerada deberán solicitar la modificación de la concesión vigente.

Las aguas regeneradas podrán utilizarse para unos concretos usos urbanos, agrícolas, industriales, ganaderos o deportivos predeterminados en la norma, así como para otros distintos siempre que reúnan las condiciones de calidad exigidas. La utilización del agua regenerada estará sometida al contenido de los planes de gestión del riesgo del agua regenerada y las autoridades competentes deberán velar por su correcto uso.

I.9 PROHIBICIÓN DE REUTILIZACIÓN

Se prohíbe la reutilización de aguas para los siguientes usos:

- consumo humano directo, salvo en situaciones de declaración de catástrofe en las que la autoridad sanitaria especificará los niveles de calidad exigidos;
- empresa alimentaria en determinados supuestos;
- en instalaciones hospitalarias y otras instalaciones médicas;
- cultivo de moluscos filtradores en acuicultura;
- uso recreativo como agua de baño en instalaciones artificiales.

Sin perjuicio de ello, las autoridades sanitarias, ambientales y agrarias podrán establecer de forma motivada la prohibición de otros usos que consideren de riesgo para la salud de las personas o para el medio ambiente.

La nueva norma también persigue duplicar en los próximos años el uso del agua regenerada en España potenciando

la reutilización mediante el establecimiento de objetivos más rigurosos en los vertidos, la elaboración de planes de fomento de la reutilización de aguas asociados a usos urbanos o el destino de incentivos económicos, como subvenciones o exenciones de la tarifa de utilización del agua asociados a la sustitución de recursos hídricos naturales por aguas regeneradas.

II INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE OBTENCIÓN DE LA CONCESIÓN PARA EL USO DE AGUAS REGENERADAS

Se regula en los artículos 13 y siguientes del Real Decreto 1085/2024.

La tramitación de la concesión se ajustará a lo establecido en el artículo 93 y siguientes del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (RDPH).

El procedimiento se iniciará mediante la presentación de la solicitud.

La autoridad competente, recibida la petición y estimada conforme, iniciará el trámite de competencia de proyectos.

Durante este trámite, se notificará la solicitud al primer usuario y al titular de la autorización de vertido en los plazos y términos establecidos en el RDPH.

Una vez analizada por la autoridad competente toda la documentación presentada, si el informe sobre la compatibilidad de la solicitud de concesión con el plan hidrológico de la demarcación hidrográfica se considera viable, analizando los criterios y condicionantes establecidos en el artículo 4, se solicitará informe preceptivo y vinculante a las autoridades sanitarias.

La autoridad competente podrá asimismo solicitar informes a otros órganos cuando lo considere necesario.

Finalizada la instrucción del expediente la autoridad competente elaborará la propuesta de resolución de la concesión de aguas regeneradas.

La propuesta de resolución deberá justificar que el uso de las aguas regeneradas es compatible con la planificación hidrológica y cumple el objetivo de asegurar un elevado nivel de protección de la salud humana, la sanidad animal y del medio ambiente, así como el mantenimiento del régimen de caudales ecológicos y de los usos ya existentes.

III GESTIÓN DEL RIEGO DEL AGUA REGENERADA

Con el fin de garantizar que las aguas regeneradas se usan y gestionan de forma segura, las partes responsables del sistema de reutilización elaborarán un Plan de gestión del riesgo del agua regenerada, mediante el que se coordinará el conjunto de funciones de cada parte en el sistema de reutilización de aguas.

Un plan de gestión del riesgo del agua regenerada podrá aplicarse a uno o varios sistemas de reutilización del agua.

IV RELACIÓN CON LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE. OBJETIVO 6: GARANTIZAR LA DISPONIBILIDAD DE AGUA Y SU GESTIÓN SOSTENIBLE Y EL SANEAMIENTO PARA TODOS

Se relaciona principalmente con el ODS 6. Agua limpia y saneamiento (NACIONES UNIDAS, 2015).

El acceso al agua potable, el saneamiento y la higiene representan la necesidad humana más básica para el cuidado de la salud y el bienestar. Miles de millones de personas no tendrán acceso a estos servicios básicos en 2030 a menos que se cuadrupliquen los avances. El rápido crecimiento de la población, la urbanización y las crecientes necesidades en materia de agua de los sectores agrícola,

industrial y energético están provocando un aumento de la demanda de agua.

La demanda de agua ha superado el crecimiento demográfico y la mitad de la población mundial actualmente sufre una escasez de agua grave durante al menos un mes al año.

Se prevé que la escasez de agua aumente con el incremento de las temperaturas globales, provocado a su vez por el cambio climático.

Entre las medidas necesarias para garantizar el acceso universal al agua potable segura y asequible de aquí a 2030 se encuentran las inversiones en infraestructuras e instalaciones de saneamiento, la protección y el restablecimiento de los ecosistemas relacionados con el agua, así como la educación en materia de higiene.

Además, la mejora del uso eficiente de los recursos hídricos es una de las claves para reducir el estrés hídrico.

Se ha producido una evolución positiva.

El acceso al agua potable, el saneamiento y la higiene es un derecho humano. Las estrategias clave para encauzar este objetivo incluyen aumentar la inversión y la capacitación en todo el sector, promover la innovación y la acción a partir de pruebas, mejorar la coordinación y la cooperación intersectorial entre todas las partes interesadas y adoptar un enfoque más integrado y holístico de la gestión del agua.

El agua es esencial no solo para la salud, sino también para reducir la pobreza, y garantizar la seguridad alimentaria, la paz, los derechos humanos, los ecosistemas y la educación.

V RELACIÓN QUE EXISTE ENTRE EL CAMBIO CLIMÁTICO Y EL AGUA

En muchos lugares del mundo, la disponibilidad de agua es cada vez menos previsible. En algunas regiones, las sequías agravan

la escasez de agua y repercuten negativamente en la salud y la productividad de las personas, lo que a su vez amenaza el desarrollo sostenible y la biodiversidad en todo el mundo.

Por tanto, garantizar que todo el mundo tenga acceso a servicios sostenibles de agua potable y saneamiento es una estrategia fundamental para mitigar el cambio climático en los próximos años.

De no mejorarse las infraestructuras y la gestión del agua, millones de personas seguirán muriendo cada año a causa de enfermedades relacionadas con el agua, como la malaria y la diarrea, y la pérdida de biodiversidad y el deterioro de la resistencia de los ecosistemas seguirán socavando la prosperidad de los países y los esfuerzos por lograr una sociedad más sostenible.

VI CONCLUSIONES

El Real Decreto 1085/2024 representa un avance normativo significativo en materia de reutilización del agua, integrando una visión sostenible y alineada con los compromisos nacionales e internacionales en la gestión del recurso hídrico. Este reglamento no solo promueve el uso eficiente de las aguas regeneradas, sino que establece un marco jurídico claro y completo para su producción, distribución y utilización, garantizando altos estándares de calidad y protección del medio ambiente, la salud humana y la sanidad animal.

Entre los principales logros de esta normativa, destaca su contribución directa al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular el ODS 6, al fomentar el acceso equitativo y sostenible al agua mediante el aprovechamiento de recursos alternativos. Además, la norma incorpora criterios técnicos, ambientales y sanitarios que refuerzan la seguridad en el uso de aguas regeneradas, especialmente en contextos donde la presión sobre los recursos naturales es creciente.

Asimismo, la norma introduce instrumentos como el Plan de gestión del riesgo del agua regenerada y mecanismos de transparencia

y fomento, como el sello de gestión transparente del agua, que buscan incentivar buenas prácticas y fortalecer la confianza pública en la reutilización del recurso. Las exclusiones claramente delimitadas y las prohibiciones específicas también garantizan que los usos del agua regenerada no pongan en riesgo la salud ni el equilibrio ecológico.

En definitiva, este nuevo marco legal refuerza la transición hacia un modelo de economía circular en el sector del agua, promueve la adaptación al cambio climático y mejora la resiliencia de los sistemas hídricos frente a la escasez. Su correcta aplicación y seguimiento serán claves para consolidar la reutilización como una herramienta estratégica en la planificación y gestión integrada del agua en España.

BIBLIOGRAFÍA

BLASCO HEDO, Eva. Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de reutilización del agua y se modifican diversos reales decretos que regulan la gestión del agua. In: **Actualidad Jurídica Ambiental**, Soria, Ed. Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas / Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental, núm. 150, p. 167-169, 2024.

COMPANYS ALET, Antoni. Novedades del régimen jurídico de la reutilización de aguas residuales: aspectos controvertidos y principales aportaciones del Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de reutilización del agua. In: **Revista Jurídica Pérez-Llorca**, Madrid, Ed. Pérez-Llorca, núm. 12, p. 44-77, 2024.

ESPAÑA. Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, núm. 113, de 12 de mayo de 2023.

ESPAÑA. Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, núm. 103, de 30 de abril de 1986.

ESPAÑA. Orden de 30 de septiembre de 1999 por la que se aprueba el Reglamento del Consejo de Obras Públicas. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, núm. 240, de 7 de octubre de 1999.

ESPAÑA. Orden TED/801/2021, de 14 de julio, por la que se aprueba el Plan Nacional de depuración, saneamiento, eficiencia, ahorro y reutilización. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, núm. 178, de 27 de julio de 2021.

ESPAÑA. Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, núm. 103, de 30 de abril de 1986.

ESPAÑA. Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica, en desarrollo de los títulos II y III de la Ley de Aguas. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, núm. 209, de 31 de agosto de 1988.

ESPAÑA. Real Decreto 1085/2024, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de reutilización del agua y se modifican diversos reales decretos que regulan la gestión del agua. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, núm. 256, de 23 de octubre de 2024.

ESPAÑA. Real Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.

ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, núm. 176, de 24 de julio de 2001.

ESPAÑA. Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes

del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, núm. 208, de 31 de agosto de 2023.

FERNÁNDEZ, Javier; GÓMEZ, Jabier. El nuevo Reglamento de reutilización del agua regula la producción, el suministro y el uso de aguas regeneradas. In: Garrigues, 24 de octubre de 2024. Disponible en: <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/nuevo-reglamento-reutilizacion-agua-regula-produccion-suministro-uso-aguas-regeneradas>. Consultado el 13 de abril de 2025.

GARCÍA GARCÍA, Sara. Directiva (UE) 2024/3019 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2024 sobre el tratamiento de aguas residuales y urbanas. In: **Actualidad Jurídica Ambiental**, Soria, Ed. Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas / Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental, núm. 153, p. 116-119, 2025.

LAFUENTE FERNÁNDEZ, Regina; VARGAS MOLINA, Jesús; PANEQUE SALGADO, Pilar. Opinión pública, resistencias y oportunidades para una transición hídrica. In: **Pensamiento al Margen: Revista Digital Sobre las Ideas Políticas**, Madrid, Ed. Ateneo Cantonal de Estudios Políticos, núm. 20, p. 22-40, 2024.

LOZANO CUTANDA, Blanca; ORTEU BERROCAL, Eduardo. Análisis de los aspectos clave del Real Decreto 1085/2024, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de Reutilización del Agua. In: **Actualidad Jurídica Ambiental**, Soria, Ed. Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas / Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental, núm. 151, p. 174-184, 2024.

LUCHENA MOZO, Gracia María. Hacia la transición hídrica a través de la fiscalidad y la economía circular. In: **Revista Catalana de Dret Públic**, Barcelona, Ed. Escola d'Aministració Pública de Catalunya, núm. 68, p. 74-95, 2024.

NACIONES UNIDAS: Objetivos de desarrollo sostenible, 2015. Disponible en: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>>. Consultado el 13 de abril de 2025.

NAVARRO CABALLERO, Teresa María. La reutilización del agua y la economía circular. In: **Revista Catalana de Dret Públic**, Barcelona, Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya, núm. 68, p. 59-73, 2024.

SETUÁIN MENDÍA, Beatriz. **La reutilización de agua en un contexto de cambio: un análisis jurídico-administrativo**. Cizur Menor: Aranzadi, 2023.

UNIÓN EUROPEA. Reglamentos (CE) núm. 401/2009 y (UE) 2018/1999. (Legislación europea sobre el clima). **Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)**, Luxemburgo, núm. 243, de 9 de julio de 2021.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2020/741 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 2020 relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua. **Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)**, Luxemburgo, núm. 177/32, de 5 de junio de 2020.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Real Decreto 665/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril; el Reglamento de la Administración Pública del Agua, aprobado por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio; y el Directiva (UE) 2024/3019 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2024, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, (versión refundida). **Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)**, Luxemburgo, núm. 3019, de 12 de diciembre de 2024.

Recebido em: 13-4-2025

Aprovado em: 18-7-2025

DE NUEVO SOBRE EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y LA SEGUNDA INSTANCIA. RETOS PLANTEADOS POR LA DOCTRINA *SAQUETTI IGLESIAS*^{1y2}

Gloria Marín Benítez³

Manuel Vélez Fraga⁴

EXTRACTO

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 30 de junio de 2020 en el caso *Saqueti Iglesias* estableció la

¹ **Como citar este artículo científico.** MARÍN BENÍTEZ, Gloria; VÉLEZ FRAGA, Manuel. De nuevo sobre el sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo y la segunda instancia. retos planteados por la doctrina *saqueti iglesias*. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 265-289, maio-ago. 2025.

² A Revista Amagis Jurídica agradece à Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez (n.º 67, p. 159-172, maio 2025), parceira espanhola, pela cessão do presente artigo científico para publicação no Brasil. / La Revista Amagis Jurídica agradece a Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez (n.º 67, p. 159-172, mayo 2025), socio español, por facilitar este artículo científico para su publicación en Brasil.

³ Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Tributario en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Profesora del Centro de Estudios Universitarios y en el Instituto de Empresa. Abogada de la Área de Fiscal y Laboral. Correo electrónico: gloria.marin@uria.com

⁴ Profesor de Derecho Administrativo en el Máster de Acceso a la Abogacía en la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Europea de Madrid. Abogado de la Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje. Correo electrónico: manuel.velez@uria.com

aplicación del derecho a la doble instancia judicial en relación con aquellos procesos contencioso-administrativos donde se recurran sanciones que deban ser consideradas de naturaleza penal a efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta doctrina planteaba numerosas preguntas en relación con la regulación actual del recurso de casación contencioso-administrativo, limitado exclusivamente a la revisión de cuestiones jurídicas que presenten interés casacional objetivo. En el año 2021, tres Sentencias del Tribunal Supremo español interpretaron cuál sería el encaje de esa doctrina en nuestro sistema, incardinando el derecho a la doble instancia como un supuesto más para la apreciación del interés casacional objetivo. Ahora bien, situaciones posteriores a esas Sentencias y, sobre todo, nuevas demandas admitidas a trámite por el TEDH han vuelto a suscitar la gran pregunta: si el sistema contencioso-administrativo español se acomoda o no a esa doctrina y si es necesaria una modificación legal que aclare la cuestión definitivamente.

Palabras clave: *Saqueti Iglesias*, derecho a la doble instancia, sanciones administrativas de carácter penal, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recurso de casación contencioso-administrativo.

ABSTRACT

The European Court of Human Rights (ECHR) ruling of 30 June 2020 in the *Saqueti Iglesias* case established the application of the right to a second judicial instance in relation to contentious-administrative proceedings where sanctions are appealed that should be considered criminal in nature for the purposes of the European Convention on Human Rights. This doctrine raised numerous questions in relation to the current regulation of the contentious-administrative cassation appeal, limited exclusively to the review of legal issues that present objective cassation interest (*interés casacional objetivo*). In 2021, three rulings by the Spanish Supreme Court raised the question of how this doctrine would fit into our system, incorporating the right to a second hearing as another case for the assessment of objective cassation interest. However, situations subsequent to those rulings and, above all, new lawsuits admitted for processing by the ECHR have once again raised the big question: whether or not the Spanish contentious-administrative system accommodates this doctrine and whether a legal amendment is necessary to clarify the issue once and for all.

SUMARIO. 1 Introducción. 2 El Artículo 2 del Protocolo N.º 7 del CEDH. 3 El Derecho al Reexamen en el Sistema de Recursos en el orden contencioso-administrativo. 3.1 El Recurso de Apelación como vía de Acceso al Órgano Jurisdiccional Superior para Reexaminar la Culpabilidad y la Pena en Sanciones Administrativas de Carácter Penal Revisadas en Primera Instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. 3.2 El Recurso de Casación como vía de Acceso al Órgano Jurisdiccional Superior para Reexaminar la Culpabilidad y la Pena en Sanciones Administrativas de Carácter Penal Revisadas en una Única Instancia. 3.2.1 Sobre la Imposibilidad de Reexaminar el Juicio de Culpabilidad y la Condena Confirmados en Única Instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. 3.2.2 Sobre la Transcendencia que las Limitaciones al Acceso a la Casación Pueden Tener en la Garantía del Derecho de Reexamen. 3.2.3 Sobre las Limitaciones que la Función Nomofiláctica del Recurso de Casación Impone en la Revisión del Juicio de Culpabilidad. 4 Reflexión Final. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

En *Saqueti Iglesias c. España* (STEDH de 30.6.2020), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declaró que la inadmisión del recurso de casación del demandante por no superar la *summa graviminis* establecida en la redacción del artículo 86.2 b) de la LJCA⁵ anterior a la vigencia de la Ley Orgánica 7/2015 vulneraba el derecho reconocido por el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), a saber: el de reexamen por un órgano jurisdiccional superior de las sanciones administrativas graves confirmadas en primera instancia por un tribunal que no actuara como máximo órgano jurisdiccional.

⁵ Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es decir, el TEDH reiteraba, en primer término, su doctrina acerca de que determinadas sanciones administrativas, a pesar de tener tal calificación en el Derecho interno, han de ser consideradas como sanciones de carácter penal a efectos del CEDH. Todo ello, si cumplen con los conocidos criterios *Engel*⁶ (la sanción es objetivamente grave; y trata de salvaguardar bienes jurídicos relevantes de alcance general). En segundo término, el TEDH establecía que la limitación existente en aquel momento en la LJCA era contraria al derecho a la doble instancia, que debía reconocerse sin limitaciones cuantitativas para la revisión de sanciones de esa naturaleza. En aquel momento, la *summa gravaminis* establecida en el ordenamiento jurídico español era de 600.000 euros y el modelo del recurso de casación no permitía la admisión a trámite basada en exclusiva en el interés casacional objetivo⁷.

En la lectura generalizada de este pronunciamiento, se entendió que emplazaba a nuestro legislador a introducir una segunda instancia también en la jurisdicción contencioso-administrativa, pues se dudaba de que el recurso de casación, en su configuración posterior a esa Ley Orgánica 7/2015, fuera un remedio procesal idóneo para dar cauce al derecho reconocido en ese artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 al CEDH (entre otros, LÓPEZ MENUDO (2021, p. 99-132; LOZANO CUTANDA, 2020; COBREROS MENDAZONA: 2020; RECUERDA GIRELLA, 2021; GARCÍA NOVOA, 2021).

⁶ Sentencia de 8 de junio de 1976, *Engel y otros contra Países Bajos*.

⁷ En otra ocasión, ya se tuvo oportunidad de abogar por un modelo de casación contencioso-administrativa que combinara elementos cuantitativos como la *summa gravaminis* con elementos cualitativos como el interés casacional objetivo, si bien en los últimos dos modelos existentes se ha apostado en exclusiva por una modalidad u otra sin combinar las dos. Véase Cremades Schulz y Vélez Fraga (2011, p. 25): “esa estimable aspiración no debería perjudicar en determinados supuestos el cumplimiento de la función institucional del recurso de casación ante materias que, sin alcanzar el importe de 800.000 euros, presenten un interés suficiente como para que sea necesario un pronunciamiento del Tribunal Supremo. Como antes exponíamos, consideramos que probablemente un modelo que admitiera recursos de casación con base en un concepto de interés casacional definido en términos positivos, podría permitir equilibrar las distintas exigencias que la realidad práctica impone –la necesidad de reducir el canal de acceso a la casación– con la existencia de una vía que en determinadas circunstancias permita al Tribunal Supremo entrar a conocer de un asunto susceptible de generar una jurisprudencia relevante”.

Frente a estas dudas, las sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4550 y ECLI:ES:TS:2021:4551) y 20 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4883) afirmaron que el derecho al reexamen por un órgano superior de una sanción administrativa grave puede hacerse efectivo mediante la interposición del recurso de casación siempre que se facilite el acceso a la casación a quien vio desestimado –en única instancia y por un tribunal que no actuara como máximo órgano jurisdiccional– su recurso contra una sanción administrativa de carácter penal. Es decir, el Tribunal Supremo configuraba el derecho a la doble instancia como una causa de interés casacional objetivo; el cual se ha definido como un *numerus apertus* (Auto del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2017, rec. n.º 93/2017). Pero en ese allanamiento del camino hacia la casación el Pleno de la Sala Tercera estableció dos limitaciones y una carga: se vedó así el acceso a la casación para revisiones circunscritas a cuestiones de mero hecho o jurídicas sobre las que existiera jurisprudencia que no necesitara ser aclarada, matizada o confirmada y se impuso al recurrente la obligación de justificar en su escrito de preparación que la sanción revestía carácter penal.

Así pues, esas limitaciones llevaban a concluir –en la línea apuntada por el voto particular a las sentencias del Pleno– que, si no se desvirtuaba la propia función nomofiláctica del recurso de casación como remedio procesal puesto al servicio del *ius constitutionis*, la posibilidad que *en abstracto* pudiera ofrecer para dar cauce al derecho reconocido en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 no siempre garantizaba ese derecho al afectado que lo invocara en defensa de su propio *ius litigatoris*.

La admisión a trámite por el TEDH de dos demandas – *Caravella Invest, S.L. c. España*, demanda n.º 3844/24 y *J. Balasch c. España*, demanda n.º 14202/24– que denuncian la inadmisión de los recursos de casación preparados contra sentencias que confirmaban en única instancia sanciones tributarias graves reavivan el debate

sobre si nuestro sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo es respetuoso con ese derecho reconocido en el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH.

Por otro lado, el debate también se ha puesto sobre la mesa con la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2024 (rec. n.º 3456/2021), cuando aborda la posible aplicación de la doctrina *Saquetti Iglesias* a la aplicación de la *summa gravaminis* de 30.000 euros propia del recurso de apelación contencioso-administrativo.

Abordamos en las líneas que siguen el estado de la cuestión.

2 EL ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO N.º 7 DEL CEDH

El artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH dispone lo siguiente:

1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley.
2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución.

En cuanto a la naturaleza del derecho reconocido en este precepto, debe apuntarse que no se trata propiamente de un derecho a la doble instancia, sino al reexamen por un tribunal superior de la sentencia de un órgano jurisdiccional que declara la culpabilidad e impone una pena. Por ello, siempre que el recurso al tribunal superior permita controlar la corrección del juicio alcanzado en primera instancia –esto es, controlar la correcta aplicación de las reglas que llevaron a la declaración de la culpabilidad y a la imposición de la

pena— se daría cumplimiento a lo exigido en el artículo 2 del Protocolo n.º 7 al CEDH. También, aunque quede excluido ese reexamen, cuando la sanción ya la impone el más alto órgano jurisdiccional, cuando se trata de infracciones penales de menor gravedad o cuando la declaración de culpabilidad y condena fue resultado de un recurso contra la absolución recaída en primera instancia.

En relación con este precepto, y su relevancia para enjuiciar nuestro sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo, hay que recordar que, aunque la literalidad del precepto circunscribe el derecho a las declaraciones de culpabilidad y condenas en *infracciones penales*, el TEDH entiende que la naturaleza penal de una infracción no puede deducirse de la calificación realizada por el ordenamiento interno de los Estados (criterio de la legalidad interna) pues ello propiciaría la posibilidad de eludir la garantías ofrecidas a los justiciables en el CEDH con el simple expediente de reconducir al procedimiento sancionador administrativo el reproche penal.

Por ello, el criterio de la legalidad interna solo es decisivo para el TEDH cuando la propia ley interna clasifica la infracción como penal; en caso contrario, esa clasificación es irrelevante puesto que las garantías para el ejercicio del *ius puniendi* no pueden depender de la discreción del poder que lo ejerce (STEDH de 21.2.1984, *Öztürk c. Alemania*, apdo. 49). Y por ello también, las garantías establecidas para las infracciones penales en el CEDH se proyectan asimismo sobre aquellas sanciones administrativas que reúnen los otros dos criterios de la sentencia *Engel* antes citada: el de la naturaleza de la infracción y el de la gravedad de la sanción. Y, a estos efectos, basta en principio con que concurra uno de los dos para concluir que la infracción es penal (STEDH de 23.11.2006, *Jussila c. Finlandia*), si bien puede ser necesario adoptar un enfoque acumulativo cuando el análisis de cada criterio por separado no es concluyente (STEDH de 24.2.1994, *Bendenoun c. Francia*).

En cuanto al criterio de la naturaleza de la sanción, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo considera necesario

ponderar para dilucidarlo los siguientes tres factores: (a) el alcance subjetivo de la norma que establece la sanción, de forma que se entenderá que tiene naturaleza penal si la regla se dirige a los administrados o justiciables en general, y no a un grupo determinado de personas por razón de algún tipo de sujeción especial con la Administración (STEDH de 24.2.1994, *Bendenoun c. France*, apdo. 47); (b) la finalidad de la norma, de forma que la infracción no será de carácter penal si no tiene un objetivo de prevención y represión, sino solo busca un efecto indemnizatorio de un daño causado (SSTEDH de 24.2.1994, *Bendenoun c. France*, apdo. 47 y de 4.3.2014, *Grande Stevens c. Italia*, apdo. 96); y, finalmente (c) la clase y naturaleza de los intereses protegidos por la norma nacional que impone la sanción, que será de naturaleza penal si su objetivo es proteger intereses generales de la sociedad (STEDH de 4.3.2014, *Grande Stevens c. Italia*, apdo. 96) o intereses cuya protección se encomienda normalmente al derecho penal (STEDH de 23.10.2018, *Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Eslovenia*, apdo. 42).

En cuanto al criterio de la gravedad de la sanción, hay que analizar si la sanción presenta una especial entidad en relación con la conducta, sin importar tanto la cuantía que esté en juego (STEDH de 21.2.1984, *Öztürk c. Alemania*, apdo. 53).

La calificación como penal de una sanción a efectos del CEDH bajo estos tres criterios *Engel* (legalidad interna, naturaleza de la infracción y gravedad de la sanción) queda así sujeta a un análisis casuístico que puede determinar que haya sanciones administrativas que sean “condenas penales” a efectos del artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH. Surge entonces la duda de si nuestro sistema de recursos en el orden contencioso-administrativo permite dar satisfacción a ese derecho habida cuenta de que para el TEDH, las autoridades públicas, los órganos de la administración que sancionan en el marco de un procedimiento administrativo sujeto a los principios del derecho sancionador no son tribunales en el sentido del artículo 6 del CEDH ni pueden ser tenidos en cuenta como órganos

jurisdiccionales a los efectos del artículo 2 de su Protocolo n.º 7. Todo ello, en atención a que no tendrían la suficiente independencia en términos aplicables al poder judicial. A los efectos de este precepto, por tanto, la declaración de culpabilidad o la condena no las hace la Administración en su resolución sancionadora, sino el tribunal que la revisa por vez primera en el orden contencioso-administrativo. Y eso quiere decir que el derecho de reexamen establecido en ese precepto dependerá de cómo se articule el sistema de recursos frente a esa revisión jurisdiccional.

Todo lo cual supone una perspectiva distinta a la propia de nuestro Derecho interno, donde la jurisdicción contencioso-administrativa se configura como una jurisdicción revisora, que no ejerce el *ius puniendi*. Sin embargo, a efectos del CEDH, sí es la jurisdicción contencioso-administrativa quien ha de ser considerada la instancia judicial independiente donde habrá de verificarse el derecho al reexamen.

3 EL DERECHO AL REEXAMEN EN EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En este apartado pretendemos ofrecer una reflexión crítica sobre el estado de la situación de ese derecho de reexamen en nuestro orden contencioso-administrativo a la luz del sistema de recursos contenido en la LJCA.

Para este propósito, analizaremos, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, los dos momentos procesales en los que el derecho de reexamen podría teóricamente verse vulnerado: el primero, en el acceso al tribunal superior, si no está previsto en el ordenamiento o si, estando previsto, se niega; el segundo, en el del ejercicio por el tribunal superior de esa revisión, si no permite realmente un reexamen del juicio de la culpabilidad y de la pena. Este análisis, por otro lado, lo abordaremos tanto para los casos en los que al tribunal

superior se accede con un recurso de apelación, como para los casos en los que, siendo el Tribunal Supremo ese órgano jurisdiccional superior, el acceso se prevé con el recurso de casación.

3.1 EL RECURSO DE APELACIÓN COMO VÍA DE ACCESO AL ÓRGANO JURISDICCIONAL SUPERIOR PARA REEXAMINAR LA CULPABILIDAD Y LA PENA EN SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER PENAL REVISADAS EN PRIMERA INSTANCIA POR LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre y 22 de diciembre de 2021 afirmaban que la viabilidad del derecho de reexamen en el orden contencioso-administrativo no planteaba ningún problema cuando se trata de sanciones administrativas de carácter penal cuya revisión corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo en primera instancia, pues para ellas existe la posibilidad de recurrir en apelación ante las salas de los tribunales superiores de justicia o de la Audiencia Nacional y este recurso (el de apelación) no plantea ninguna duda interpretativa en cuanto a su idoneidad para satisfacer el derecho al reexamen, por cuanto admite incluso la revisión del juicio alcanzado en primera instancia sobre la prueba.

Estando de acuerdo con que, una vez se accede al órgano jurisdiccional superior, el alcance revisor que admite el recurso de apelación permite satisfacer el reexamen del juicio de culpabilidad y de la pena exigido por el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del CEDH, surge la duda de si el derecho puede verse vulnerado cuando ese acceso al tribunal superior queda vedado *a limine*.

La cuestión se ha suscitado a raíz de la reciente sentencia del Tribunal Supremo n.º 1962/2024, de 12 de diciembre (rec. 3456/2021) que considera que la sentencia recurrida en casación ³/4SAN de 27 de enero de 2021, rec. de apelación n.º 30/2020³/4 no

había infringido los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, en relación con el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH al inadmitir el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 1. Según el Tribunal Supremo, ese recurso de apelación debía inadmitirse necesariamente, por cuanto la sanción confirmada por esta sentencia, de 30.000 euros, “no excedía del límite establecido en el artículo 81.1.a) de la [LJCA]” y la sanción impuesta en el caso “no puede calificarse de grave, asimilable a las sanciones administrativas de naturaleza penal, en la medida que, por su cuantía, no tiene efecto significativo sobre la actividad empresarial de la empresa sancionada.”.

Entendemos que con esta sentencia se niega que el límite establecido en el artículo 81.1.a) de la LJCA produzca, automáticamente, una vulneración del derecho de reexamen de las sentencias confirmatorias de sanciones que no alcancen esa *summa graviminis*, sin perjuicio de que esa vulneración sí pueda producirse, en algunos casos concretos, con sanciones que no la superen.

Parece existir, por tanto, una remisión a las circunstancias concretas del caso para enjuiciar si denegar o no el acceso al tribunal superior podría vulnerar el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial que sienta la sentencia concluye que

los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo cuando conozcan de recursos de apelación en materia de sanciones administrativas, no vulneran las garantías jurídicas establecidas en el artículo 2 del Protocolo num. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando resuelven inadmitir el recurso de apelación interpuesto contra sentencias dictadas en asuntos que conciernen a la imposición por la Administración de sanciones de multa, que, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, no revisten la gravedad requerida para ser asimiladas a una sanción de naturaleza penal.

Ahora bien, parece claro que, *a priori*, para el Tribunal Supremo una sanción de 30.000 euros no superaría en principio el criterio de gravedad objetiva de la sanción, lo que dificultaría enormemente en la práctica justificar lo contrario.

3.2 EL RECURSO DE CASACIÓN COMO VÍA DE ACCESO AL ÓRGANO JURISDICCIONAL SUPERIOR PARA REEXAMINAR LA CULPABILIDAD Y LA PENA EN SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER PENAL REVISADAS EN UNA ÚNICA INSTANCIA

Según resulta de los artículos 9, 10 y 11 de la LJCA hay situaciones en las que los actos administrativos de imposición de sanción, o las resoluciones dictadas en vía de revisión administrativa que los confirman, pueden ver limitada su revisión en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a una única instancia, se sustancie esta ante la Audiencia Nacional, los tribunales superiores de justicia o los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Si el posible acceso del recurrente a la casación, en los términos establecidos en los artículos 86 y siguientes de la LJCA, permite o no dar satisfacción a la garantía contenida en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7, es una cuestión que, a nuestro juicio, plantea una triple problemática:

- en primer lugar, si existe una vulneración general del derecho de reexamen para las sentencias confirmatorias de una sanción administrativa de carácter penal dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo, habida cuenta de que las condiciones establecidas en el segundo párrafo del artículo 86.1 de la LJCA –a saber, que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos– impiden su acceso a la casación;
- en segundo lugar, si, en la medida en que se trata de un recurso sujeto a un trámite de admisión, el derecho de

reexamen del concreto justiciable al que se le ha impuesto una sanción administrativa de carácter penal puede verse automáticamente vulnerado cuando, en casos en los que no opera ninguna de las excepciones previstas en el apartado segundo del artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del CEDH, ve su casación inadmitida; y,

- en tercer lugar, si, estando vedadas las cuestiones probatorias a la casación, el recurso de casación es realmente un cauce procesal idóneo para dar cumplimiento a la garantía de reexamen del juicio de culpabilidad que ofrece el artículo 2.1 del CEDH, incluso cuando el recurso de casación del justiciable es admitido a trámite; esto es, si las limitaciones que la función nomofiláctica del recurso de casación impone en la revisión del juicio de culpabilidad impiden a este recurso satisfacer las garantías del derecho de reexamen.

3.2.1 SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE REEXAMINAR EL JUICIO DE CULPABILIDAD Y LA CONDENA CONFIRMADOS EN ÚNICA INSTANCIA POR LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El artículo 86.1 de la LJCA, tras dejar sentado, como regla general, que las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional o por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, establece como regla especial dos exigencias que afectan solo a las dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo: que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y que sean susceptibles de extensión de efectos.

El cumplimiento de esos dos requisitos hace que en la práctica solo sean susceptibles de casación las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo que resultan estimatorias de la demanda del recurrente. Por tanto, el juicio de culpabilidad y la sanción administrativa confirmados en la sentencia dictada en única instancia por un juzgado de lo contencioso-administrativo nunca podrán ser reexaminados por un tribunal superior, pues nuestro ordenamiento imposibilita que el pronunciamiento que contiene esa doble confirmación sea recurrido en casación ante el Tribunal Supremo.

Para que este caso la imposibilidad de acceder a la casación suponga una vulneración del derecho al reexamen, el justiciable tendrá que ser capaz de argumentar y justificar que estamos ante una sanción objetivamente grave a pesar de que su cuantía sea inferior a 30.000 euros pues de otro modo, la sentencia desestimatoria sería recurrible en apelación. La cuestión, en este caso, se plantea en términos equivalentes al examinado bajo el apartado 3.1 anterior.

3.2.2 SOBRE LA TRANSCENDENCIA QUE LAS LIMITACIONES AL ACCESO A LA CASACIÓN PUEDEN TENER EN LA GARANTÍA DEL DERECHO DE REEXAMEN

Para que las exigencias establecidas para el acceso a la casación (“denuncia de infracción del ordenamiento jurídico y que esta revista interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”) no desvirtúen el propio derecho al reexamen se ha de facilitar ese derecho al sancionado que ha visto desestimado su recurso en la instancia.

En la medida en que el acceso quede vedado por plantearse cuestiones meramente probatorias o porque sobre la cuestión planteada ya exista jurisprudencia, el derecho de reexamen reconocido por los tratados internacionales, entendido como garantía al servicio

del *ius litigatoris* del recurrente, puede quedar sacrificado en aras del *ius constitutionis* al que sirve el actual recurso de casación, con su consiguiente vulneración.

En las dos demandas admitidas a trámite por el TEDH una de las cuestiones que se plantean es si los recurrentes se les reconoció el derecho de recurrir la sentencia recaída en primera instancia y, en su defecto, si la ausencia de ese derecho puede incluirse en las excepciones previstas en el segundo párrafo del artículo 2 del Protocolo n.º 7.

3.2.3 SOBRE LAS LIMITACIONES QUE LA FUNCIÓN NOMOFILÁCTICA DEL RECURSO DE CASACIÓN IMPONE EN LA REVISIÓN DEL JUICIO DE CULPABILIDAD

Las sentencias del Pleno de la Sala Tercera de 25 de noviembre y 22 de diciembre de 2021 concluyeron que

la exigencia de revisión por un tribunal superior de la sentencia confirmatoria de una resolución administrativa por la que se impone una sanción de naturaleza penal, a que se refiere el artículo 2 del Protocolo n.º 7 del CEDH, en la interpretación dada por la sentencia del TEDH, de 30 de junio de 2020, asunto *Saqueti* c. España, puede hacerse efectiva mediante la interposición del recurso de casación.

Entendía que la garantía del derecho de reexamen no exige necesariamente que afecte a las cuestiones de hecho y de derecho.

Para sostener la conclusión se razonaba que, cuando la misma cuestión se planteó en el orden penal, fue resuelta tanto por el Tribunal Constitucional, como por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el sentido de que el recurso de casación era un cauce procesal válido para ofrecer la garantía del derecho de reexamen

exigida no solo en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del CEDH, sino también en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el “Pacto”), aprobado en la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, Este último precepto, de contenido equivalente al del artículo 2 del Protocolo n.º 7, dispone que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Sin embargo, en la aplicación de este último precepto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas consideró en varios dictámenes⁸ que nuestro recurso de casación en el orden penal anterior a la reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003, al no permitir la “revisión íntegra” del fallo condenatorio y de la pena –puesto que el tribunal de casación no podía volver a evaluar las pruebas del juicio oral y se limitaba a revisar los aspectos formales o legales de la sentencia de instancia– producía una vulneración del artículo 14.1 del Pacto.

El Dictamen n.º 701/1996, de 20 de julio de 2000, caso *Cesáreo Gómez Vázquez c. España*, afirma en este sentido (apdo. 11.1, negritas añadidas) lo siguiente:

En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, en lo que su abogado, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 876 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denomina un recurso incompleto de revisión, el Comité toma nota de la alegación del Estado Parte de que el Pacto no exige que el recurso de revisión se llame

⁸ Este entendimiento del Comité de Recursos Humanos de las Naciones Unidas se recogió en los Dictámenes n.ºs 701/1996, de 20 de julio de 2000 (*Cesáreo Gómez Vázquez c. España*); 986/2001, de 30 de julio de 2003 (*Joseph Serney c. España*); 1101/2002, de 1 de noviembre de 2004 (*Alba Cabriada c. España*); 1104/2002, de 29 de marzo de 2005 (*Martínez Fernández c. España*); 1095/2002, de 22 de julio de 2005 (*Gomáriz Valera c. España*); o 1332/2004, de 31 de octubre de 2006 (*García Sánchez y González Clares c. España*).

de apelación. No obstante, el Comité pone de manifiesto que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. **De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente.** El Comité concluye que **la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente**, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2, **limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.**

Esa vulneración del artículo 14.5 del Pacto fue una de las razones principales de la generalización de la segunda instancia en el orden penal, como se desprende de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la LOPJ que inició esa reforma. Decía así [negritas añadidas]:

En el libro I destaca la generalización de la segunda instancia penal potenciándose las Salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en las que se residencia la segunda instancia penal respecto de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia, así como la creación de una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional. Con ello, además de la previsible reducción de la carga de trabajo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo **se pretende resolver la controversia surgida como consecuencia de la Resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

Y si bien es cierto que, antes de esa reforma, nuestro Tribunal Constitucional consideró que el requerimiento a nuestro país para

que *adoptara las disposiciones necesarias* que evitaran en lo sucesivo violaciones parecidas no pasaba necesariamente por una reforma legislativa, esa consideración se basaba en que era posible vía interpretativa apurar las posibilidades para que el recurso de casación en el orden penal cumpliera con las exigencias de revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena exigidas por el artículo 14.5 del Pacto. Afirmaba así (STC 70/2002, de 3 de abril, ECLI:ES:TC:2002:70, FJ 7) que:

el mandato del artículo 14.5 PIDCP se ha incorporado a nuestro Derecho interno y aunque no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2), el recurso de casación en materia penal puede cumplir con sus exigencias, **siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo** (“requiere del intérprete el entendimiento más favorable a un recurso de este género de las normas procesales”, STC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 2), **que permita “apurar las posibilidades del recurso de casación”** (STC 140/1985, de 21 de octubre, FJ 2). Por tanto hemos de recordar la doctrina general según la cual la casación penal “cumple en nuestro Ordenamiento el papel de ‘Tribunal superior’ que revisa las Sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos”, y **que la regulación de la casación ha de ser interpretada en función de aquel derecho fundamental y “en el sentido más favorable para su eficacia”** (STC 123/1986, de 22 de octubre, FJ 2).

Asumiendo que derecho de reexamen ha de interpretarse:

no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto.

Para el Tribunal Constitucional ese derecho podía encauzarse a través del recurso de casación del orden penal previo a la reforma de la Ley Orgánica 19/2003, siempre que: (i) “se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional”; y (ii) las reglas cuya correcta aplicación ha de revisarse incluyan

desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado.

Negaba también que el sistema casacional del orden penal anterior a la reforma se limitara al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que no permitiera revisar las pruebas salvo en el estrecho cauce que ofrecía el art. 849.2 LECrim⁹ para los casos de error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que demuestren de forma incontrovertida e indubitadas la equivocación del juzgador, por entender que el art. 852 LECrim. permitía fundar el recurso en la infracción de un precepto constitucional de forma que

a través de la invocación del 24.2 CE (tanto del proceso con todas las garantías como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas.

La alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia posibilitaba, según el

⁹ Según el cual 2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Tribunal Constitucional, que el recurrente cuestionara “no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido” con lo que se entendía que existía una vía que permitía al Tribunal Supremo la “revisión íntegra”, “entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba”.

Esto es, la conclusión jurisprudencial que en su momento se alcanzó en el sentido de que el recurso de casación en el orden penal era respetuoso con el derecho de reexamen reconocido en los tratados internacionales se encontraba condicionada a (i) la necesidad de una interpretación amplia de las posibilidades de revisión casacional, (ii) la necesidad de que esa interpretación admitiera la posibilidad en todo caso de revisar la aplicación de las reglas que llevan a la declaración de la culpabilidad y la imposición de la pena, y (iii) la inclusión entre las reglas susceptibles de revisión de todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y “las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado”.

Fue esa interpretación amplia para “apurar las posibilidades del recurso de casación” la que permitió que en dictámenes posteriores, el Comité de Derechos Humanos de la ONU inadmitiera las comunicaciones contra España basadas en la vulneración del artículo 14.5 del Pacto pues, al seguir esos criterios del Tribunal Constitucional, la Sala Segunda del Tribunal Supremo español “examinó en detalle la argumentación del autor y concluyó que en realidad él era culpable” (caso Bertelli Gálvez c. España) o que, tras examinar “con gran detenimiento la valoración de las pruebas [...] consideró que los elementos de prueba presentados contra el autor eran suficientes para contrarrestar la presunción de inocencia, de conformidad con los criterios establecidos por la jurisprudencia a fin

de determinar la existencia de pruebas suficientes” (caso Cuartero Casado c. España) o que se examinó “a fondo la alegación del autor en el sentido de que los indicios eran suficientes para condenarlo, discreparon de la opinión del autor y expusieron en todo detalle sus argumentos para llegar a la conclusión de que las pruebas, aunque fuesen indicios, bastaban para justificar su condena”.

Las Sentencias del Pleno de la Sala Tercera, sin embargo, no han tratado de apurar las posibilidades que la casación ofrece, quizá porque apurar esas posibilidades en el sentido en que se hizo en el precedente del orden penal hubiera significado desvirtuar la función esencialmente nomofiláctica del recurso de casación. En este sentido, las dos limitaciones que las Sentencias imponen al recurrente en casación –la exclusión de las cuestiones fácticas (de la revisión de la prueba realizada por el Tribunal de instancia) y la exclusión de las cuestiones jurídicas de naturaleza sustantiva o procesal sobre las que exista ya jurisprudencia– hacen dudar de que el recurso de casación en el orden contencioso-administrativo sea verdaderamente un cauce idóneo para dar satisfacción al derecho al reexamen reconocido en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 del Convenio y en el artículo 14.5 del Pacto.

En este sentido, una de las cuestiones esenciales que abordará el TEDH en las dos demandas admitidas a trámite es precisamente la de si la regulación del recurso de casación centrado en las cuestiones jurídicas y con una finalidad esencialmente nomofiláctica puede llevar a una vulneración de la esencia del derecho de reexamen si el juicio de culpabilidad al que llegó el tribunal *a quo*, sobre la base del acervo probatorio del expediente, y de las pruebas practicadas en la instancia no pueden ser revisadas en casación.

4 REFLEXIÓN FINAL

Aunque el vigente recurso de casación pueda ser, *en abstracto*, un cauce procesal apto para dar satisfacción al derecho de reexamen contenido en el artículo 2.1 del Protocolo n.º 7 (y en el

artículo 14.5 del Pacto), no siempre permite evitar esa vulneración. En este sentido, las limitaciones que impusieron esas sentencias del Pleno para facilitar el acceso a la casación de las sentencias confirmatorias de sanciones administrativas de carácter penal, en el sentido Engel, llevan consigo que el propio derecho al reexamen, que es una garantía puesta al servicio del interés de los administrados a una decisión conforme a la ley en materia sancionadora –esto es, puesta al servicio del *ius litigatoris*–, pueda quedar desvirtuado en casos concretos. Lo mismo cabe decir, en nuestra opinión, del recurso de apelación, si por la *summa graviminis* contenida en el artículo 81.1 a) de la LJCA se aplicara de forma automática y con ello se denegara el acceso a la revisión por el órgano jurisdiccional superior de sentencias confirmatorias de sanciones administrativas que, en las concretas circunstancias del recurrente, pueden ser calificadas como graves.

Por ello, el voto particular de D. Luis M^a Díez-Picazo Giménez a las sentencias del Pleno de 25 de noviembre y 22 de diciembre de 2021 terminaba concluyendo que la reacción exigida por la sentencia *Saqueti Iglesias c. España* debía venir de la mano del legislador pues, para que el recurso de casación vigente en nuestro derecho “pudiera ser un medio verosímil y eficaz de reexamen de *cualesquiera* [resaltados añadidos] sentencias confirmatorias de una sanción administrativa grave” sería preciso “renunciar a la valoración del interés casacional objetivo, reintroduciendo criterios de admisión reglados en materia sancionadora”, lo que llevaría a desnaturalizar la letra y el espíritu del recurso.

Pero si la conveniencia de la doble instancia jurisdiccional tiene su razón de ser en la necesidad de corregir el error judicial, las razones para implantarla en el orden contencioso-administrativo no se agotan en las obligaciones que imponen los tratados y convenios internacionales de los que España es parte, ni quedan por tanto restringidas a la materia sancionadora, aunque no se trate de un derecho que derive de las garantías contenidas en el artículo 24 de la CE.

La apelación a la acción legislativa para instaurar la segunda instancia como regla general en la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido una constante en la doctrina científica (por todos, MUÑOZ ARANGUREN, 2018; LÓPEZ MENUDO, 2021, p. 99-132) pues, en un sistema jurídico que tiene establecida la segunda instancia con carácter general para los pleitos entre particulares, donde impera la igualdad de armas desde el inicio del litigio, resulta anómalo su reconocimiento solo de forma excepcional en litigios en los que una de las partes goza de privilegios exorbitantes frente a la otra, siendo así que la necesidad de garantizar los derechos de los ciudadanos frente al error judicial parece más acuciante en el segundo caso que en el primero. En este sentido, las consideraciones *de lege ferenda* para extender la segunda instancia en materia contencioso-administrativa no se limitan a la materia sancionadora, si bien solo a ella pueden referirse las obligaciones asumidas por España como parte del Pacto y del CEDH.

En este último ámbito (la materia sancionadora), pensamos que la generalización de la segunda instancia para los delitos y faltas, en aras de una mayor garantía de los acusados, y el mantenimiento, en cambio, de su carácter excepcional en el derecho administrativo sancionador también resultan difíciles de explicar desde los postulados que llevaron en su día al TEDH a extender las garantías que el CEDH otorga a los ciudadanos en los procedimientos penales a los procedimientos encaminados a imponer sanciones administrativas de carácter penal, sobre todo teniendo en cuenta que en el orden administrativo no rige el principio acusatorio vigente en el derecho penal, con la menor garantía que esa ausencia ya entraña *per se* para los administrados.

La apelación al legislador sigue siendo por tanto unánime en la comunidad jurídica pues solo la introducción de la segunda instancia como regla general en el orden contencioso-administrativo permitiría reforzar el *ius litigatoris* de quienes son objeto de actos administrativos—muy gravosos a menudo, aunque no sean de carácter

sancionador– que consideran contrarios a Derecho sin sacrificar la protección del *ius constitutionis* como primaria y genuina misión del recurso de casación en esta jurisdicción.

REFERENCIAS

COBREROS MENDAZONA, Edorta. El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional. En: **Revista Vasca de Administración Pública**, Vitória-Gasteiz, Ed. Gobierno Vasco = Eusko Juarlaritza, Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP) - Administrazio Publikoaren Euskal Institutua, n. 118, p. 17-48, septiembre-diciembre 2020.

CREMADES SCHULZ, Miguel; VÉLEZ FRAGA, Manuel. Reflexiones en torno al futuro de la casación contencioso-administrativa y su especial incidencia en el ámbito tributario. En: **Actualidad Jurídica Uría Menéndez**, Madrid, Ed. Uría Menéndez, núm. 29, p. 19-27, 2011.

GARCÍA NOVOA, César. El derecho a la doble instancia en la revisión judicial de sanciones tributarias. La necesidad de abrir el debate. En: **Revista Técnica Tributaria**, Madrid, Ed. AEDAF, v. 3, n. 134, p. 258ss, 2021.

LÓPEZ MENUDO, Francisco. Un lustro de la nueva casación: balance ante el reto de la obligada doble instancia. En: **Revista de Administración Pública**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 214, p. 99-132, enero-abril 2021.

LOZANO CUTANDA, Blanca. La Sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas. En: **Revista de Administración Pública**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 213, septiembre-diciembre 2020.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. La deseable generalización de la doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa. En:

Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Cívitas, n.º 193, p. 157-178, 2018.

RECUERDA GIRELLA, Miguel Ángel. La Sentencia Saquetti Iglesias c. España y la doble instancia en sanciones administrativas. En: **Anuario de Derecho administrativo 2021**. Madrid, Ed. Aranzadi (Thomson Reuters/Cívitas, 2021. p. 47-52.

Recebido em: 20-6-2025

Aprovado em: 11-8-2025

DESARROLLO SOSTENIBLE, MANTENIMIENTO SOSTENIBLE Y SOSTENIBILIDAD: SOBRE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS, LAS LIMITACIONES, LA UTILIDAD, LA UTOPIÍA Y EL CAMINAR^{1y2}

Roberto O. Bustillo Bolado³

SUMARIO. 1 La utilidad y las limitaciones de los conceptos en el mundo del Derecho. El negocio jurídico como ejemplo ilustrativo. 2 El concepto (¿o los conceptos?) de desarrollo sostenible en el informe Brundtland y en su Anexo I de proyectos de principios jurídicos: encauzar el *desarrollo* impulsa el primero; la *sostenibilidad* protagoniza el segundo. 2.1 El desarrollo sostenible en el Informe Brundtland. 2.2 El desarrollo sostenible en los proyectos de principios jurídicos del Anexo I. 3 El *mantenimiento sostenible* como un elemento integrante del principio jurídico de *desarrollo*

¹ **Como citar este artículo científico.** BUSTILLO BOLADO, Roberto O. Desarrollo sostenible, mantenimiento sostenible y sostenibilidad: sobre los conceptos jurídicos, las limitaciones, la utilidad, la utopía y el caminar. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 291-316, maio-ago. 2025.

² El presente trabajo es una adaptación del capítulo homónimo de mi autoría que sirve de introducción a la obra colectiva BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.); ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia; GAMALLO CARBALLUDE, Paula (Coord.). **La repercusión de la actividad pública urbanística y ambiental sobre la salud y la calidad de vida**. Madrid: Aranzadi-La Ley, 2025.

³ Doctor en Derecho. Profesor Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Vigo – Campus de Ourense. Correo electrónico: rbustillo@uvigo.gal

sostenible en el acervo de la Unión Europea y en el Derecho interno español. 3.1 Planteamiento. 3.2 En el acervo de la Unión Europea. 3.3 En el Derecho interno español. 4 A modo de conclusión: donde, sin hablar expresamente de la sostenibilidad, Stammler y Galeano nos muestran la trascendencia para la vida en la Tierra de la astronomía a ojo desnudo y del ejercicio físico en la dirección adecuada. Referencias.

1 LA UTILIDAD Y LAS LIMITACIONES DE LOS CONCEPTOS EN EL MUNDO DEL DERECHO. EL NEGOCIO JURÍDICO COMO EJEMPLO ILUSTRATIVO

Explicaba Federico de Castro y Bravo (1985, p. 23) que “los conceptos y las construcciones teóricas no tienen valor *a priori* y se justifican por su utilidad”. Ciertamente, la utilidad de un concepto jurídico no justifica cualquier cosa —y menos y nunca la contradicción—, pero en no pocos casos la utilidad de un concepto puede razonadamente sobreponerse a sus propias limitaciones. Y es que las limitaciones de un concepto jurídico verdaderamente útil deben ser siempre conocidas y analizadas, y tal labor intelectual puede dar lugar a tres escenarios. En primer lugar, las limitaciones del concepto pueden llegar a ser despejadas por la labor del jurista, con lo que su labor intelectual las hace desaparecer. En el otro extremo, las limitaciones pueden acabar manifestándose como un umbral infranqueable que necesariamente debe conducir al abandono del concepto jurídico (por inconsistente o insostenible) y, en su caso, a su superación o sustitución por otro nuevo concepto. Y, por último, puede llegarse a un escenario intermedio: el jurista caracteriza, define y acota las limitaciones, y ello sirve para conocer la verdadera consistencia del concepto jurídico y hasta dónde se puede llegar con él.

Como ya he tenido ocasión de explicar (BUSTILLO BOLADO, 2010, p. 61 ss.), el tercero de los escenarios es en el que se encuentra el *negocio jurídico*, concepto que puede ser un excelente ejemplo para ilustrar el planteamiento inicial de este capítulo

introdutorio. El negocio jurídico es una creación de la doctrina alemana laboriosamente construida a lo largo de los siglos XVIII y XIX⁴ con la que se puede sistematizar y explicar unitariamente “todo el ámbito dentro del cual la constitución o la modificación o la extinción de relaciones jurídicas queda, con distinto alcance, a la libre determinación de los sujetos” (GALGANO, 1992, p. 28), es decir, singularmente, el contrato, el testamento y la renuncia abdicativa a derechos subjetivos.

En la actualidad, pese a no tener reconocimiento expreso en nuestro Código Civil, es aceptado –con diversos contornos y significados– por la mayoría de los iusprivatistas españoles, y constituye un modelo útil que puede contribuir a facilitar el estudio de las figuras que sistematiza.

De todas formas, al hablar de “negocio jurídico” hay que ser consciente de sus limitaciones. Por un lado, el creo que evidente valor didáctico y metodológico del concepto en cuanto al estudio de las relaciones entre la autonomía de la voluntad y el distinto juego que en diversos ámbitos le confiere el ordenamiento jurídico⁵, no puede hacer olvidar que su utilidad práctica es limitada en aquellos sistemas –como el español– en los que, pese al reconocimiento doctrinal y al eco jurisprudencial, se carece de una tipificación y caracterización positiva del concepto. Y, por otro, hay que ser consciente de que se trata de una abstracción de segundo grado que nace en la Alemania del siglo XIX y que poco a poco se va extendiendo más allá de sus fronteras, pero que, como recuerda Francesco Galgano, tal concepto

⁴ Esta es la visión mayoritaria de la doctrina iusprivatista; valga por todos la referencia de Flume (1998, p. 54 ss.). En cuanto a los orígenes, Flume, en línea con la doctrina mayoritaria, explica que se trata de una abstracción de segundo grado construida sobre la base de elementos comunes a contratos, testamentos y renunciaciones abdicativas; Scialoja (1943, p. 24), por su parte, entiende que esta construcción jurídica “es muy probable que fuese introducida con el objeto de poder construir *a priori* el sistema, más bien que para agrupar, bajo una misma categoría, las reglas aplicables a los negocios”.

⁵ Valor no únicamente limitado al Derecho Civil; el estudio de la teoría del negocio jurídico también resulta muy útil, por ejemplo, en el Derecho Administrativo para distinguir entre convenios contractuales y sucesiones de actos jurídicos unilaterales (BUSTILLO BOLADO, 2010, p. 97 ss. y 225 ss.) o para comprender y sistematizar las cláusulas accesorias de los actos administrativos (VELASCO CABALLERO, 1996).

pertenece a “un dialecto jurídico, comprensible en algunas partes del mundo e incomprensible en otras” (GALGANO, 1992, en el “Prólogo” del autor a la traducción española); es decir, existe un gran número de países en los que no solo el concepto no es utilizado ni en las leyes ni en la jurisprudencia ni en la doctrina, sino que ni siquiera existe *nomen iuris* equivalente en su lengua propia (Francia, Luxemburgo, Reino Unido, EE.UU. y en general, los países con sistemas jurídicos de *common law* y muchos de los de inspiración francesa)⁶.

2 EL CONCEPTO (¿O LOS CONCEPTOS?) DE *DESARROLLO SOSTENIBLE* EN EL INFORME BRUNDTLAND Y EN SU ANEXO I DE PROYECTOS DE PRINCIPIOS JURÍDICOS: ENCAUZAR EL *DESARROLLO* IMPULSA EL PRIMERO; LA *SOSTENIBILIDAD* PROTAGONIZA EL SEGUNDO

2.1 EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL INFORME BRUNDTLAND

El *desarrollo sostenible* es otro buen ejemplo, más potente incluso. El concepto, tal y como se conoce hoy, surge en 1987 con el *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* “*Nuestro futuro común*”. El informe (frecuentemente conocido y citado de forma más breve como *informe Brundtland*, por referencia al apellido del presidente de la Comisión que lo elaboró)⁷ está integrado por una nota introductoria (p. 1-2), el grueso

⁶ La expresión española “negocio jurídico” (“*negozio giuridico*” en italiano, “*Rechtsgeschäft*” en alemán), no tiene traducción ni al inglés ni al francés; de hecho, a título ilustrativo, cuando algún autor galo se refiere específicamente a esta figura en ocasiones se nombra en latín, “*negotium iudicium*” (HAURIU, 1976, p. 211), o, con más frecuencia, se diluye bajo la genérica expresión de “*acte juridique*”.

⁷ A la versión original en español puede accederse, entre otros lugares, en: <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n87/184/70/pdf/n8718470.pdf>> (fecha de consulta: enero 2025). Un relato sobre la cristalización del principio de desarrollo sostenible en el Derecho internacional en Moreno Molina (2008, p. 41 ss.).

del informe (p. 3-380) y dos anexos complementarios (p. 381-416); de los dos anexos, el que más nos interesa es el breve pero muy relevante “Anexo I: Resumen de los proyectos de principios jurídicos para la protección del medio ambiente y el desarrollo duraderos adoptados por el Grupo de Expertos de la CMMAD sobre Derecho ambiental” (p. 381-384). Este Anexo I complementa al informe Brundtland, aunque que no forma parte de él, pues aunque se elaboró por un grupo de expertos que trabajaron para la Comisión, no fue formalmente aprobado por esta⁸.

Tanto en el “Prefacio del Presidente” como en la “Recapitulación de la CMMAD” del *informe Brundtland* (documento redactado principalmente con la finalidad de generar un marco institucional internacional para encauzar el crecimiento económico de los países no desarrollados o en vías de desarrollo)⁹, se pueden

⁸ La razón de ser de este Anexo I se explica en el § 86 (p. 365) del “Capítulo XII: Hacia la acción común propuestas para el cambio institucional y jurídico”:

“Recomendamos que la Asamblea General se comprometa a preparar una Declaración Universal primero y luego una Convención sobre la protección del medio ambiente y el desarrollo duradero. Se podría establecer un grupo especial de negociación para redactar un texto de Declaración que adoptaría en 1988. Una vez aprobado éste, el grupo podría proceder a preparar la Convención basada en los principios ampliados de la Declaración con el fin de lograr un texto de Convención convenido, listo para la firma de los Estados dentro de tres a cinco años. Para facilitar la pronta iniciación de este proceso, la Comisión presentará a la consideración de la Asamblea, como punto de partida para las deliberaciones del grupo especial de negociación, un conjunto de principios jurídicos sintetizados en 22 Artículos, que fueron preparados por su grupo de expertos juristas internacionales. Estos proyectos de principios se presentan para ayudar a la Asamblea General en sus deliberaciones y no han sido aprobados o examinados en detalle por la Comisión. En el Anexo I del presente informe figura un resumen de esos principios”.

⁹ “Después de la Segunda Guerra Mundial se produce la onda larga de mayor crecimiento económico de la historia del capitalismo y los centros de poder y la economía ortodoxa propagan, entre otras, dos ideas básicas. Por un lado, que la paz constituye la oportunidad de lograr un fuerte y prolongado crecimiento económico que permitiría que los llamados países subdesarrollados siguieran los pasos de los países llamados desarrollados (en adelante los llamaré países No-OCDE y países OCDE), que es conocida como la teoría de las etapas de Rostow. Por otro lado, propugna que los recursos planetarios son ilimitados, lo cual perme un crecimiento sin fin (Weinstein et al., 2013) [...]. Sin embargo, en la década de los sesenta se empieza a tomar conciencia de la proliferación de graves problemas ambientales que se producen sobre todo en los países OCDE. Pero después se hizo evidente que la acumulación de las emisiones y destrucciones locales determinaban impactos macro-regionales y planetarios (cambio climático, contaminación del océano, erosión de la capa de ozono, destrucción de la masa forestal, etc.). Y muchos de los bosques destruidos se

encontrar las señas de identidad del desarrollo sostenible:

Muchas cuestiones críticas de supervivencia están relacionadas con un desarrollo desigual, con la pobreza y con el crecimiento de la población. Todo ello crea una presión sin precedentes sobre las tierras, aguas, bosques y otros recursos naturales del planeta, especialmente en los países en desarrollo. La espiral descendente de pobreza y degradación medioambiental constituye una pérdida de oportunidades y recursos. Se trata, en particular, de una pérdida de recursos humanos. Estas vinculaciones entre la pobreza, la desigualdad y la degradación medioambiental forman un tema importante en nuestro análisis y recomendaciones. Lo que se necesita ahora es una nueva era de crecimiento económico, un crecimiento que sea poderoso a la par que sostenible social y medioambientalmente (“Prefacio del Presidente”, p. 12 y 13).

Muchos de los actuales esfuerzos por conservar y mantener el progreso humano, satisfacer las necesidades humanas y realizar las ambiciones humanas son simplemente insostenibles – tanto en las naciones ricas como en las pobres. Retiran en demasiada cantidad y con demasiada rapidez de las cuentas ya sobregiradas de los recursos del medio ambiente para que sea posible continuar en el futuro sin caer en la bancarrota. Es posible que aparezcan beneficios en los balances de situación de nuestra generación, pero nuestros hijos heredarán las pérdidas (“De una Tierra un Mundo: Recapitulación de la CMMAD, § 25 p. 22).

situaban en países No-OCDE. Por lo que “el acelerado deterioro del medio ambiente y de los recursos naturales y las consecuencias para el desarrollo económico y social de tal deterioro” fue la causa de que la Asamblea General aprobara en 1982 la Carta Mundial de la Tierra y creara en 1983 la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo (Drexhage/Murphy, 2010:7). La cual presentó, después de celebrar numerosos encuentros participativos por todo el planeta, a la Asamblea General en 1987 el Informe “Nuestro Futuro Común”. Aunque es más conocido como Informe Brundtland [...] El IB afirma (capítulo 2) que los países No-OCDE no pueden desarrollarse con el modelo de la zona OCDE, debido a la escasez de recursos naturales (especialmente “de la energía, de los materiales, del agua y de tierras”). Estos límites “se manifestarán como costes crecientes y rendimientos decrecientes, y no como una pérdida repentina de una base de recursos” (WCED, 1987:10). Por ello el IB urge [...] a transformar el modelo económico” (BERMEJO GÓMEZ DE SEGURA, 2014, p. 15-16).

Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, a sea, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias (“De una Tierra un Mundo: Recapitulación de la CMMAD, § 25 p. 23).

Desde ámbitos científicos, económicos y filosóficos, la construcción intelectual del desarrollo sostenible que ofrece el informe Brundtland ha sido objeto de numerosos e interesantes planteamientos críticos tanto favorables como desfavorables. En nuestro país, entre los primeros, puede citarse al equipo multidisciplinar de la Universidad de Vigo coordinado académicamente por Emilio Fernández, Luís Manuel Morais, Gonzalo Méndez y Ricardo Jorge e Silva, que tras realizar un recorrido por distintos eventos y documentos internacionales en los que a partir de los años sesenta se va gestando el concepto de sostenibilidad, concluyen que “el concepto de desarrollo sostenible con un enfoque más acertado es el del Informe Brundtland (1987) que permitió moldear tanto la agenda como la actitud de la comunidad internacional sobre el desarrollo económico, social y ambiental” (SANCHIZ; XOÁN, 2013, p. 8).

Las opiniones más desfavorables tienden a centrarse, entre otros elementos, en el carácter poco preciso del concepto, en la difícil compatibilidad entre el sustantivo “desarrollo” y el adjetivo “sostenible”, así como en el posible efecto adverso de la supeditación de la conservación a nivel local a las exigencias de desarrollo de carácter global. En este sentido, Christian Kerschner explica que:

desde el informe de la Comisión Brundtland (WCED 1987), sostenibilidad y desarrollo sostenible son palabras recurrentes entre políticos e instituciones internacionales. El verdadero significado de estas palabras y sus implicaciones, sin embargo, es todavía hoy ambiguo. De hecho se supone que la única razón por la cual existe tan amplio apoyo al concepto de sostenibilidad es que fue definido vagamente por los autores [...]. Tampoco la Comisión Brundtland distinguió entre sostenibilidad fuerte

o débil, ni apuntaron al grave conflicto entre sostenibilidad y crecimiento. Dado que la Tierra es finita y no-creciente, cualquier subsistema físico eventualmente debe convertirse en no-creciente. Se desprende pues que el crecimiento económico y el desarrollo sostenible son incompatibles (KERSCHNER, 2008, p. 64 ss., en concreto, 68).

Por su parte, desde la Universidad de Oviedo, José A. López y José A. Méndez señalan que

la protección se “introduce” en un sistema de explotación orientado hacia la producción cuando el ritmo de ésta atenta contra [...] la posibilidad de seguir produciendo indefinidamente. Es entonces, y en el marco de una economía global, cuando tiene sentido contemplar estrategias como la de transformar la protección de la naturaleza en ventaja competitiva. [...] Más aún, al darse también por supuesto el carácter global de la economía (y con ello la necesidad de una planificación central que siga el dictado del mercado único), lo local tiende a percibirse como algo subordinado, secundario. Si lo que importa es la escala general, y dado que prima la función productiva, se entenderá que es lícito sacrificar determinadas peculiaridades cuando el conjunto se ve favorecido (LÓPEZ CEREZO; MÉNDEZ SANZ, 1996, p. 127).

En esta misma línea, más adelante los citados autores destacan la incompatibilidad del modelo de desarrollo (crecimiento) sostenible con algunas formas tradicionales de coexistencia de la naturaleza y la explotación humana deseables y positivas en términos ambientales, económicos y sociales que ellos denominan (desnudando la expresión de connotaciones negativas) “estancamiento sostenible”, formas de explotación que existen

en numerosos lugares donde sociedad y naturaleza se integran todavía con una cierta autonomía frente a la globalización económica. Son bien conocidos los medios ambientes

profundamente modificados en una milenaria acción antropogénica por formas locales y tradicionales de explotación LÓPEZ CEREZO; MÉNDEZ SANZ, 1996, p. 127).

López Cerezo y Méndez Sanz ponen como ejemplos algunas explotaciones tradicionales de arroz en el mediterráneo español y algunas zonas de explotación vacuna en el norte de la península para explicar que

lo interesante es que, en estos medio ambientes, producir es proteger y viceversa [...] En estos modelos, que son a veces utilizados como ejemplos por los conservacionistas, no se trata de producir beneficios económicos a corto plazo [...] en el marco de una economía de mercado global, sino de producir una diversidad de bienes en el marco de una economía local [...] En estos modelos, donde no se separan las funciones de producción y protección [...], la expresión ‘desarrollo sostenible’ simplemente deja de tener sentido porque no son modelos movidos por la teleología desarrollista (LÓPEZ CEREZO; MÉNDEZ SANZ, 1996, p. 128).

Como académico vinculado al medio ambiente, forma parte de mi labor de estudio conocer y transmitir los orígenes del concepto intelectual del concepto de desarrollo sostenible y las críticas al mismo provenientes de otros ámbitos del conocimiento, pero no me corresponde entrar en un debate en el que como jurista poco puedo aportar. Lo que sí forma parte de mi labor como jurista es, primero, contrastar cómo tras el informe Brundtland tal concepto intelectual acaba siendo recibido, convirtiéndose en un concepto jurídico en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho interno español, y, segundo, verificar si el concepto jurídico se puede identificar, sin más, con el modelo Brundtland de 1987 y con sus críticas, o si en el proceso de adaptación jurídica el concepto se transforma y adquiere perfiles propios. Lo primero ya lo hice en 2014 (BUSTILLO

BOLADO, 2014, p. 35-43), a lo segundo se dedican los siguientes apartados.

2.2 EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LOS PROYECTOS DE PRINCIPIOS JURÍDICOS DE SU ANEXO I

En el año 1986, por encargo de la CMMAD, un grupo de expertos juristas internacionales había elaborado un texto denominado *Legal Principles for Environmental Protection and Sustainable Development* (al respecto, véase, MUNRO; LAMMERS, 1987). Al año siguiente, junto al Informe Brundtland se incorporó como “Anexo I” un resumen de tales principios legales bajo el título de “Resumen de los proyectos de principios jurídicos para la protección del medio ambiente y el desarrollo duradero adoptados por el Grupo de Expertos de la CMMAD sobre Derecho ambiental¹⁰”. Como ya expuse, los 22 artículos que forman parte de este *Resumen* no se integran en el informe Brundtland, pues no fue sometido a la aprobación de la CMMAD, pero sí gozan de su respaldo: el propio órgano lo añadió a su informe como elemento complementario, y lo hizo con la finalidad de que el texto sirviera para ayudar a la Asamblea General de la ONU en sus deliberaciones para “preparar una Declaración Universal primero y luego una Convención sobre la protección del medio ambiente y el desarrollo duradero” (*informe Brundtland*, Capítulo 12, § 86, p. 365). Tales proyectos de principios jurídicos, por tanto, son un elemento de primer orden para entender la posterior recepción jurídica internacional del concepto de desarrollo

¹⁰ “Asistió a la Comisión en su examen de los principios jurídicos un grupo de expertos juristas internacionales presidido por Robert Munro (Canadá) con Johan G. Lammers (Países Bajos) como Relator. Fueron miembros del grupo: Andronico Adede (Kenya), Françoise Burhenne (República Federal de Alemania), Alexandre-Charles Kiss (Francia), Stephen McCaffrey (Estados Unidos), Akio Morishima (Japón), Zaki Mustafa (Sudán), Henri Smets (Bélgica), Robert Stein (Estados Unidos), Alberto Szekely (México), Alexandre Timoshenko (URSS) y Amado Tolentino (Filipinas). Su informe fue presentado a la Comisión para su examen durante la reunión que celebró en Harare en septiembre de 1986. Será publicado con el título *Legal Principles for Environmental Protection and Sustainable Development*” (*Anexo II: La Comisión y su labor*, p. 393).

sostenible¹¹.

De entre la lista de 22 principios, quiero destacar a los efectos de este estudio los tres siguientes:

- “2. *Igualdad entre generaciones*. Los Estados deberán conservar y utilizar el medio ambiente y los recursos naturales para beneficio de la presente y de las futuras generaciones” (“ANEXO I, p. 381).
- “3. *Conservación y utilización duradera*. Los Estados mantendrán los ecosistemas y los procesos ecológicos indispensables para el funcionamiento de la biosfera, conservarán la diversidad biológica y observarán el principio del óptimo rendimiento sostenible en la utilización de los recursos naturales vivos y de los ecosistemas” (“ANEXO I, p. 381);
- “7. *Desarrollo duradero y asistencia*. Los Estados asegurarán que se trate la conservación como parte integrante de la planificación y ejecución de las actividades de desarrollo y proporcionarán asistencia a otros Estados, en especial a países en desarrollo, en apoyo de la protección del medio ambiente y el desarrollo duradero” (“ANEXO I, p. 382).

La perspectiva netamente desarrollista que los académicos más críticos denuncian en el informe Brundtland parece ceder un tanto en estos proyectos de principios jurídicos del Anexo I en favor de un planteamiento más centrado en la conservación.

Así, el célebre y recurrente “hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias” incluido en la “Recapitulación” de la

¹¹ Un compendio de la actividad internacional sobre desarrollo sostenible en el contexto de la ONU en <<https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agreed.htm>> (fecha de consulta: enero 2025).

CMMAD se transforma en el proyecto de principio jurídico número 2 en un deber con las generaciones venideras no de “crecer sin dañar”, sino (sin ninguna referencia al crecimiento o al desarrollo) en un deber de conservar el medio ambiente y los recursos naturales.

Este giro se refuerza con el proyecto de principio jurídico número 3, donde el concepto “desarrollo” sigue sin aparecer y es sustituido por el de “óptimo rendimiento sostenible”. En términos semánticos, el desarrollo implica necesariamente crecimiento, mientras que el “óptimo rendimiento” puede dar cabida tanto a un escenario (global o local) de crecimiento económico, como a una economía (global o local) de estado estacionario.

Y, por último, el principio de proyecto jurídico número 7 intitulado “Desarrollo duradero y asistencia”, consta de dos incisos. En el primero tampoco se incluye el desarrollo como un presupuesto, sino que contempla el deber para los Estados de, allí donde haya “actividades de desarrollo”, asegurar la conservación como parte integrante de la planificación y ejecución de tales actividades. Por último, en el inciso final (aquí no hay giro) se recoge el compromiso de los Estados de asistir a los países en desarrollo para proteger su medio ambiente y su desarrollo duradero.

En resumidas cuentas, parece que en estos proyectos de principios jurídicos del Anexo I lo medioambiental como objetivo gana claramente peso respecto al crecimiento económico. Es como si el informe Brundtland y su Anexo I hubieran sido concebidos con distintos planteamientos: el “desarrollo” impulsa el primero y la “sostenibilidad” protagoniza el segundo. A la vista de los contenidos del Anexo I, en vez de haberse denominado “desarrollo sostenible”, el concepto en torno al que gira el Informe Brundtland podría haber sido, sin más, el de “sostenibilidad”, que abarca por igual tanto el “desarrollo sostenible” (allí donde el desarrollo económico sea un objetivo) como el “mantenimiento sostenible” (en los demás casos), tanto a nivel global como local.

Veremos de inmediato cómo en la actualidad el concepto jurídico de “desarrollo sostenible” en la UE y en España se parece más a esta visión de “sostenibilidad” plasmada en los proyectos de principios del Anexo I que a la visión que los sectores académicos multidisciplinares más críticos exponen sobre el “desarrollo sostenible” en el Informe Brundtland.

3 EL MANTENIMIENTO SOSTENIBLE COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL PRINCIPIO JURÍDICO DE *DESARROLLO SOSTENIBLE* EN EL ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

3.1 PLANTEAMIENTO

Ya he explicado en otro lugar cómo en la UE y en España progresivamente se va recibiendo positiva y jurisprudencialmente el “desarrollo sostenible”, y cómo se puede decir que en esos contextos estamos hablando de un verdadero principio jurídico, y – en España– incluso de un verdadero principio jurídico constitucional (BUSTILLO, 2014). Cuando el TC, en su Sentencia 102/1995¹², alumbró este principio constitucional implícito sobre la base de los arts. 45 y 130 CE, explica que “se trata en definitiva del ‘desarrollo sostenible’, equilibrado y racional, que no olvida a las generaciones futuras, alumbrado el año 1987 en el llamado Informe Brundtland, con el título ‘Nuestro futuro común encargado por la Asamblea General de las Naciones Unidas’ (FJ 4º).

Pero ¿se trata del modelo marcadamente *desarrollista* que los más críticos ven en el informe Brundtland, o del concepto más centrado en la *sostenibilidad* del Anexo I, donde tienen cabida tanto el *desarrollo* como el *mantenimiento*?

¹² STC 102/1995, de 26 de junio (ECLI:ES:TC:1995:102).

En este capítulo se expondrá cómo en el acervo de la Unión Europea y en el Derecho español lleva tiempo gestándose y abriéndose paso el *mantenimiento sostenible, nomen iuris* de un posible nuevo concepto o principio en formación que se integra y moldea el significado del principio jurídico del *desarrollo sostenible*.

3.2 EN EL ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA

Si empezamos por la UE¹³ y desde la perspectiva aportan los veinticinco años transcurridos desde el comienzo de siglo, la respuesta parece clara: tanto las políticas europeas como la jurisprudencia del TJUE combinan el desarrollo y el mantenimiento.

Son numerosas las muestras que se pueden encontrar en las políticas comunitarias en diversos sectores. En materia de pesca, por ejemplo, desde hace décadas, la búsqueda de la sostenibilidad de sector económico y del recurso natural impulsa medidas encaminadas no ya al mantenimiento, sino a la reducción de la actividad y de la presión antrópica sobre el ecosistema¹⁴. También pueden encontrarse referencias al mantenimiento sostenible como manifestación de desarrollo sostenible en política agraria y forestal (la gestión forestal sostenible y el papel multifuncional de los bosques, con especial referencia al mantenimiento sostenible de su función protectora)¹⁵ o

¹³ Una muy ilustrativa exposición sobre el principio jurídico de desarrollo sostenible en la Unión Europea y su imbricación con el principio de integración ambiental en Sanz Larruga (2018, p. 254-286).

¹⁴ Valga como referencia ilustrativa el Dictamen del Comité de las Regiones 2003/C 128/02 (DOCE 29.5.2003), donde este órgano manifiesta “su preocupación por las propuestas de reforma de la PPC [...], pero considera que representan un intento por abordar las necesidades de una industria pesquera sostenible en la UE. El CDR coincide con la Comisión Europea en la dificultad y urgencia que entrañan los desafíos ante los que se encuentra la PPC. La sostenibilidad es fundamental para el futuro de la industria pesquera. Si se capturan más peces de los que se reponen por medios naturales, se acentuará la crisis del sector. No obstante, si se recurre exclusivamente a medidas irreversibles de desguace se corre el peligro de que desaparezcan los pescadores, por lo cual hay que buscar un equilibrio entre los factores biológicos y los socioeconómicos”.

¹⁵ Por ejemplo, los principios generales y la acción clave 11 de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un Plan de acción de la UE para los bosques {SEC(2006) 748} /* COM/2006/0302 final */; o el Considerando

en instrumentos de diseño de la política de cooperación e integración internacional (mantenimiento sostenible de la población como objetivo de las políticas de desarrollo sostenible)¹⁶.

El *mantenimiento sostenible* aparece también en la jurisprudencia del TJUE de forma recurrente desde 2013 como concepto que sintetiza todo lo que implica el deber de conservación de las características constitutivas que han determinado la protección de un determinado hábitat o especie natural en el contexto de la Directiva 92/43/CEE. Así, el mantenimiento sostenible opera, en primer lugar, como la exigencia a las entidades responsables de la conservación de que adopten medidas adecuadas y de que procuren la eficacia de las mismas; y, en segundo lugar y de forma complementaria, como un límite al ejercicio por terceros de actividades de económicas o de otro tipo que puedan desplegar efectos negativos sobre las características constitutivas que han justificado la protección de estos hábitats o especies¹⁷.

28 del Reglamento (UE) n° 1305/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1698/2005 del Consejo:

“(28) Procede seguir concediendo pagos a los titulares forestales que presten servicios silvoambientales o climáticos asumiendo compromisos para reforzar la biodiversidad, conservar los ecosistemas forestales de alto valor, mejorar su potencial de mitigación del cambio climático y de adaptación al mismo y reforzar el valor protector de los bosques con respecto a la erosión del suelo, el mantenimiento de los recursos hídricos y los riesgos naturales. En este contexto, la conservación y la promoción de los recursos genéticos forestales deben ser objeto de una atención especial. Se deben conceder pagos para compromisos medioambientales de gestión del bosque más estrictos que los requisitos obligatorios establecidos por el derecho nacional”.

¹⁶ El § 4.5 “Desarrollo de políticas regionales para el desarrollo sostenible” en la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Integración regional para el desarrollo de los países ACP* {SEC(2008) 2538} {SEC(2008) 2539} /* COM/2008/0604 final */

¹⁷ En relación con las zonas de protección especial (ZPE) y los lugares de importancia comunitaria (LIC), entre otras, véanse las SSTJUE de 22 de junio de 2022, Comisión Europea v. República Eslovaca, C-661/20, ECLI:EU:C:2022:496, § 127; 24 de junio de 2021, Comisión Europea v. Reino de España, C-559/19, ECLI:EU:C:2021:512, § 166; 25 de julio de 2018, Grace y Sweetman v. An Bord Pleanála C-164/17, ECLI:EU:C:2018:593, § 35; 7 de noviembre de 2018, Holohan y otros v. An Bord Pleanála, C-461/17, EU:C:2018:883, § 35; 17 de abril de 2018, Comisión Europea v. República de Polonia, C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255, §§ 116

De esta forma, vemos cómo en el acervo comunitario el *mantenimiento sostenible* se va perfilando como un nuevo concepto jurídico ambiental con dos funciones complementarias. En unas ocasiones opera como un deber de conservación y un límite para el ejercicio de actividades económicas o de otro tipo que puedan desplegar efectos negativos sobre el bien jurídico protegido (así se ha ilustrado con ejemplos de política agraria y forestal, y de jurisprudencia del TJUE sobre protección de hábitats y especies naturales); y, en otras ocasiones, como un objetivo legítimo en términos de sostenibilidad alternativo al desarrollo: mantener el nivel de actividad económica o, incluso, si la sostenibilidad lo exige, reducirlo (se ha expuesto como ejemplo la política pesquera). Esta última dimensión tiene especial relevancia a los efectos de este capítulo introductorio.

En consecuencia, en el contexto de la Unión Europea, parece claro que el alcance jurídico del concepto de desarrollo sostenible (sin que ello nada tenga que ver con las críticas que se puedan verter sobre las decisiones políticas de las instituciones políticas de la UE) no está en la línea desarrollista que desde algunos sectores doctrinales se achaca al *Informe Brundtland*, sino más bien en la línea en la que apuntan los proyectos de principios jurídicos de su Anexo I.

3.3 EN EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

No debe ser casualidad que la primera vez que el concepto *mantenimiento sostenible* aparece en el Derecho interno español coincida en el tiempo con su incorporación al acervo comunitario: 2003. A principios de ese año, el Parlamento de Navarra aprobó

y 156; 21 de julio de 2016, Hilde Orleans y otros v. Vlaams Gewest, C-387/15 y C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583, § 47; 15 de mayo de 2014, Briels y otros contra Minister van Infrastructuur en Milieu, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330, § 21; 11 de abril de 2013, Peter Sweetman y otros v. An Bord Pleanála, C-258/11, en el fallo de la sentencia. Sistematizando la jurisprudencia europea sobre hábitats y especies protegidas, véase el Documento 52019XC0125(07) *Gestión de espacios Natura 2000 - Disposiciones del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, sobre los hábitats* - C/2018/7621.

la Ley foral 7/2003, de 14 de febrero, de turismo. Son tres los contenidos relevantes que a este respecto quiero destacar de esta ley. Primero, aparece por primera vez el *nomen iuris* (art. 39.1)¹⁸. Segundo, todas las invocaciones a la sostenibilidad a lo largo de la ley van orientadas hacia una finalidad de preservación de la riqueza natural y cultural de la Comunidad Autónoma, pues tal patrimonio es la base que sustenta el sector económico que la ley pretende regular y promocionar. Y, tercero, muy importante: uno de los principios básicos que fundamenta la Ley foral (art. 4) es: “e) La promoción turística como factor estratégico para el equilibrio territorial de Navarra y el mantenimiento y desarrollo de la vida rural”.

Con lo que, en un contexto de sostenibilidad, aparecen positivizados *mantenimiento* y *desarrollo* conjuntamente como posibles objetivos de las políticas de promoción turística. En la acertada lógica sostenible de la ley navarra, habrá momentos y lugares donde corresponda *desarrollar* la vida rural (por ejemplo, recuperando núcleos de población abandonados o en riesgo de despoblación) y momentos y lugares donde corresponda *mantenerla*, porque lo que existe funciona y funciona bien en términos sostenibles, tanto antrópicos como naturales.

Por su parte, la jurisdicción contencioso-administrativa española ya se ha hecho eco del concepto europeo de *mantenimiento sostenible* construido por la jurisprudencia del TJUE sobre la base de la normativa de protección de hábitats y especies naturales, que ya forma parte de la *ratio decidendi* de varios pronunciamientos. Es el caso de las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 17 de diciembre de 2020 ECLI:ES:TSJCLM:2020:3361), FJ 9º; y 15 de octubre de 2024

¹⁸ “Artículo 39. Especial protección de los recursos turísticos.

1. Con la finalidad de proteger de forma específica la calidad y mantenimiento sostenible en el tiempo de los recursos turísticos, la Administración de la Comunidad Foral podrá declarar determinadas áreas como saturadas o de especial densidad, ordenando las actividades turísticas a realizar en dicha zona.

2. Dicha declaración, que se efectuará previo informe de los Municipios afectados, comportará la aprobación de un plan de ordenación de las actividades turísticas de la zona que, limitando el desarrollo de éstas, evite causar perjuicio a los recursos turísticos o el acceso a los mismos sin las debidas garantías de calidad”.

(ECLI:ES:TSJCLM:2024:2528), F.J. 6º; o de la STSJ de Cantabria de 16 de junio de 2022 (ECLI:ES:TSJCANT:2022:622), FJ 3º; o la SJCA nº 3 de Valladolid de 1 de abril de 2001 (ECLI:ES:JCA:2021:1996), FJ 3º.

En el FJ 3 de la citada STSJ de Cantabria, el ponente, José Ignacio López Cárcamo, redacta una magnífica construcción intelectual sobre las implicaciones jurídicas del mantenimiento sostenible tomando como punto de partida la jurisprudencia del TJUE y potenciando una visión ecosistémica (integral, holística¹⁹) de las exigencias de la preservación de los hábitats y especies naturales protegidas:

[...] la STJUE de 21 de julio de 2016 (asuntos C-387/15 y C-388-15) [...] relaciona el concepto “perjuicio a la integridad del lugar” con la preservación de éste en un estado de conservación favorable, “lo que implica el mantenimiento sostenible de las características constitutivas del lugar en cuestión, relacionadas con la presencia de un tipo de hábitat natural incluido en la lista de lugares de importancia comunitaria, en el sentido de esta Directiva, con el objetivo de conservarlo”. Al parecer de la Sala, esta consideración del TJUE nos ilustra en el sentido de que no cabe considerar el lugar dividiéndolo en partes o aplicando el concepto de perjuicio a la integridad del lugar con un criterio cuantitativo, en razón del porcentaje de los hábitats dañados, sino que ha de considerarse como un todo, un conjunto de espacios y hábitats interrelacionados, cuya conservación es interdependiente. Y así, la integridad del lugar significa el mantenimiento es un estado favorable de conservación del conjunto y de cada uno de los hábitats y bienes medioambientales que lo integran. Íntegro, según el

¹⁹ “Desde las ciencias naturales, Mohammad H. Badii, Ernesto Cerna y Jerónimo Landeros definen *ecosistema* como un conjunto de sistemas complejos integrado por numerosos componentes, seres vivos y un ambiente físico, que interactúan en diferentes escalas temporales y espaciales, permitiendo el intercambio entre la energía y la materia, y que, como consecuencia de estas interacciones, posee una estructura y función específicas. Por lo tanto, un ecosistema es mucho más que la simple suma de cada uno de sus componentes (BADII; CERNA CHAVEZ; LANDEROS FLORES, 2007, p. 19); es decir, un ecosistema representa un *todo* más complejo que la simple adición de los elementos que lo integran (de ahí, el adjetivo “holístico” a veces utilizado en este contexto)” (BUSTILLO BOLADO, 2025, en prensa).

diccionario de la RAE, significa que no carece de ninguna de sus partes. Y un sinónimo de íntegro especialmente aplicable a la cuestión que nos ocupa es intacto. 2ª. -El significado del concepto “evaluación adecuada” (de las repercusiones del proyecto en el lugar protegido) que recoge el art. 6.4 de la citada Directiva, en lo tocante al alcance de la misma, queda despejado y límpido cuando más adelante el mismo artículo manda: “[...] las autoridades nacionales competentes sólo se declararán de acuerdo con dicho plan o proyecto tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión” Es decir, la evaluación de las repercusiones del proyecto en el lugar protegido solo será adecuada, en el sentido de la Directiva, si permite adquirir un conocimiento muy cercano a la certeza de la carencia de perjuicios a la integridad de aquél; por lo que tiene que ser lo profunda, amplia y detenida que ese fin de seguridad exija en cada caso. La evaluación adecuada ha de contener análisis y conclusiones completas, precisas y definidas, que puedan despejar cualquier duda científica razonable sobre los efectos de las obras previstas en el lugar afectado. Lo que implica que no puede considerarse una evaluación adecuada si faltan datos fiables sobre los hábitats y las especies del lugar protegido; porque en el momento de adoptar la decisión para la autorización del proyecto no debe subsistir ninguna duda razonable desde un punto de vista científico sobre la existencia de efectos perjudiciales para la integridad del lugar.

4 A MODO DE CONCLUSIÓN: DONDE, SIN HABLAR EXPRESAMENTE DE LA SOSTENIBILIDAD, STAMMLER Y GALEANO NOS MUESTRAN LA TRASCENDENCIA PARA LA VIDA EN LA TIERRA DE LA ASTRONOMÍA A OJO DESNUDO Y DEL EJERCICIO FÍSICO EN LA DIRECCIÓN ADECUADA

El desarrollo sostenible, pues, ha ido gestándose y evolucionando como concepto y principio jurídico en Europa y en España en la línea apuntada por los proyectos de principios del Anexo I del *informe Brundtland*, alcanzando en España el rango de principio constitucional por efecto de la STC 102/1995.

En 2006, el Tribunal Supremo, al confirmar en vía de casación la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 29 de noviembre de 2003 (ECLI:ES:TSJCL:2003:5498) mediante la STS de 20 de diciembre de 2006 (ECLI: ECLI:ES:TS:2006:7874), definió la finalidad del principio explicando que

pretende equilibrar el máximo de protección natural sin renunciar al mayor desarrollo posible, buscando proteger los recursos naturales, sin menoscabo de su necesaria explotación en aras a un desarrollo social y económico ordenado, esto es, consolidar un desarrollo socialmente deseable, económicamente viable y ecológicamente prudente (FJ 1º).

Dicho planteamiento jurisprudencial, en mi opinión, a la vista de todo lo expuesto hasta ahora, debe ser entendido en el sentido de que el “máximo desarrollo posible” pueda ser un objetivo *posible*, pero no un objetivo *necesario* de las políticas públicas de sostenibilidad. Así, en primer lugar, el “mayor desarrollo posible” no es sinónimo de crecimiento constante, pues en función de las circunstancias el crecimiento económico puede ser en términos de sostenibilidad un objetivo tan legítimo como el mantenimiento, o incluso, si fuese necesario, la reducción de la actividad económica (he ilustrado esta propuesta con ejemplos como la política pesquera de la UE o el art. 4.e de la Ley foral 7/2003). Y, en segundo lugar, “el máximo de protección posible” se concreta en diferentes intensidades en función de la normativa aplicable; en algunos casos, como sucede con los ecosistemas y especies específicamente protegidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/43/CE, el nivel de protección será máximo, en los términos fijados por la jurisprudencia europea y española que se han expuesto en este capítulo²⁰; en otras ocasiones,

²⁰ Como concretaba la comentaba la citada STSJ de Cantabria de 16 de junio de 2022, proteger “la integridad del lugar significa el mantenimiento es un estado favorable de conservación del conjunto y de cada uno de los hábitats y bienes medioambientales que lo integran. [...] en el momento de adoptar la decisión para la autorización del proyecto no debe subsistir ninguna duda razonable desde un punto de vista científico sobre la existencia de efectos perjudiciales para la integridad del lugar”.

la protección será más flexible y la sostenibilidad exigirá que la búsqueda de la solución correcta tome como punto de partida una adecuada ponderación de los intereses en juego, lo que en unos supuestos puede conducir a una solución favorable a las pretensiones de desarrollo²¹ y en otros casos a las pretensiones protectoras²² o al diseño de soluciones intermedias²³.

En síntesis, la normativa y la jurisprudencia europea y española configuran el principio jurídico de *desarrollo sostenible* con un perfil directamente inspirado en el Anexo I del Informe Brundtland, incorporando a su contenido el *mantenimiento sostenible*. El *mantenimiento sostenible* opera tanto en calidad de posible fin legítimo de las políticas públicas, como en calidad de parámetro para la conservación de ecosistemas. Partiendo de estas constataciones, parece que el *nomen iuris* “desarrollo sostenible” no se adapta tan bien a su contenido jurídico en Europa y en España como el sustantivo “sostenibilidad”.

En tanto en cuanto concepto jurídico, la *sostenibilidad* es (más allá de los eventuales usos interesados o torticeros del concepto) una realidad que sirve en Europa y en España para orientar políticas públicas y para resolver conflictos jurídicos. Cuando en ocasiones se habla de la *sostenibilidad* como una utopía, no se está haciendo

²¹ Es el caso de la STS de 2 de enero de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:3), comentada en Bustillo Bolado (2014, p. 36-37).

²² Por ejemplo, FJ 3º de la STS de 25 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:7874).

²³ “[...] la protección o conservación debe ser dinámica en lugar de estática; de manera que conservar una zona protegida sea administrarla armónicamente, tanto para satisfacer las necesidades socio-económicas de las poblaciones que las habitan y circundan, como para mantener y reconstruir el equilibrio de sus sistemas biológicos, no pudiéndose aceptar criterios que fundamentados en reminiscencias administrativas o tendencias sectoriales consideran que conservar un espacio significa exclusivamente protección estática, con una utilización nula o casi nula de los recursos, olvidando los condicionamientos socio económicos de las diferentes comunidades humanas, sino que ha de buscarse el punto de equilibrio entre explotación y conservación, que viene directamente exigido en la constitución cuando en su artículo 45 impone la ‘utilización racional’ que requiere adoptar soluciones intermedias entre la protección exclusivista y el aprovechamiento a ultranza de los recursos naturales, esto es, el equilibrio entre el espacio natural y el espacio social”, STS de 20 de diciembre de 2006, ECLI:ES:TS:2006:7874, FJ1º (fundamentación de la sala de instancia confirmada por el TS).

referencia a la eficacia jurídica del concepto, sino al posible carácter inalcanzable de su ideal propuesta de equilibrio. Quizá sobre la *sostenibilidad* se pueda decir lo mismo que Stammler sobre la *idea de lo justo*: que, al igual que la estrella polar, es inalcanzable, pero marca dónde está el norte²⁴. Y es que al fin y al cabo, como contaba Eduardo Galeano, las utopías también pueden ser útiles: sirven, al menos, para caminar²⁵.

REFERENCIAS

BADII, Mohammad H.; CERNA CHAVEZ, Ernesto; LANDEROS FLORES, Jerónimo. Papel de los ecosistemas en la sustentabilidad. En: **Cultura Científica y Tecnológica**, Chihuahua (México), Ed. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, v. 4, núm. 21, p. 19 ss., 2007.

BERMEJO GÓMEZ DE SEGURA, Roberto. **Del desarrollo sostenible según Brundtland a la sostenibilidad como biomimesis**. Bilbao: Hegoa/UPV, 2014.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. **Convenios y contratos administrativos**: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento. 3. ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. El desarrollo sostenible como concepto jurídico y como principio constitucional. En: BUSTILLO BOLADO, Roberto O.; GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta (Dir.). **Desarrollo sostenible**: análisis jurisprudencial y de políticas públicas. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014. p. 35-43.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.; GAMALLO CARBALLUDE, Paula. Desarrollo rural, digitalización y vulnerabilidad. En: DE LA

²⁴ “Es, pues, exacto, comparar la *idea de lo justo* a la estrella polar a la que mira el marino, no para llegar a ella y desembarcar allí, sino para orientarse a través del viento y la tormenta y alcanzar debidamente el término de su viaje” (STAMMLER, 2008, § 82 “Idea y realidad”, p. 282, nota a pie 35).

²⁵ “Ella está en el horizonte –dice Fernando Birri–. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar” (GALEANO, 1999, p. 310).

SIERRA, S.; MORCILLO, J.; MEIX, P. (Dir.). **El Estado social digital**: poderes públicos digitalizados, inteligencia artificial y derechos. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2025 (en prensa).

CASTRO Y BRAVO, Federico de. **El negocio jurídico**. Madrid Civitas, 1985.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. Trad. José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

GALEANO, Eduardo. **Ventana sobre la utopía**: las palabras andantes. Madrid: Siglo XXI, 1999.

GALGANO, Francesco. **El negocio jurídico**. Trad. de Francesco de P. Blasco Gascó y Lorenzo de Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.

HAURIOU, Maurice; DE BEZIN, Guillaume. La declaración de voluntad en el derecho administrativo francés. En: HAURIOU, Maurice. **Maurice Hauriou**: obra escogida. Trad. de Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976.

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO .SJCA nº 3 de Valladolid de 1 de abril de 2001, ECLI:ES:JCA:2021:1996.

KERSCHNER, Christian. La economía del estado estacionario: ¿el único camino hacia un futuro sostenible? En: **Apuntes del CENES**, Bogotá, Ed. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, v. 27, n. 46, p. 71-124, 2008.

LÓPEZ CEREZO, José Antonio; MÉNDEZ SANZ, José Antonio. Una crítica del concepto de desarrollo sostenible. En: **Iztapalapa. Revista de Ciencias Sociales y humanidades**, Ciudad de México, Ed. Universidad Autónoma Metropolitana, núm. 40, p. 123-140, 1996.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel. **Urbanismo y medio ambiente**: las claves jurídicas del planeamiento urbanístico sostenible. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

MUNRO, Robert D.; LAMMERS, Johan G. environmental protection and sustainable development: legal principles and recommendations. Dordrecht: Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1987.

SANCHIZ, Manuel Borobio; XOÁN, F. Vázquez Mao (Ed.). Desarrollo de actividades innovadoras para la ordenación del territorio. Águas Santas (Portugal): Eixo Atlântico do Noroeste Peninsular / Instituto de Estudos do Território-Xunta de Galicia, 2013. Colección *Estudios de Desarrollo Sostenible*, 4.

SANZ LARRUGA, F. Javier. La integración europea y el principio comunitario de integración ambiental en el ordenamiento jurídico español. En: **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Assución, ed. Tribunal Permanente de Revisión, v. 6, núm. 12, p. 254-286, 2018.

SCIALOJA, Vittorio. **Los negocios jurídicos**. Trad. Francesco de Pelsmaecker e Iváñez. Sevilla: Gavidia, 1942.

STAMMLER, Rudolph. **Tratado de filosofía del derecho**. trad. Wenceslao Roces. Madrid: Reus, 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 102/1995, de 26 de junio (ECLI:ES:TC:1995:102).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. STJUE de 7 de noviembre de 2018, Holohan y otros v. An Bord Pleanála, C-461/17, EU:C:2018:883.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. STJUE de 15 de mayo de 2014, Briels y otros contra Minister van Infrastructuur en Milieu, C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330

STJUE de 11 de abril de 2013, Peter Sweetman y otros v. An Bord Pleanála, C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. STJUE de 17 de abril de 2018, Comisión Europea v. República de Polonia,

C-441/17, ECLI:EU:C:2018:255.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. STJUE de 21 de julio de 2016, Hilde Orleans y otros v. Vlaams Gewest, C-387/15 y C-388/15, ECLI:EU:C:2016:583.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. STJUE de 22 de junio de 2022, Comisión Europea v. República Eslovaca, C-661/20 ECLI:EU:C:2022:496.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. STJUE de 24 de junio de 2021, Comisión Europea v. Reino de España, C-559/19, ECLI:EU:C:2021:512.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. STJUE de 25 de julio de 2018, Grace y Sweetman v. An Bord Plealána C-164/17, Ecli:EU:C:2018:593.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. STSJ de Cantabria de 16 de junio de 2022, ECLI:ES:TSJCANT:2022:622.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. STSJ de Castilla y León (Burgos) de 29 de noviembre de 2003, ECLI:ES:TSJCL:2003:5498.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de octubre de 2024, ECLI:ES:TSJCLM:2024:2528.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de diciembre de 2020, ECLI:ES:TSJCLM:2020:3361.

TRIBUNAL SUPREMO. STS de 2 de enero de 2003, ECLI:ES:TS:2003:3.

TRIBUNAL SUPREMO. STS de 20 de diciembre de 2006, ECLI: ECLI:ES:TS:2006:7874.

STS de 25 de octubre de 2006, ECLI:ES:TS:2006:7874.

VELASCO CABALLERO, Francisco. **Las cláusulas accesorias del acto administrativo**. Madrid: Tecnos, 1996.

Recebido em: 29-5-2025

Aprovado em: 27-6-2025

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE PER ILLECITO TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI¹

Tiziana Rumi²

ABSTRACT ITALIANO

La cessione, da parte dell'utente di servizi social, del diritto di sfruttamento economico dei dati personali dietro la fornitura, da parte del titolare del trattamento, di contenuti e/o servizi digitali, pur costituendo il modello di business più diffuso delle piattaforme social, può integrare in alcuni casi gli estremi di una pratica commerciale scorretta o di una condotta anticoncorrenziale. Tra le vicende che hanno suscitato particolare interesse ai fini della qualificazione dell'illecito trattamento dei dati personali come pratica commerciale scorretta sono state esaminate le decisioni dell'AGCM Facebook (2018) e Meta (2024), e, come condotta contraria al diritto antitrust, i casi Meta Platforms e a. (Condizioni generali d'uso di un social network) del 4 luglio 2023 e la causa C-21/23 del 4 ottobre 2024. L'esame di queste pronunce ha consentito di effettuare una serie di considerazioni sul diverso ruolo ricoperto oggi all'informazione pubblicitaria online, sull'aggravata asimmetria informativa in cui versano i consumatori digitali rispetto ai gestori delle piattaforme social, sull'approccio sinergico tra GDPR e diritto antitrust, e sulla

¹ **Come citar este artigo científico.** RUMI, Tiziana. Pratiche commerciali scorrette per illecito trattamento dei dati personali. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 317-375, maio-ago. 2025.

² Dottorato di ricerca in Diritto Civile presso l'Università degli Studi di Messina. Professoressa aggregata di Diritto Privato e Diritto dei Contratti dei Consumatori presso l'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria. *E-mail*: tiziana.rumi@unirc.it

perdita di centralità del consenso dell'interessato nell'ipotesi di trattamenti massivo di *Big Data*.

Parole chiave: – commercializzazione dati personali – GDPR – pratiche commerciali scorrette – concorrenza sleale

UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES FOR ILLEGAL PROCESSING OF PERSONAL DATA

ABSTRACT INGLESE

The transfer, by the user of social services, of the right to economic exploitation of personal data in exchange for the provision, by the data controller, of digital content and/or services, although constituting the most widespread business model of social platforms, may in some cases constitute the extremes of an unfair commercial practice or anti-competitive conduct. Among the cases that have aroused particular interest for the purposes of qualifying the unlawful processing of personal data as an unfair commercial practice, the decisions of the AGCM Facebook (2018) and Meta (2024) have been examined, and, as conduct contrary to antitrust law, the cases Meta Platforms et al. (General conditions of use of a social network) of 4 July 2023 and case C-21/23 of 4 October 2024. The examination of these rulings has allowed the author to make a series of considerations on the different role played today by online advertising information, on the aggravated information asymmetry in which digital consumers find themselves compared to the managers of social platforms, on the synergic approach between GDPR and antitrust law, and on the loss of centrality of the interested party's consent in the event of massive processing of Big Data.

Keyword: marketing of personal data – GDPR - unfair commercial practices - unfair competition

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il business model dei social network: lo scambio dei servizi contro dati; 3. L'utilizzo dei dati senza il consenso dell'interessato per fini commerciali quale possibile pratica commerciale scorretta nei provvedimenti dell'AGCM Facebook (2018) e Meta Platforms Ireland Ltd (2024); 4. (Segue) ... e quale ipotesi di violazione della concorrenza tra imprese nelle pronunce della Corte di Giustizia UE; 5. Considerazioni conclusive

1

Una specola da cui indagare le problematiche concernenti le pratiche commerciali scorrette è rappresentata dai modelli negoziali c.d. “servizi contro dati”, sempre più favoriti dal crescente sviluppo dell’economia digitale³. La protezione dei dati personali infatti, per un verso, rientra tra i diritti fondamentali garantiti alla persona e, per altro verso, viene sempre più in gioco per il valore economico che il dato personale incorpora⁴. Il processo di digitalizzazione è presente in

³ Secondo un’immagine diffusa i dati sono considerati come il carburante (*new oil*) della nuova economia digitale, sebbene parte della dottrina (PINELLI, 2022, p. 1.322) consideri l’analogia con il petrolio fuorviante in quanto i dati costituiscono un bene diverso da tutti gli altri vuoi per la loro idoneità ad essere utilizzati e sfruttati contemporaneamente e in luoghi diversi, vuoi per la circostanza che i dati sono inesauribili e vengono generati a ritmi esponenziali.

⁴ Dalla prima direttiva sulla protezione dei dati personali contenute in banche dati (del 1995) al Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (del 2016) si è assistito al passaggio dall’idea dei dati personali in termini di diritti soggettivi assoluti, meritevoli di una tutela risarcitoria extracontrattuale in caso di lesione al pari degli attributi della persona, all’idea che i dati personali, costituiscano anche una risorsa economica e che possano essere ceduti come merce di scambio e che i limiti posti al loro trattamento servano a regolamentare una nuova merce in una società centrata sulle “informazioni”, dove si passa “dalla protezione di un’integrità non in vendita alla disciplina di una proprietà suscettibile di essere ceduta” (cfr. SIMITIS, 1997, p. 575). Il legislatore italiano, tuttavia, ha stentato ad ammettere la libera circolazione dei dati personali tanto che, nonostante la direttiva del 1995 ritenesse funzionale al perseguimento dei propri fini assicurare contemporaneamente la libera circolazione dei dati personali e la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, la legge italiana n. 675 del 1996 era riluttante ad ammettere “che sull’attività contrattuale svolta nel fenomeno dei dati personali insistessero, per la natura così speciale del bene, due discipline, in ragione della coesistenza in quella vicenda negoziale, di situazioni soggettive relative ed assolute, un diritto delle obbligazioni ed un diritto assoluto della personalità” (così RICCIUTO, 2018, p. 695). Questa tendenza trovava conferma, peraltro, anche nella dottrina dell’epoca, poco propensa ad indagare il fenomeno del trattamento dei dati personali anche in chiave economica e di mercato (vedi le considerazioni di RODOTÀ, 1998, p. 308). Con il *General Data Protection Regulation* (GDPR) prima, e con la direttiva 770/2019/UE, poi, la questione relativa alla commercializzazione dei dati personali sembra, tuttavia, ritenersi superata. Lo scambio economico così realizzato corrisponde ad una struttura giuridica di tipo contrattuale, sebbene non si faccia riferimento ad uno specifico contratto (vedi art. 3, par. 2, Direttiva 770/2019/UE). Ciò è messo bene in luce dalla dottrina che individua nel Regolamento una certa “enasi sul momento circolatorio dei dati personali, rispetto alla sottolineatura delle implicazioni personalistiche del dato personale” (PIRAINO, 2017, p. 375) e “un diverso bilanciamento degli interessi, che opera in favore della circolazione e con una retrocessione della tutela personalistica” (IULIANI, 2018, p. 302). Nell’ottica della qualificazione del GDPR come disciplina del mercato dei dati personali cfr., anche, Galgano (2019, p. 35 ss.).

tutte le attività umane ed “il contratto diviene strumento di fruizione sia di contenuti, correlati all’utilizzo di strumenti sempre più *smart*, sia di servizi che, lungi dall’essere di utilizzo sporadico, scandiscono le abitudini delle persone e spesso ne condizionano l’esistenza (si pensi all’uso massivo dei *social networks*)” (ADDANTE, 2020, p. 892).

In questo quadro, la tutela viene affidata sia ai principi ed alle regole che governano il trattamento dei dati (come il principio di lealtà, ma anche quello di proporzionalità, tenuto conto del fatto che è necessario contemperare il diritto alla protezione dei dati con altre libertà costituzionali come la libertà di espressione o di impresa), sia ad altre regole a protezione del consumatore che mirano alla correttezza della pubblicità e delle transazioni commerciali non solo nel suo interesse ma anche nell’interesse del mercato⁵. La sintesi tra queste discipline rappresenta il superamento dell’antico dualismo tra “concezione morale” dei dati personali (che ne esalta la correlazione con l’identità della persona e la sua dignità e libertà) e la concezione patrimoniale dei medesimi (alla stregua della quale i dati possono essere considerati come dei beni e circolare liberamente nel mercato)⁶.

La prospettiva attuale, infatti, riconosce l’appartenenza della protezione dei dati personali anche all’ambito negoziale, oltre che

⁵ Ciò a conferma del fatto che il dato personale ha anche una dimensione contrattuale e diviene parte della promessa obbligatoria. Peraltro il rilievo economico dei dati personali aumenta il ventaglio di tutele dei singoli consumatori e delle imprese concorrenti, rispetto alla protezione ricavabile dal GDPR, perché garantisce “in astratto di intervenire sulle attività di raccolta, accumulo e trattamento multiplo idonee a consolidare posizioni dominanti e precludere lo sviluppo e l’accesso a servizi maggiormente sensibili ai profili della privacy digitale, anche nelle ipotesi in cui il trattamento sia lecito, ad esempio poiché i dati sono stati sottoposti in via preventiva a procedure di pseudonimizzazione conformi ai principi di trattamento lecito e prevenzione del ischio introdotti dall’art. 6, n.4 del nuovo regolamento UE n. 679/2016” (così CODIGLIONE, 2017, p. 424).

⁶ In argomento cfr. Resta e Zeno-Zencovich (2018, p. 411 ss.) e D’Ippolito (2020, p. 635 ss.). Sulla circolazione dei dati vedi Messinetti (2019); Bravo (2019, p. 43); Di Lorenzo (2019), Ricciuto (2018, p. 689 ss.); Ricciuto (2019, p. 23 ss.); Thobani (2019a, p. 131 ss.), Senigaglia (2020, p. 760 ss.); Versaci (2020). Peraltro, non sono rari i casi di contratti aventi ad oggetto beni personali. Basti pensare, ai contratti di sponsorizzazione (De Franceschi, 2019, p. 1.384).

a quello dei diritti della personalità, e, a determinate condizioni, ne ammette la circolazione (così D'IPPOLITO, 2022, p. 55 s.). Ciò presuppone, ovviamente, la qualificazione dei dati personali come beni immateriali e, segnatamente, attributi della persona di cui si può cedere l'utilizzazione economica a terzi (nel nostro caso le piattaforme social)⁷ ma non la titolarità, che continua a restare nella sfera dominicale del loro originario titolare⁸. Lo “scambio” costituito dalla cessione, da parte dell'utente di servizi *social*, del diritto di sfruttamento economico dei dati personali dietro la fornitura, da parte del titolare del trattamento, di contenuti e/o servizi digitali ha dato luogo, in particolare, a due questioni non prive di conseguenze giuridiche: la sostanziale assimilazione della prestazione dei dati

⁷ Occorre evidenziare che la limitazione della circolazione dei dati personali derivante dalla loro assimilazione ai diritti della personalità appariva comunque eccessiva in quanto, com'è noto, non ogni disposizione negoziale dei diritti della personalità è, di per sé, illecita. Se lo sono sicuramente gli atti di disposizione a titolo oneroso che riguardano la persona nella sua corporeità, stante l'esistenza di un articolato impianto normativo, generale e speciale, che regola la materia degli atti dispositivi del corpo e li regola esclusivamente nell'alveo della gratuità (RESTA, 2005, p. 4-8), un discorso diverso, invece, va fatto per quel che concerne gli attributi immateriali (o astratti) della persona e, cioè, tutti quei caratteri che non rientrano nella sua sfera corporea, come l'immagine, il nome, la voce o i dati personali...). In queste ipotesi, infatti, non rinvenendosi alcuna normativa da cui poter dedurre il divieto di disporre a titolo oneroso da parte del titolare, non sembrano sussistere quei “limiti imposti dalla legge” all'autonomia privata, di cui all'art. 1322, co.1, c.c. Assimilando agli attributi immateriali della persona i dati personali potrebbe, quindi, confermarsi che lo scambio di dati personali come controprestazione sarebbe astrattamente lecito. Tuttavia tale scambio, non integrando una vera e propria compravendita (perché manca l'effetto traslativo), deve essere verificato nella sua liceità e, quindi, per essere ammesso non dovrà contrastare con le norme imperative, l'ordine pubblico ed il buon costume. (così TARASCO; GIACCAGLIA, 2020, p. 279).

⁸ Non è un caso che anche chi sostiene la necessità di ammettere l'esistenza di un mercato di circolazione dei dati personali comunque li considera come attributi della persona e costitutivi della sua identità, con la conseguenza di escluderne la dismissione definitiva per atto del suo titolare (v. RESTA, 2004, p. 45). Interessanti considerazioni sulla possibilità di disporre degli attributi immateriali della persona in una logica diversa da quella proprietaria sono espresse da Thobani (2018, p. 62 s.). Ma vedi anche Solinas (2021, p. 325), per la quale se circolazione della ricchezza significa circolazione del diritto espressione di tale ricchezza, “non è certo il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali che circola, né un diritto di stampo proprietario sui dati personali. Il contratto di circolazione del dato costituisce un diritto in capo al titolare del trattamento a godere dei benefici, diretti o indiretti, ricavabili dal trattamento del dato, in ragione proprio della peculiarità del dato personale che consente un godimento contemporaneo, ripetuto e spazialmente illimitato dello stesso”.

alla prestazione di denaro, quale controprestazione della fornitura di contenuti e servizi digitali forniti dalle piattaforme *online*, e la specificazione del ruolo che assume il consenso nei contratti di *social network*.

La prima questione ha trovato espresso riconoscimento in diversi interventi del legislatore europeo. Non solo la Direttiva UE n. 2161 del 2019, nel ridefinire la disciplina generale dei diritti dei consumatori, ha introdotto un comma 1 *bis* nell'art. 3 della Direttiva n. 83/2011 estendendone l'applicazione all'ipotesi in cui per l'accesso ai contenuti o servizi digitali il consumatore si impegna a fornire al professionista dati personali, ma anche la Direttiva UE n. 770 del 2019, nel disciplinare i contratti di fornitura di contenuti o di servizi digitali al considerando 24 e, soprattutto, all'art. 3, par. 1, ha previsto la sua applicazione anche all'ipotesi in cui la controprestazione del consumatore non è rappresentata dal pagamento di una somma di denaro ma dalla fornitura (anche sotto forma di impegno) dei dati personali (*recte* dall'attribuzione al professionista del diritto a trattare i propri dati personali).

Nonostante la formulazione più attenuata della norma rispetto a quella corrispondente della proposta di direttiva – che qualificava la fornitura di dati come controprestazione – non può negarsi che la sostanza del fenomeno sia rimasta immutata, lasciando molti dubbi, in dottrina, circa la sua ricostruzione in termini di contratto a prestazioni corrispettive⁹, ricostruzione che, tenendo conto della

⁹ Secondo Camardi (2019, p. 505), la singolarità della definizione contenuta nell'art. 3, della Direttiva 770/2019 è data dal fatto che “le due *forniture* da parte dei due contraenti non sembrano poste in relazione formale di corrispettività, ragion per cui il contratto non si presenta né oneroso né a prestazioni corrispettive, bensì come ‘caso’,..., in cui convergono la prestazione economica tecnicamente gratuita di contenuti o servizi digitali da parte dell'operatore economico, e in corrispondenza la fornitura di dati personali da parte del consumatore”. Da qui la costruzione della fattispecie come fornitura contrattuale *a struttura gratuita* cui si affianca – *ma non in funzione corrispettiva* – un atto dispositivo mediante il quale il consumatore cede al fornitore i suoi dati personali, suscettibili di trattamento e verosimilmente trattati in relazione a scopi diversi da quelli contrattuali (altrimenti si tratterebbe di una fornitura *del tutto gratuita* e priva delle tutele consumeristiche in quanto il trattamento dei dati sarebbe necessario per l'esecuzione stessa del contratto) ed ottiene, per espressa previsione normativa, la stessa tutela prevista per il consumatore che paga

natura “bifronte” del dato ed adattando ad essa la disciplina applicabile (con conseguente esclusione di possibili effetti traslativi e definitivi o degli effetti vincolanti propri della disciplina contrattuale), ci sembra rimanga quella più accreditata in considerazione del fatto che la fornitura di contenuti e servizi digitali viene remunerata con (e, quindi, trova la sua causa giustificativa nel) la fornitura del diritto a trattare i dati personali dell’interessato ed a trarre da essi utilità.

Quanto al ruolo del consenso nei contratti di *social network*, come evidenziato da autorevole dottrina (il riferimento è ad GENTILI, 2022, 709 ss.), occorre distinguere la volontà di richiedere la fornitura del servizio digitale o anche del bene – che si manifesta accedendo al sito e usufruendo di quanto dallo stesso offerto e che non presenta particolari problemi se non quelli propri di tutte le contrattazioni anche *off line* (la volontà contrattuale, per essere valida, non deve essere viziata né provenire da soggetti incapaci di agire) – dal consenso al trattamento dei dati, in virtù del quale la controparte professionale potrà trarre utilità economiche, la cui natura negoziale può desumersi dall’equiparazione, operata dalle più recenti normative europee a tutela dei consumatori, tra il contratto di fornitura di servizi digitali dietro pagamento di un corrispettivo da

per i servizi ricevuti (potrà esercitare i rimedi contro i difetti di conformità). Questi contratti rientrerebbero nel modello di *gratuità interessata*, e sarebbero caratterizzati da un doppio procedimento formale e da un *doppio consenso* da parte dell’utente del servizio: il primo, concernente la conclusione del contratto di fornitura (sottoposto alle ordinarie regole contrattuali) ed il secondo concernente la raccolta del consenso informato al trattamento dei dati e sottoposto alla disciplina del GDPR. Si tratterebbe, quindi, di due procedimenti negoziali autonomi ma tra loro collegati. Altra dottrina (RICCIUTO, 2020, p. 652 s.), invece, al di là dello schema astratto utilizzato e della difficoltà di individuare un tipo contrattuale soprattutto nell’ipotesi in cui i dati personali vengono forniti senza ricevere un corrispettivo in denaro, ritiene che anche in questi schemi, dove la fornitura di dati è solo apparentemente gratuita, venga in gioco una causa di scambio. Per l’A. la causa concreta del contratto “consente di rinvenire nella prestazione avente ad oggetto i dati personali il corrispettivo dei beni e dei servizi digitali”. E questo nonostante la formulazione dell’art. 3 Dir. n. 770/2019 che ha volutamente evitato di far riferimento al termine “corrispettivo” su parere del Garante europeo per la protezione dei dati personali (v. EDPS, *Opinion 4/20178*, in www.edps.europa.eu). Quest’ultimo, pur riconoscendo l’esistenza di un mercato europeo dei dati personali, riteneva “pericoloso” accostare concettualmente e testualmente alla controprestazione pecuniaria quella costituita dalla fornitura di dati in quanto la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale insuscettibile di essere considerato in termini di mera “merce” e, quindi, di corrispettivo.

parte dell'interessato e l'operazione economica in cui quest'ultimo riceve i contenuti ed i servizi digitali obbligandosi (o impegnandosi) a fornire i propri dati personali, il cui trattamento non sarebbe necessario ai fini dell'esecuzione del contratto di *social network*, né per l'assolvimento, da parte del professionista, di obblighi di legge.

Si registrano due importanti ricostruzioni in dottrina che assegnano, l'una, natura negoziale (vedi, tra gli altri, RESTA; ZENOVICH, 2018, p. 434) e, l'altra, natura autorizzatoria¹⁰ al consenso al trattamento dei dati personali. Tali ricostruzioni, sebbene poste come divergenti, potrebbero essere combinate (vedi anche le osservazioni di GENTILI, 2022, p. 713 s.) in considerazione del fatto che anche il trattamento dei dati è, per così dire, *duplice* (D'IPPOLITO, 2020, p. 659). Si registra, infatti, un trattamento “necessario alla fornitura del servizio e nei confronti del quale le norme sulla protezione dei dati personali mirano a proteggere la riservatezza, l'identità e la personalità degli interessati”, ed un trattamento necessario, invece, a remunerare il titolare della sua attività. Il consenso relativo al primo ha sicuramente natura autorizzatoria (rimuovendo “un ostacolo o un limite al potere o alla facoltà che l'ordinamento già accorda al titolare del trattamento, in funzione del perseguimento di propri interessi, lecitamente perseguiti”¹¹), mentre, con riferimento al secondo trattamento, il consenso non può che avere natura negoziale (in quanto permette al titolare del trattamento di svolgere la propria attività economica e di fare guadagni), per cui la tutela dell'utente qui è vista nell'ottica di garantire *un'equità*

¹⁰ Si tratta della tesi di Bravo (2019, p. 43 ss.), che richiama la distinzione formulata da Auricchio (1959, par. 2), tra autorizzazione “integrativa” (cui è ricollegabile il consenso –condizione di liceità del trattamento dei dati personali), dall'autorizzazione “costitutiva”, in quanto la prima, pur essendo un istituto privatistico condividerebbe con l'autorizzazione amministrativa il fine di rimuovere un limite all'esercizio di un potere o di una facoltà.

¹¹ Così Bravo (2019, p. 43 s.) per il quale il consenso ha carattere autorizzatorio e preventivo, costituendo un atto “prodromico rispetto all'attività giuridica del titolare del trattamento”. Peraltro, l'A. evidenzia proprio come questa impostazione non è preclusiva rispetto alla possibilità di “commercializzazione” dei dati personali che vanno, però, inquadrate diversamente, sotto il profilo giuridico, ammettendo un consenso contrattuale ontologicamente distinto, sebbene collegato, a quello reso in materia di protezione dei dati personali.

dello scambio rispetto ad un'operazione economica caratterizzata da una forte asimmetria informativa nei suoi confronti¹² e congegnata alla stessa stregua dei contratti per adesione, dove l'aderente (nel nostro caso l'utente) potrà solo "prendere" (acconsentire anche al trattamento di dati personali non strettamente necessari per ottenere i servizi social) o "lasciare" (decidere di rinunciare ai servizi social)¹³. Poiché lo "scambio" servizi contro dati è funzionale a realizzare quello che è stato definito, da più parti, come capitalismo della "sorveglianza" (su cui vedi, tra gli altri, ZUBOFF, 2023, *passim*; VERSACI, 2020, in part. capitolo 1; QUARTA, 2020), occorre esaminare più da vicino il *business model* di cui lo stesso si serve

¹² Evidenzia Gentili (2022, p. 701 ss.) come dalla stessa normativa del GDPR emerga la disparità di potere negoziale delle due parti e la legittimazione legale del mercato dei dati "con pochi, fiacchi e platonici limiti a protezione della persona". Ciò deriverebbe anche dalla circostanza che nella disciplina in questione il fondamento della legittimazione a trattare dati non è il consenso dell'interessato ma "la libertà di circolazione dei dati e in generale il principio capitalistico sotteso al mercato. Sono i fornitori dei servizi digitali che nei *Terms of service* stabiliscono le condizioni per l'erogazione. E nella quasi totalità dei casi il consenso ha un ruolo marginale, limitato ai servizi accessori". Ciò è confermato anche dalla possibilità riconosciuta ai titolari del trattamento di giustificare la raccolta e l'utilizzo dei dati personali non realmente necessari per l'erogazione del servizio quando ciò corrisponda ad un "legittimo interesse" dei medesimi. Per l'A. se il legislatore avesse voluto bilanciare l'interesse dell'impresa con quello degli utenti "avrebbe dovuto instaurare il controllo del trattamento dati attraverso specifiche disposizioni di legge" così come ha fatto in materia consumeristica, e comunque ad un vero bilanciamento si sarebbe potuti giungere impostando siti di navigazione in modo tale che gli utenti dovessero dare il consenso a tutti i *cookie* non strettamente necessari all'erogazione del servizio, piuttosto che trovarsi già un consenso presunto e doversi attivare per rifiutarlo.

¹³ Sulla duplicità dei consensi dissentono, invece, Ricciuto (2024, p. 31 ss.), e Orlando (2023, p. 231). In particolare il primo evidenzia come "ricostruire una vicenda circolatoria di carattere patrimoniale, quale quella relativa all'ipotesi di scambio dei dati personali, che muove dall'idea che ogni decisione di un soggetto in ordine ai propri dati personali debba esaurirsi nel (limitato) orizzonte della c.d. autodeterminazione informativa, alla quale, sulla scia dell'esperienza tedesca, si è fatto riferimento in sede di interpretazione della l. n. 675/1996. Il contesto nel quale tali originarie posizioni trovavano un qualche fondamento è però del tutto modificato da un punto di vista, intanto, normativo (con le modifiche alla originaria disciplina della l. n. 675/1996, la quale del tutto marginalmente si preoccupava delle vicende circolatorie); dalle letture che gli interpreti hanno successivamente offerto del fenomeno e, ancora di più, dall'erompere del fenomeno del trattamento dei dati nelle attività economiche e che ha portato all'adozione del Regolamento il quale, invece, offre (certo non esclusivamente) gli strumenti per una ricostruzione in chiave pienamente patrimonialistica e negoziale".

per realizzare i suoi obiettivi (ovvero captare le scelte degli utenti per poi poterle indirizzare e, addirittura, manipolare).

2

Nella prassi di mercato dei *social network* il modello di *business* probabilmente più diffuso è rappresentato dal trattamento e dalla circolazione dei dati quale corrispettivo dei diversi servizi offerti.

Rispetto al passato, infatti, la fornitura del dato non è più un elemento strumentale all'attività dell'impresa, ma diventa la ragione principale del suo svolgimento. I dati costituiscono, cioè, la base del *business* imprenditoriale per le potenzialità di ricchezza connesse alla loro aggregazione, analisi, profilazione ecc.¹⁴, tutte attività che l'impresa svolge servendosi degli algoritmi e dell'IA.

Si parla, nello specifico, di modello di business “*zero-price*” volendo così rappresentare la circostanza che, in queste economie, i servizi digitali vengono offerti all'utente “gratuitamente”, o meglio senza che lo stesso debba eseguire una controprestazione di natura pecuniaria perché gli basterà acconsentire al trattamento dei propri dati personali per la realizzazione di interessi commerciali (sul punto D'IPPOLITO, 2022, p. 58 s.)¹⁵.

Questo modello si distingue dall'ipotesi in cui lo scambio dei dati avviene, invece, contro moneta (c.d. *personal data economy model*), nel senso che agli utenti viene riconosciuta una parte o l'intero valore che ai dati è attribuito dalle piattaforme mediante i processi di profilazione e *adversiting*. Poiché alla fornitura del dato da parte dell'utente segue la corresponsione di una somma di denaro,

¹⁴ Proprio in considerazione della ingente massa di dati diversi per oggetto e per soggetto disponibili nell'ecosistema digitale, prodotti ad alta velocità e derivanti da fonti altamente differenziate, gestiti ed analizzati da sempre nuovi e più avanzati algoritmi, non si parla più di semplici dati ma di “big data”. Sul tema, ampie, Di Landro (2020); D'Acquisto e Naldi (2017).

¹⁵ Con riferimento al trattamento dei dati personali per finalità di marketing online diffusamente D'ippolito (2021).

si parla di “monetizzazione” dei dati personali, sebbene in dottrina si escluda che anche nel modello di monetizzazione possa verificarsi una sorta di equiparazione tra dati personali e moneta. Lo impedisce il dettato dell’art. 3, par. 1, direttiva 2019/770 “che prevede che i dati siano utilizzati direttamente per accedere a beni e servizi, non anche per la remunerazione dell’utente.”.

Si tratta di diversi modelli di “commercializzazione” dei dati personali, non sempre facilmente distinguibili nella pratica, e rispetto ai quali le garanzie a tutela di chi fornisce i dati sono differenti. Lasciando da parte il modello in cui si assiste, comunque, ad una remunerazione in denaro della fornitura del dato personale ed approfondendo, invece, le caratteristiche del modello “*zero price*”, occorre ancora distinguere diversi livelli di patrimonializzazione dei dati. A livello più basso troviamo l’ipotesi dei dati forniti dall’utente in quanto necessari alla stessa esecuzione del servizio da parte del fornitore. Qui non si può parlare propriamente di “commercializzazione” dei dati personali perché qui la fornitura del dato non è, economicamente considerata come un’alternativa al denaro, ma si giustifica quale condizione fattuale perché il titolare del trattamento possa eseguire un comportamento obbligatoriamente (già) dovuto in base ad un contratto o alla legge, tanto che il trattamento viene subordinato al rispetto delle sole regole del GDPR¹⁶.

Ad un livello superiore si colloca, invece, l’ipotesi in cui il fornitore dei servizi digitali richieda dati ulteriori rispetto a quelli necessari alla fornitura del servizio, perché qui la *commercializzazione* dei dati personali non è dubitabile. Si tratterà di assicurare che il trattamento di questi dati “altri” rispetto a quelli necessari all’esecuzione del servizio avvenga nel rispetto dei principi di liceità, limitazione delle finalità e minimizzazione previsti dal GDPR. Di conseguenza il titolare del trattamento dei dati dovrà informare effettivamente e adeguatamente l’interessato delle finalità diverse che si intendono perseguire affinché l’interessato potrà essere

¹⁶ Non opereranno, invece, le norme e le tutele relative alla concessione/vendita dei dati, incluse quelle contenute nella Direttiva 2019/770/UE (vedi art. 3, par. 1).

messo al corrente dei trattamenti ulteriori (e magari non voluti) e ciò anche al fine di non veder qualificata la propria condotta come pratica commerciale scorretta con le conseguenze giuridiche che ne deriverebbero.

Ma un livello ancora più sofisticato (e forse più diffuso) di patrimonializzazione dei dati si ha quando il fornitore del servizio digitale condiziona la fornitura di un servizio richiesto dall'utente al consenso prestato dallo stesso al trattamento dei suoi dati per servizi a lui non necessari ma da cui il titolare del trattamento può ottenere remunerazione (es. l'invio di newsletter per finalità di marketing). Si tratta del fenomeno del "tying"¹⁷ o "bundling" dove si assiste ad una condizionalità che non è espressione di un consenso liberamente prestato¹⁸.

Detto altrimenti, se l'utente negherà il consenso al trattamento per usufruire del servizio accessorio non potrà più usufruire neppure del servizio principale. Occorre allora capire se i servizi sono tra loro collegati, ma autonomi (per cui non opererà l'art. 7 GDPR),

¹⁷ Evidenzia D'Ippolito (2022, p. 68) come la fattispecie del *tying*, quale peculiare condizione a cui viene subordinata l'esecuzione del contratto, "è quella dietro la quale è più probabile che si annidi un fenomeno di commercializzazione e patrimonializzazione dei dati personali, nonché, forse, quello che più si avvicina all'uso dei dati personali quale nuova *currency*, in quanto solo in questo caso l'utente non potrà accedere al servizio senza aver ceduto dati per finalità da lui non richieste, non necessari al servizio ma che soddisfano il solo interesse del titolare ad ottenere profitti."

¹⁸ Le condizioni del consenso sono indicate all'art. 7 del GDPR dove si prevede che nelle ipotesi di trattamento basate sul consenso il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati personali e soprattutto, al par. 4 si stabilisce che "Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto". La norma va letta unitamente al considerando 43 del GDPR dove si prevede una presunzione di consenso non libero e quindi invalido nel caso in cui "non è possibile prestare un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione". Sulla libertà del consenso e sull'interpretazione dell'art. 7, comma 4, GDPR v'è chi (IRTI, 2021, p. 96) ritiene che la norma rappresenti il riconoscimento e non la negazione della possibilità di scambiare liberamente il consenso al trattamento dei dati non necessari all'esecuzione del contratto con la fornitura dei servizi digitali.

oppure se esiste una condizionalità perché, in quest'ultimo caso, la condizionalità sarà lecita solo se basata su un consenso "liberamente prestato". Su questo punto si sono formati due orientamenti: uno più rigoroso e l'altro più liberale. Il primo, partendo dall'assunto che il consenso dell'interessato sia elemento non negoziabile delle condizioni generali di contratto (o di servizio) unilateralmente predisposte dal professionista, ritiene lecita la condizionalità soltanto nel caso in cui il titolare offra all'interessato la scelta tra un servizio condizionato all'uso dei dati personali per finalità supplementari e lo stesso servizio "equivalente" che però non richieda un siffatto consenso.

Il secondo orientamento, invece, recepito dalla nostra S.C. nella pronuncia n. 17278 del 2018 (THOBANI, 2019b)¹⁹, ammette la possibilità di condizionare il contratto alla prestazione del consenso al trattamento dei dati per altre finalità (es. l'invio di comunicazioni commerciali da parte di terzi) nel caso in cui il servizio principale sia "fungibile", nel senso che sia uno dei tanti servizi disponibili sul mercato a cui l'utente possa rinunciare senza gravoso sacrificio. Tra queste posizioni, per così dire "estreme", una via di mezzo potrebbe essere rappresentata dal considerare lecita una condizionalità necessaria di cui il consumatore venga, però, effettivamente ed adeguatamente informato prima di effettuare la sua scelta commerciale, anche per escludere la qualificazione della pratica commerciale posta in essere dal fornitore dei servizi 'combinati' come scorretta perché ingannevole o aggressiva²⁰.

¹⁹ Nel caso di specie la S.C., pur accogliendo il ricorso del Garante per mancanza di specificità del consenso, si discosta dal rigore della sua interpretazione ritenendo che il consenso può considerarsi libero anche quando una prestazione sia ad esso condizionata purché si tratti di un condizionamento "controllato" nel senso che, per un verso, il consenso non deve essere viziato dai vizi della volontà né da "possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie comunque adottate dal titolare del trattamento"; e, per altro verso, la prestazione condizionata dalla prestazione del consenso al trattamento non dev'essere "infungibile ed irrinunciabile per l'interessato". Per un approfondimento sull'interpretazione del requisito della libertà del consenso v. ancora Thobani (2016, p. 513 ss.).

²⁰ In quest'ultimo senso si è pronunciata ad es. L'AGCM - PS 10207- *Promozioni scorrette, sanzioni a Samsung Electronics Italia* per oltre tre milioni di euro del 25.1.2017.

3

A fondamento delle decisioni dell'AGCM ora in esame vi è l'acquisizione che i dati personali siano caratterizzati da una duplice dimensione, personale e patrimoniale. Proprio per quest'ultima componente, necessaria allo sviluppo dei mercati digitali, non è più "in forse" la patrimonializzazione/commercializzazione dei dati personali ma è necessario, per un verso, assicurare che le operazioni economiche²¹ aventi ad oggetto il loro sfruttamento a fini commerciali non contrastino con la normativa sulla c.d. *data protection* e, per altro verso, accettare l'idea che i contratti di "cessione" dei dati personali non possano essere traslativi della proprietà, come accade per qualunque altro bene negoziabile, "non essendo una definitiva perdita del diritto in parola compatibile con la sua natura di diritto fondamentale" (così PARENZO, 2020, p. 1.372).

La circostanza, poi, che vi sia un legame corrispettivo tra il servizio di accesso al *social network* e la prestazione del consenso al trattamento dei (propri) dati personali (da parte) dell'utente, oltre ad orientare verso la natura negoziale del consenso²² assegna ad esso il ruolo di parametro della liceità della controprestazione, nel senso che il trattamento dei dati cui si acconsente sarà lecito solo se, e fintanto che, si svolga per le finalità che sono state indicate al concedente e non per altre²³. Con la conseguenza, sotto il profilo contrattuale, che

²¹ Diverse sono le incertezze che concernono le qualificazioni contrattuali di queste operazioni economiche tanto che qualche autore (GALLO, 2022, p. 1.064 s.) ipotizza un contratto *a causa mista*, assimilabile alla commercializzazione del diritto patrimoniale d'autore o allo sfruttamento economico dell'immagine, dove però la controprestazione non è rappresentata da un corrispettivo monetario ma dal consenso al trattamento dei dati personali, peraltro revocabile *ad nutum*.

²² Quello della natura giuridica del consenso è un profilo controverso in dottrina. Parte di essa, infatti, valorizzando la natura patrimoniale del dato, considera il consenso come un vero e proprio atto di disposizione compiuto dall'interessato del trattamento sui suoi beni (i dati personali) facenti parte del proprio patrimonio (vedi, per tutti, OPPO, 2000, p. 113; e CUFFARO, 1999, p. 121). Altri autori, invece, propendono per una ricostruzione del consenso al trattamento dei dati personali come atto giuridico in senso stretto, di tipo scriminante (è la posizione di PATTI, 2007, p. 553, e di CAGGIANO, 2018, p. 84 s.), o di tipo autorizzatorio (cfr., tra gli altri, BRAVO, 2019, p. 34, nonché, BRAVO, 2018, p. 107 ss.; MESSINETTI, 1998, p. 354).

²³ Ciò almeno tutte le volte in cui non sia l'ordinamento a prevedere condizioni di liceità del trattamento diverse dal consenso.

l'utilizzo dei dati per finalità diverse da quelle dichiarate, può, con il concorso di altre circostanze, costituire una pratica commerciale scorretta o, comunque, una condotta anti-consumeristica.

Tra le vicende che hanno suscitato particolare interesse ai fini della qualificazione dell'illecito trattamento dei dati personali come pratica commerciale scorretta un ruolo significativo è assunto dai casi *Facebook* del 2018 e *Meta* del 2024. Il primo di essi ha visto contrapposti il noto colosso dei servizi social (*Facebook Ireland Ltd.*, appunto, società europea controllata dall'americana *Facebook Inc.*) e l'AGCM per la presunta violazione, da parte della piattaforma digitale, di alcune regole del codice del consumo (gli artt. 20, 21, 22, 24 e 25 concernenti le pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive).

In questa occasione l'AGCM ha riconosciuto la scorrettezza di due pratiche e, precisamente, ha considerato ingannevole la condotta del professionista che non aveva informato adeguatamente e immediatamente l'utente, in fase di attivazione dell'*account*, dell'attività di raccolta e utilizzo per finalità informative e/o commerciali dei dati che l'utente gli aveva ceduto (dichiarando, anzi, la gratuita fruizione del servizio e inducendolo, così, ad assumere una decisione di natura commerciale – quella di registrarsi a Facebook – che altrimenti non avrebbe preso), e aggressiva la condotta di Facebook per avere indebitamente condizionato i consumatori registrati, in cambio del servizio social, a consentire a Facebook medesimo ed a terzi la raccolta e l'utilizzo dei loro dati, in modo inconsapevole e automatico, prevedendo, in caso di deselezione delle informazioni, penetranti limitazioni nell'utilizzo della piattaforma social²⁴.

²⁴ Nella pronuncia dell'AGCM si è evidenziato che le versioni del sito web di Facebook anteriore e successiva al 15 aprile 2018 si basavano comunque su meccanismi di *opt – out*. E qualora l'utente fosse approdato alle schermate relative all'opzione sarebbe stato, in ogni caso, disincentivato dal modificare la selezione preimpostata da Facebook a causa del carattere fortemente penalizzante delle limitazioni previste (nella fruizione del social network, di siti web e app di terzi) e rappresentate da espressioni del tipo: “non potrai accedere ai siti Web o alle app usando Facebook”, “non sarai in grado di accedere ai giochi o alle applicazioni mobili usando Facebook”,

Il provvedimento dell'AGCM è stato parzialmente accolto dalla giurisprudenza amministrativa, prima del TAR Lazio²⁵, e successivamente del Consiglio di Stato che ha confermato la sentenza di primo grado²⁶.

La difesa di Facebook si incentrava, essenzialmente, sulla mancanza di legittimazione dell'AGCM a sanzionarla, non essendoci pratiche commerciali da vagliare per la mancanza di qualsiasi corrispettivo patrimoniale da parte dei consumatori. Questi ultimi, secondo la ricorrente, non avrebbero potuto mai cedere i propri dati come corrispettivo di una prestazione, essendo la gestione dei dati personali un'attività a carattere non patrimoniale ove non è coinvolto l'interesse economico del singolo utente e, di conseguenza, non potendosi applicare al caso da decidere la disciplina consumeristica l'unica normativa applicabile sarebbe stata quella relativa alla protezione dei dati personali.

Su questo punto il Consiglio di Stato (richiamando la pronuncia del TAR) chiarisce che le due discipline, *privacy* e consumeristica, sono complementari ed esclude che l'omessa informazione sullo sfruttamento dei dati dell'utente a fini commerciali sia una questione disciplinata esclusivamente dal *General Data Protection Regulation* (da ora GDPR o RGDP)²⁷. Ma, soprattutto, propone il cumulo dei

“i tuoi amici non potranno interagire con te e condividere elementi usando le app e i siti web”, “verrà disattivata anche la personalizzazione istantanea”, “le app a cui hai effettuato l'accesso (tramite Facebook o in modo anonimo) saranno rimosse”, “i post delle app saranno rimossi dal tuo profilo”.

²⁵ Si tratta di TAR Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, In: **Jus Civile**, Torino, Ed. Giappichelli, n. 5, p. 1355 ss., 2020.

²⁶ Il riferimento è a Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2361, con nota di D'Alberti (2021) (dove si approfondisce anche il problema della c.d. *parental liability*, ovvero della responsabilità della società controllante per gli illeciti compiuti dalla sua controllata); con nota di Casalini (2021, p. 1.604 ss.); con nota di Ricciuto e Solinas (2021); con nota di D'Avola e Pardolesi (2021, p. 325 ss.).

²⁷ Peraltro, al fine di escludere la sovrapposibilità dei piani relativi alla tutela della “privacy” e alla protezione del consumatore i giudici amministrativi richiamano la decisione della CGUE 13 settembre 2018, cause riunite C-54/17 e C-55/17, *AGCM contro Wind Tre SpA e Agcm contro Vodafone Italia SpA*, dove si è affermato il principio che in caso di conflitto tra le disposizioni della direttiva sulle pratiche commerciali sleali ed altre norme dell'Unione, che disciplinano aspetti specifici sempre delle pratiche commerciali sleali, queste altre norme prevalgono e si applicano a tali aspetti specifici. In dottrina cfr. Midiri (2020, p. 227 s.).

rimedi per offrire una tutela *multilivello* dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia sfruttato a fini commerciali (sul punto, in dottrina, LAVIOLA, 2022, p. 45). Peraltro, la disciplina consumeristica (e segnatamente quella sulle pratiche commerciali scorrette) si rivelava particolarmente idonea a garantire una tutela effettiva dell'utente/consumatore, sia per la gamma di comportamenti colpiti, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto negoziale, sia per la natura di illecito di pericolo che caratterizza le pratiche commerciali scorrette (per cui rileva la potenzialità lesiva della condotta e non anche l'effettiva lesione della autodeterminazione dell'utente). Senza contare la "velocità" della tutela amministrativa da parte dell'AGCM e la circostanza che la stessa sia rivolta non solo al singolo consumatore ma alla collettività dei consumatori.

L'assunto da cui era partita *Facebook* (ovvero l'idea che i dati personali non possono essere considerati merce in quanto costituiscono beni *extra commercium*, trattandosi di diritti fondamentali della persona) viene, quindi, superato dal Consiglio di Stato che sposta l'attenzione dal dato personale alla sua protezione e considera proprio tale protezione come diritto fondamentale, come diritto all'*autodeterminazione informativa*.

Ogni individuo, in altri termini, ha diritto di controllare e gestire il proprio patrimonio informativo, di decidere sui propri dati. Non a caso il GDPR fornisce ai singoli specifici strumenti di tutela che vanno dal diritto di limitazione con cui si riduce l'attività di trattamento del titolare alla mera conservazione dei dati, al diritto di opposizione dell'interessato ai trattamenti posti in essere per motivi di interesse pubblico (compresi i trattamenti di profilazione), al diritto di revocare il consenso prestato in qualunque momento e con la stessa facilità con cui è stato accordato.

Si conferma, quindi, che è la stessa disciplina del GDPR a garantire all'interessato la possibilità di disporre dei propri dati attraverso lo strumento del consenso che presuppone un'informazione

trasparente e chiara rispetto ad ogni trattamento che riguardi i suoi dati personali²⁸, ma non contempla divieti espliciti relativi alla commercializzazione dei dati, attività che rappresenta, come detto poc'anzi, il *business model* delle piattaforme social²⁹.

L'impiego dei dati personali per attività di profilazione consente ai *Social* di fornire (dietro corrispettivo) i risultati del *targeting* a soggetti terzi (che sono i veri clienti delle piattaforme digitali), che li utilizzeranno a fini commerciali per effettuare pubblicità mirate³⁰. Occorre precisare che nel caso deciso non veniva in rilievo la violazione, da parte di *Facebook*, degli obblighi di trasparenza e di informazione posti dal GDPR (in quanto Facebook, nelle condizioni d'uso della piattaforma, aveva comunicato agli utenti

²⁸ Il considerando 39 del GDPR specifica, infatti, che dovrebbero essere trasparenti le modalità con cui i dati personali sono raccolti, utilizzati, consultati o altrimenti trattati, in particolare per quanto attiene alle finalità del trattamento, e che gli interessati dovrebbero essere sensibilizzati rispetto ai rischi del trattamento e alle modalità di esercizio dei loro diritti.

²⁹ Al par. 8 della pronuncia si afferma, infatti che “la patrimonializzazione del dato personale ... costituisce il frutto dell'intervento delle società attraverso la messa a disposizione del dato – e della profilazione dell'utente – a fini commerciali”.

³⁰ Sulla pubblicità mirata cfr., per tutti, Galli (2022, p. 919 ss.) il quale mette in guardia sui problemi che ne derivano per i consumatori che sono indebitamente influenzati da forme di pubblicità sempre più pervasive. Le pratiche di pubblicità mirata possono limitare l'autonomia decisionale dei consumatori e manipolarli. La pubblicità mirata può anche dar vita a trattamenti differenziati e discriminatori nel senso di rendere l'accesso a beni e servizi più svantaggioso per alcuni individui e categorie di consumatori rispetto agli altri. Così alcune categorie di persone possono essere sistematicamente escluse da certe opportunità di mercato, in base a valutazioni automatiche individualizzate e senza una logica accettabile. Senza contare che i problemi legati alla pubblicità mirata possono riguardare anche ambiti diversi da quello commerciale. Le tecniche manipolatorie, infatti, possono essere impiegate oltre che per orientare le scelte di consumo anche per orientare le opinioni ed i comportamenti politici dei cittadini, con pregiudizio per le democrazie. Al fine di arginare il fenomeno e, soprattutto, il nuovo squilibrio informativo che caratterizza i rapporti tra i commercianti ed i consumatori (vedi AMMANNATI, 2020, p. 663), sono intervenute sia le norme del GDPR sulla profilazione e sulle decisioni automatizzate (vedi anche *Le Linee Guida Sul Processo Decisionale Automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del Regolamento 2016/679* adottate dal Gruppo di Lavoro Articolo 29 il 3 ottobre 2017, pp. 16 e 17, con le successive modifiche), sia la Direttiva 2161/2019/UE (che ha introdotto nuovi requisiti di trasparenza rilevanti per la pubblicità mirata). Nuovi obblighi informativi sono stati poi previsti dalle modifiche introdotte alla direttiva sui diritti dei consumatori del 2011 (art. 6 *bis* (1) (a)) ed a quella sulle pratiche commerciali sleali (art. 7 (4 a)), nonché dal *Digital Services Act* (DSA).

che i loro dati sarebbero stati impiegati per ricevere una pubblicità personalizzata e che, quindi, sarebbero stati forniti in forma anonima a terzi inserzionisti che, grazie all'attività di profilazione, avrebbero potuto proporre inserzioni che avrebbero incrociato gli interessi e i gusti dei destinatari), quanto la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, avendo il colosso americano ingannato gli interessati facendo loro credere che il servizio *social* fosse gratuito e, quindi, per aver omesso di fornire agli interessati un'informazione completa e trasparente sull'utilizzo a fini commerciali dei loro dati³¹. Proprio la qualificazione (fatta dall'AGCM e dai giudici) del contratto di iscrizione a *Facebook* come oneroso e non gratuito ha rappresentato la premessa per poter giungere ad affermare la responsabilità in ordine alle condotte tenute da *Facebook* come pratiche commerciali scorrette. Se, viceversa, fossero state ritenute fondate le censure di *Facebook* relative all'assenza di qualsivoglia corrispettivo a carico dell'utente per l'utilizzo del servizio, l'unica disciplina applicabile sarebbe stata quella sulla *privacy* e, conseguentemente, le relative sanzioni avrebbero potuto essere irrogate solo dal Garante *privacy*³².

Qualche anno più tardi l'AGCM è stata chiamata a pronunciarsi su due pratiche commerciali “in odore di scorrettezza” poste in essere da *Meta Platforms Ireland*³³: la prima, similmente al caso *Facebook*, consisteva nella presunta ingannevolezza della

³¹ Occorre evidenziare che, successivamente, con due sentenze “gemelle” del 18.11.2022 il TAR Lazio, è tornato ad occuparsi di pratiche commerciali sleali e patrimonializzazione di dati personali e si è pronunciato, con esiti opposti, sulle impugnative proposte da *Apple* e *Google* avverso provvedimenti emessi nei loro confronti dall'AGCM.

³² Sul punto vedi anche Solinas (2021, p. 322) dove si afferma che la posizione della società ricorrente esprimeva l'idea per cui il trattamento dei dati personali poteva trovare collocazione nell'ambito della sola tutela della persona e non anche in quello dei rapporti patrimoniali e della loro disciplina generale. Da qui anche l'ulteriore motivo di ricorso per cui Facebook contestava la violazione del principio di legalità/prevedibilità, in quanto sarebbe stata sanzionata “sulla base di una disciplina (quella sulle pratiche commerciali scorrette) la cui applicazione era imprevedibile e nuova”, ed in virtù della quale sarebbero state applicate, con dubbia legittimità, “sanzioni sulle pratiche commerciali al diverso tema della gestione dei dati personali e comunque a pratiche in cui non viene in questione un interesse economico diretto del consumatore”.

³³ Si tratta del provvedimento del 21 maggio 2024, n.PS12566, reperibile sul portale *agcm.it*.

condotta di *Meta Platform Ireland Ltd* e della sua controllante americana *Meta Platform Inc.* per aver omesso di informare gli utenti della piattaforma *Instagram*, all'atto della attivazione e prima registrazione dell'*account*, dell'attività di raccolta e di utilizzo, per finalità commerciali, dei dati dell'utente, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (ovvero l'utilizzo della piattaforma al "prezzo" dei propri dati); la seconda pratica (anch'essa ingannevole) si articolava, invece, nella mancata comunicazione agli utenti già registrati di un'adeguata motivazione in merito alla decisione da parte dei *social network Facebook* ed *Instagram* di sospendere l'utilizzo dell'*account* di un utente, limitando poi di molto il contraddittorio sulle richieste di revisione della decisione e nell'assenza di un'assistenza idonea nei casi in cui l'utente doveva recuperare un *account* a cui non poteva più accedere.

A seguito dell'istruttoria condotta dall'AGCM è emersa la scorrettezza di entrambe le pratiche, nel primo caso per violazione degli artt. 20,21, e 22 c. cons.³⁴ e nel secondo caso dell'art. 20 c. cons.³⁵, con la previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva, per entrambe le infrazioni, di 3.500.000 euro.

Merita attenzione, innanzitutto, il profilo relativo alla competenza dell'AGCM, contestata dalla Piattaforma social. Secondo Meta, infatti, il Garante avrebbe violato diversi principi

³⁴ In quanto il professionista, fino al 25 marzo 2024 non ha informato immediatamente, cioè in fase di attivazione e prima registrazione dell'*account Instagram* via web, dell'attività di raccolta e utilizzo, per finalità commerciali, dei dati dell'utente, così da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (registrazione nella piattaforma IG per usufruire dell'omonimo servizio di *social network*).

³⁵ In quanto Meta, fino al mese di agosto 2023, contrariamente agli obblighi derivanti dalla diligenza professionale attesa dalla piattaforma, ha omesso: i) con riguardo alla piattaforma *Facebook*, di indicare le modalità (automatizzata o manuale) con cui è stata assunta la decisione di sospendere l'*account*, ossia di interrompere i propri servizi; ii) con riguardo a entrambi i *social network*, di fornire indicazioni della possibilità di contestare la decisione di sospendere l'*account*, oltre che con ricorso interno, anche adendo un organo di risoluzione extragiudiziale delle controversie o ricorrendo a un giudice per contestare la decisione del Professionista e aver previsto un termine relativamente breve (di 30 giorni) per contestare tramite ricorso interno diretto a Meta la decisione del Professionista.

europei: il principio del Paese di origine, quello della *lex specialis* e la primazia del diritto dell'Unione europea. In particolare, l'AGCM non avrebbe potuto applicare provvedimenti contrastanti con il quadro giuridico esistente (GDPR, Direttiva *e-privacy*, Direttiva *E-Commerce*, Regolamento (UE) 2022/2065 sul Mercato Unico dei Servizi Digitali, "DSA") o imporre obblighi o ulteriori requisiti specifici diversi da quelli tipizzati dal legislatore europeo, per non vanificare l'obiettivo di massima armonizzazione (principio di primazia del diritto dell'Unione europea). A ciò si aggiunge che non avrebbe potuto trovare applicazione la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, data la presenza di normative settoriali con riguardo alle quali sarebbe già stato operato un bilanciamento tra protezione dei consumatori e altri interessi specifici considerati dalle leggi speciali (principio della *lex specialis*). E, in terzo luogo, l'AGCM, con riguardo ai fornitori di servizi della società dell'informazione come Meta, non avrebbe potuto imporre obblighi più stringenti rispetto a quelli previsti dalla legge del Paese d'origine del fornitore di servizi.

Sotto il profilo della competenza, poi, gli organi legittimati ad intervenire nel caso in esame sarebbero dovuti essere (secondo Meta) la *Data Protection Authority* irlandese (per la condotta sub *a*) ovvero l'informativa resa in fase di prima registrazione alla piattaforma *Instagram*) e la Commissione europea e/o la *Competition and Consumer Protection Commission* irlandese (per le condotte sub *b*), mancata informativa resa in caso di interruzione dei servizi di social network e relativo contraddittorio con l'utente, e sub *c*) mancata assistenza fornita agli utenti che non riescono più ad accedere ai propri *account*).

A ben vedere si tratta di difese superabili come evidenziato dalla stessa AGCM e dai giudici amministrativi già nel precedente caso *Facebook*. In quella vicenda, infatti, l'AGCM riconosceva la propria competenza e coglieva l'occasione sia per delineare i diversi ambiti di operatività del Garante *Privacy* e dell'Autorità *Antitrust*,

sia per sostenere la possibile complementarità della disciplina sulla protezione dei dati personali e di quella concernente le pratiche commerciali scorrette (vedi i punti 45-48 del Provvedimento AGCM n. 27432). Ma anche il Tar Lazio respingeva le censure relative alla carenza del potere dell'AGCM, sottolineando il valore patrimoniale dei dati personali³⁶.

Si deve, tuttavia, al Consiglio di Stato (nella pronuncia n. 2631/2021) la definizione dei rapporti tra la disciplina del GDPR e la tutela consumeristica. Una volta ammessa la patrimonializzazione del dato personale, infatti, la questione non è quella di stabilire se il diritto consumeristico possa o meno sovrapporsi al diritto alla tutela dei dati personali (costituendo tali “diritti” “distinte categorie settoriali” disciplinate da normative speciali e non sovrapponibili tra loro), ma quella di trovare rimedio allo *sfruttamento*, inconsapevolmente per l'utente, dei suoi dati da parte della piattaforma social. E se è vero che la nozione di “trattamento” del dato personale comporterebbe un ambito applicativo amplissimo del GDPR, ciò non significa che lo stesso possa considerarsi “assoluto”. “Una siffatta conclusione”, si dice, “sarebbe irragionevole, dal momento che ogni scienza giuridica o comportamento umano [...] coinvolge inevitabilmente dati personali” perché porterebbe “ad escludere in radice l'applicabilità di ogni altra disciplina giuridica”. Se rimane indiscutibile la “centralità” della disciplina discendente dal GDPR e dai Codici della privacy nazionali

deve comunque ritenersi che allorquando il trattamento investe e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre

³⁶ A conferma della possibilità di uno sfruttamento economico del dato personale nell'ambito delle “piattaforme social” con conseguente necessità di tutelare il consumatore, i giudici amministrativi richiamano gli *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE del 2016* dove la Commissione aveva affermato che “i dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto”; il provvedimento dell'AGCM PS 10601- *Whatsapp* dell'11 maggio 2017, la decisione della Commissione Europea del 3 ottobre 2014 (pubblicata il successivo 19 novembre 2014) il “network” europeo di autorità nazionali per la cooperazione della tutela dei consumatori di cui al Regolamento 2006/2004/CE.

fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento – unionale prima e interno poi – non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, qual è quella [...] della tutela del consumatore, riduca le tutele alle persone fisiche³⁷.

Nella vicenda Meta, l'AGCM, in merito al *principio di specialità*, contesta l'incompatibilità o l'antinomia tra le previsioni in materia di *data protection/privacy* e quelle in materia di protezione del consumatore “perché l'oggetto dell'indagine non afferisce alla correttezza del trattamento dei dati personali da parte della piattaforma” (che avrebbe giustificato l'applicazione delle sole norme sulla *data protection*), “ma alla chiarezza, immediatezza e completezza dell'informazione circa lo sfruttamento di tali dati ai fini commerciali nell'ambito di un ‘rapporto di consumo’.”³⁸. Inoltre, con riguardo ai rapporti tra “il complesso sistema di Regolamenti, Direttive, norme di *soft law* e norme di autoregolamentazione che disciplinerebbero compiutamente e con un approccio multilivello i c.d. servizi intermediari” e la disciplina consumeristica sulle pratiche commerciali scorrette, non solo ribadisce il carattere *orizzontale e prevalente* del Codice del consumo la cui nozione di pratica commerciale è così ampia da estendersi a tutte le attività poste in essere dai professionisti (anche nei confronti degli utenti di

³⁷ Ad avviso del Collegio, quindi, non serve creare “compartimenti stagni di tutela” ma occorre piuttosto garantire “tutele multilivello” che possano amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia “sfruttato” a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà e, soprattutto, senza la consapevolezza (da parte) dell'interessato consumatore.

³⁸ Di recente cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2025, n. 80 (caso Google Ireland Ltd.), in Banca dati *De Jure*, dove si afferma (vedi punto 2.1.1): “la giurisprudenza europea e la giurisprudenza nazionale hanno ritenuto che al criterio della specialità, che vedrebbe prevalere la competenza dell'Autorità settoriale, debba preferirsi il criterio dell'incompatibilità, che vede possibile l'intervento dell'Autorità di settore solo qualora la condotta contestata abbia “ambiti specifici”, nel senso che non rientri nel potere di intervento dell'Antitrust”. Di conseguenza “laddove la condotta contestata è tale da rientrare in astratto nel potere di intervento di ambedue le Autorità, la competenza è dell'Antitrust, non dell'Autorità di settore”. Nello stesso senso cfr. le pronunce della sesta sezione del Cons. Stato, 9 luglio 2024, n. 6077; 5 giugno 2024, n. 5030 e 5 aprile 2024, n. 3175.

servizi digitali) prima, durante e dopo l'operazione commerciale³⁹, ma si ritiene anche che non vi sia contrasto tra il Regolamento (UE) 2022/2065 (*Digital Services Act - DSA*) e le disposizioni a tutela del consumatore in quanto è lo stesso DSA a fare espressamente salvo il diritto europeo in materia di tutela dei consumatori (vedi art. 2 e considerando n. 10 del DSA).

Quanto, poi, alla presunta violazione, da parte dell'AGCM, del principio del Paese di origine (sulla base delle affermazioni contenute nella pronuncia della Corte di Giustizia *Meta Platforms Ireland and Others vs KommAustria*⁴⁰) “che impedirebbe all'Autorità di imporre al Professionista obblighi ‘regolamentari’ diversi da quelli previsti dall'ordinamento ove il Professionista si è stabilito”, l'AGCM si difende affermando la compatibilità della disciplina consumeristica con tale principio e con la Direttiva *E-Commerce* (da cui lo stesso viene desunto) in quanto, nel caso di specie, si rientrava nelle ipotesi di deroga al principio di stabilimento ivi “codificate”⁴¹. Nel merito delle violazioni, poi, trascurando la pratica scorretta consistente nell'aver ingannato i consumatori per non averli informati sull'utilizzo, per finalità commerciali dei dati raccolti, qualche osservazione può farsi con riguardo all'ingannevolezza della condotta di Meta per aver omesso di indicare ai suoi utenti le modalità per contestare i provvedimenti di sospensione del loro

³⁹ Peraltro, a supporto, della propria tesi l'AGCM richiama sia il precedente della Corte di Giustizia UE, cause riunite C-54/17 e C-55/17 del 13 settembre 2018, cit. (dove il “contrasto” tra le disposizioni di detta direttiva e altre norme comunitarie sussiste solo laddove queste ultime disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali imponendo ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29/CE), sia l'art. 27, comma 1-bis, c. cons., che assegna in via esclusiva all'AGCM l'*enforcement* rispetto a tutte le condotte che danno luogo a una pratica commerciale scorretta, comprese quelle che integrano anche la violazione di altre norme di settore.

⁴⁰ Si tratta di CGUE, 9 novembre 2023, C-376/22 consultabile su <https://www.eius.it/giurisprudenza/2023/602>.

⁴¹ Per l'art. 3, par. 4, della suddetta direttiva le eccezioni al principio di stabilimento sono ammissibili se i provvedimenti presi sono necessari alla tutela dei consumatori; concernono servizi della società dell'informazione e sono proporzionati a tali obiettivi. Queste condizioni ricorrevano tutte nel caso di specie dove l'AGCM aveva preso un provvedimento “necessario” e “proporzionato” alla salvaguardia dei consumatori e concernente servizi della società dell'informazione come i servizi Facebook e Instagram.

account, oltre che con ricorso interno, anche adendo un organo di risoluzione stragiudiziale delle controversie o ricorrendo ad un giudice per contestare la decisione del Professionista.

Correttamente l'AGCM considera questa pratica contraria alla diligenza professionale che, ai sensi dell'art. 20 cod. cons., è uno dei parametri per qualificare la pratica commerciale come scorretta. Il comportamento di Meta infatti, per un verso, impedisce agli utenti di esercitare il diritto di difesa⁴² e, per altro verso, preclude loro di svolgere le attività sociali o professionali considerate essenziali nella società contemporanea. Secondo l'AGCM "Il Professionista diligente avrebbe [...] senz'altro dovuto fornire ai soggetti privati del servizio la più ampia informativa, anche circa le modalità di contestazione ed eventuale risoluzione delle problematiche riscontrate, al fine di 'reintegrare' nel *social network* l'utente attinto dalla misura sospensiva".

4

L'utilizzo di dati personali a fini commerciali può dar vita a comportamenti abusivi non soltanto nei confronti dei consumatori ma anche delle imprese concorrenti. Qualche anno fa, infatti, l'autorità tedesca per la concorrenza, la *Bundeskartellamt* (*BKartA*) nella decisione del 6 febbraio 2019, B6-22/16, condannava Facebook a modificare le proprie condizioni di servizio laddove condizionava la fornitura dello stesso alla circostanza che gli utenti fornissero dati ulteriori rispetto a quelli necessari per l'accesso al social network, cioè i dati prodotti dall'utilizzo di *Watsapp* e *Instagram*, nonché quelli raccolti su siti di terze parti.

Tale comportamento per l'Autorità amministrativa tedesca poteva essere ricondotto ad un abuso di posizione dominante

⁴² La mancata indicazione al consumatore della possibilità di ricorrere al giudice ordinario o di sfruttare meccanismi stragiudiziali di risoluzione delle controversie (ADR) potrebbero indurlo a ritenere di disporre del solo reclamo interno, peraltro da esperire nel breve termine di 30 giorni e, quindi, di una tutela davvero risicata.

mediante il quale si frustrava il diritto all'autodeterminazione degli utenti che si vedevano imposte condizioni generali di contratto inique in quanto violavano diritti costituzionali come quelli protetti dal GDPR⁴³. Il *trait d'union* tra concorrenza e protezione dei dati personali era dato dal fatto che i dati usati senza il valido consenso degli utenti veniva considerato come fattore che abbassava la qualità della concorrenza.

Di parere diverso era, invece, la Corte d'appello tedesca per la quale il *BKartA* non aveva svolto le indagini necessarie sulla violazione da parte di *Facebook* delle regole sulla concorrenza⁴⁴. Tuttavia il 23 giugno 2020 la Corte federale di giustizia tedesca, nella decisione KVR69/19, dà ragione al *BKartA* e riconosce in capo a *Facebook* la posizione dominante nel mercato tedesco dei social network e il conseguente abuso di posizione dominante. E' indubbio, infatti, che la capacità di profilazione raggiunta da Facebook le garantiva un significativo potere di mercato, irraggiungibile da parte dei *competitors*, impossibilitati a combinare altrettanti dati, ma il problema non stava nella posizione dominante quanto nell'abuso di essa dovuto all'impiego di condizioni contrattuali che vincolavano, senza margine di scelta, gli utenti a subire la combinazione delle varie fonti per la costruzione dei loro profili⁴⁵.

⁴³ Per il *BKartA* il comportamento concreto di Facebook e la quantità dei dati elaborati provavano l'abuso da sfruttamento di cui all'art. 102 TFUE.

⁴⁴ Si contesta anche la "perdita di controllo dei dati" da parte dell'interessato e la violazione del suo diritto all'autodeterminazione informativa. Il fatto che per accedere al servizio social si richieda il consenso all'uso di dati aggiuntivi non significa, per i giudici di appello, una perdita di controllo dei dati (con pregiudizio alla sfera giuridica dell'interessato), ma "rende soltanto necessario *bilanciare i vantaggi* derivanti dall'uso di un social network finanziato dalla pubblicità (e quindi gratuito) *con le conseguenze* associate all'uso dei dati aggiuntivi da parte di Facebook. L'utente può compiere questa valutazione senza essere influenzato e in completa autonomia, in base alle sue preferenze e ai suoi valori personali". Così Midiri (2020, p. 225), che riporta il passo dell'OLG di Düsseldorf.

⁴⁵ La vicenda tedesca ha consentito alla dottrina di compiere delle riflessioni più generali con riferimento sia alla patrimonializzazione dei dati che all'utilizzo del GDPR per arginare fenomeni di abuso di posizione dominante. Al riguardo D'Acquisto e Pizzetti (2019, p. 97) evidenziano come la pronuncia del *BKartA* testimoni l'idoneità del trattamento dati personali a creare valore economico e l'idoneità della profilazione derivante dalla combinazione di dati tra diverse sorgenti di creare squilibri nelle dinamiche competitive del mercato. Per gli A. è rilevante la

La decisione del BKartA – con cui si affermava un approccio *integrato* tra disciplina a tutela dei dati personali e disciplina antitrust – è stata criticata perché ritenuta in contrasto con l’orientamento dominante e, in particolare, con quello seguito dalla Commissione europea in materia di concentrazioni.

Infatti, in una serie di casi⁴⁶ sottoposti alla sua valutazione, la Commissione europea, pur progressivamente riconoscendo il ruolo della privacy come parametro rilevante nella concorrenza fra piattaforme online, non ha bloccato alcuna operazione approvando, quasi sempre senza condizioni, le concentrazioni che sollevavano criticità dal punto di vista della privacy, a conferma dell’approccio separatista per il quale queste due aree del diritto devono restare distinte in quanto assolvono a funzioni e tutelano obiettivi diversi.

circostanza che un’Authority nazionale antitrust intervenga per riequilibrare questa situazione di *exploitative abuse* con strumenti propri di settori diversi come il GDPR, anche in considerazione del fatto che alla base della lesione della concorrenza vi era la mancanza di un consenso libero e consapevole da parte degli interessati al trattamento dei dati richiesti, difetto che rendeva illecito il trattamento dei dati personali anche ai sensi del GDPR. Il BKartA, intervenendo con strumenti di data protection, finiva per ottenere la riallocazione di un valore economico, illegittimamente fatto proprio da Facebook, presso competitors rendendo loro accessibili quote di mercato da cui erano precedentemente esclusi.

⁴⁶ Si tratta, in primo luogo del caso *Google/DoubleClick* dell’11 marzo 2008, M.4731. In questa vicenda, ferma restando la posizione dominante nel mercato di riferimento, la Commissione ha ritenuto che la società risultante dalla fusione di Google e DoubleClick (e dei loro dataset) non avrebbe ottenuto un potere tale da escludere i suoi concorrenti e da impedire la libera concorrenza sul mercato. Nello specifico non vi erano indicazioni che l’impresa risultante sarebbe stata in grado di imporre ai suoi clienti variazioni delle condizioni contrattuali idonee a consentire successivamente l’utilizzo incrociato dei loro dati. Nelle sue Conclusioni la Commissione evidenzia la compatibilità dell’operazione di fusione societaria con la disciplina in materia di concentrazioni ma non esclude possibili rischi per la tutela dei dati personali, dimostrando di tenere distinti gli ambiti applicativi delle due discipline. Ciò conferma che l’eventuale riduzione della tutela della privacy, derivante dalla suddetta fusione societaria e dei dataset, non rientra nel campo di applicazione del diritto antitrust ma è materia di *data protection*. Questo orientamento che sembrava incrinarsi nella vicenda, decisa dalla Commissione il 6 dicembre 2016, *Microsoft/LinkedIn* (M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*) è stato confermato qualche anno più tardi nell’operazione di concentrazione tra *Google e Fitbit* (decisione del 17 dicembre 2020, M.9660) e nella più recente decisione del 10 febbraio 2023, M.10815 – *Deutsche Telekom, Orange/Telefonica/Vodafone/Jv*, dove si è ritenuta conforme alla concorrenza la creazione di una *joint venture* di queste importanti società di telefonia per mettere in comune i dati relativi a tutti gli utenti, sempre ai fini di profilazione e pubblicità commerciale. Tutte le decisioni sono consultabili sul sito <https://competition-cases.ec.europa.eu>

Analogamente può dirsi con riferimento alle scelte della nostra AGCM che, ad esempio, per comportamenti discriminatori attuati da *Google* nel mercato del *digital advertising*, ha utilizzato un tipo di contestazione diversa da quella adottata dal BKartA.

La nostra Autorità, infatti, nel valutare il presunto abuso di posizione dominante di *Google* non si interroga sulla conformità alla normativa sulla privacy della politica adottata dalla società per raccogliere il consenso degli utenti al trattamento dei loro dati, e, quindi, sulla liceità dei mezzi impiegati a tal fine, ma considera i meccanismi attraverso i quali *Google* sfruttava quei dati a proprio vantaggio. A parere dell'AGCM

la condotta posta in essere da *Google* le permette di mantenere una capacità di offerta di servizi di intermediazione nei suddetti mercati della pubblicità a condizioni e con modalità non replicabili dai concorrenti, tali da rappresentare un vantaggio competitivo ingiustificato. Facendo leva sui dati ottenuti attraverso tali strumenti, non accessibili a terzi, *Google* consente alla propria *Google Marketing Platform* (ovvero la sua DSP) e al proprio *Google Ad Manager* (SSP) di avere prestazioni in termini di capacità di targhetizzazione e di identificazione degli utenti che visualizzano inserzioni pubblicitarie che non sono altrimenti raggiungibili da parte di altri operatori del mercato⁴⁷.

Anche la dottrina (tra gli altri cfr. COLANGELO; MAGGIOLINO, 2017, 9 ss.) non ha mancato di mettere in evidenza i rischi di desumere dalla lesione della disciplina sulla *data protection* l'automatica violazione della disciplina antitrust, in considerazione

⁴⁷ Si tratta di AGCM, Provvedimento n. 28938 del 20 ottobre 2020, consultabile sul sito www.agcm.it. Più di recente l'AGCM, nel Provvedimento n. 30215 del 5 luglio 2022, caso *Google e Alphabet*, ha avviato un'altra istruttoria per presunta violazione della concorrenza ex art. 102 TFUE e art. 3 l. 287/1990, in quanto il gruppo *Google* avrebbe ostacolato l'interoperabilità nella condivisione dei dati presenti nella propria piattaforma con altre piattaforme, così comprimendo il diritto alla portabilità dei dati degli utenti interessati (art. 20 GDPR) e determinando una restrizione della concorrenza. Tuttavia, a seguito della presentazione da parte di *Google* di un pacchetto di impegni volti ad evitare proprie condotte anticoncorrenziali, l'AGCM ha chiuso la procedura ritenendo tali impegni compatibili con il diritto antitrust.

del fatto che si tratta di apparati regolatori volti a perseguire obiettivi diversi e che presentano peculiarità tali da potersi anche porre in contrasto tra loro. Ritenerli necessariamente convergenti, allora, potrebbe generare non poca confusione (perplexità in tal senso sono espresse da COLANGELO, 2023, p. 5).

L'idea di basare la connessione tra privacy e antitrust considerando la *policy privacy* quale componente della qualità di un prodotto o servizio per cui la riduzione di tutela della privacy coincide automaticamente con una degradazione della qualità dei beni o servizi offerti con danni sia al benessere del consumatore che alla concorrenza, non coglie nel segno. Si potrebbe dire che la massiva raccolta ed elaborazione di dati da parte delle piattaforme online sia fatta proprio per aumentare la qualità dei servizi offerti e non per degradarla⁴⁸. E, soprattutto, non sono rari i casi in cui le piattaforme online modificano la loro *policy privacy* rendendola più rigorosa non al fine di tutelare i consumatori e migliorare la qualità dei servizi offerti ma per aumentare le barriere all'ingresso nel mercato dei pochi concorrenti e, quindi, come strategia anticoncorrenziale⁴⁹. In tal caso è evidente la “tensione”, la “contrapposizione” (piuttosto che la simmetria) tra diritto alla protezione dei dati e la concorrenza. Esempio, in quest'ottica è il caso *Apple* (A561) destinatario di un'istruttoria dell'AGCM volta ad accertare l'esistenza di un presunto abuso di posizione dominante di *Apple* nel mercato delle piattaforme per la distribuzione online di *app* per utenti del sistema operativo iOS⁵⁰. Infatti, la nuova *policy*

⁴⁸ E quindi, per dirla con Colangelo (2016, p. 454), “mancherebbe il legame tra presunta degradazione della qualità e benessere dei consumatori: mentre, infatti, alcuni vedranno in interventi più invasivi per raccogliere e utilizzare dati una diminuzione della qualità, altri riterranno che annunci pubblicitari e servizi maggiormente personalizzati rappresentino un miglioramento qualitativo”. Peraltro, La stessa degradazione della qualità è concetto “sfuggente” e, comunque, sarebbe difficile spiegare come l'autorità possa essere in grado di misurare la migliore qualità assicurabile ai consumatori, data la soggettività di tale parametro.

⁴⁹ Parla di privacy come “scudo” per legittimare condotte anticoncorrenziali Colangelo (2023, p. 23).

⁵⁰ Si tratta di AGCM, Istruttoria A561 – *Apple/ATT*; Provvedimento del 5 maggio 2023, n. 30620, in www.agcm.it.

privacy di Apple, realizzata attraverso l'*App Tracking Transparency* (ATT) e rivolta ai soli sviluppatori di *app* terzi, aveva diminuito in modo drastico e discriminatorio la loro capacità di raccogliere dati e di profilare gli utenti, riducendo così il valore degli spazi pubblicitari da questi venduti agli inserzionisti. *Apple* aveva ostacolato a proprio vantaggio la capacità dei concorrenti di vendere spazi pubblicitari, aveva favorito le proprie vendite (dirette e indirette) e aveva ridotto il potere contrattuale degli inserzionisti concentrando l'offerta degli spazi pubblicitari nelle proprie mani. La condotta di *Apple* era idonea, quindi, a creare barriere all'ingresso nel mercato della distribuzione delle *app* agli sviluppatori concorrenti e a favorire le sue *app* e le sue vendite, in violazione dell'art. 102 TFUE.

Sebbene il caso *Apple* abbia messo in evidenza i rischi connessi all'approccio integrato *privacy-antitrust*, l'idea che le norme in materia di protezione dei dati personali possano considerarsi parametro per valutare la correttezza della condotta delle imprese in base alla disciplina *antitrust* è stata fatta propria, da qualche anno, anche dalla Corte di Giustizia UE nella causa *Meta Platforms e a. (Condizioni generali d'uso di un social network)* del 4 luglio 2023⁵¹.

La vicenda ha rappresentato l'occasione per far luce anche sui rapporti tra le diverse *Autorithy* quando, tramite la violazione dell'RGDP, viene contemporaneamente lesa la concorrenza. Nel caso in questione, infatti, la registrazione sulla piattaforma social Facebook (gestita in Europa da *Meta Platforms Ireland*) implicava, per gli utenti, l'accettazione delle condizioni generali stabilite da questa società, compresi la politica sulla *privacy* e l'uso dei *cookie*. Tali condizioni prevedevano che *Meta Platforms Ireland* potesse raccogliere i dati degli utenti sia all'interno che all'esterno del *social network* (c.d. dati *off* Facebook) affinché venissero utilizzati per

⁵¹ Si tratta della causa C-252/21 in ECLI:EU:C:2023:537, con commento di E. de Falco in *www.deiustitia.it* e di A. Palmieri, *Prevaricazioni ascritte al gestore di un social network tra antitrust e data protection* (nota a CGUE, sez. grande, 4-7-2023 n. 252), in *ForoNews* 5 luglio 2023, banca dati *Foroplus*. Ma vedi anche l'interessante contributo critico di D'Avola (2023, p. 579 ss.).

fornire loro una pubblicità personalizzata. L'Autorità garante per la concorrenza tedesca (*BKartA*) ha vietato la pratica di Facebook di condizionare l'uso del social da parte degli utenti tedeschi al trattamento dei loro dati *off* Facebook senza il loro esplicito consenso in quanto si trattava di un trattamento che violava l'RGDP e integrava un abuso di posizione dominante di *Meta Platforms Ireland* sul mercato tedesco dei *social network online*. Il Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, adito da Meta per contestare la decisione del Garante tedesco, ha posto alla Corte di Giustizia la questione se le autorità nazionali responsabili della concorrenza e del mercato potessero o meno verificare la conformità di un trattamento dei dati ai requisiti stabiliti dal RGDP ed ha chiesto chiarimenti su alcune disposizioni del Regolamento concernenti il trattamento dei dati da parte di un operatore di un *social network online* (in particolare gli artt. 6 e 9, parr.1 e 2).

La Corte di Giustizia, esaminate le sette questioni pregiudiziali proposte, ha ritenuto che gli artt. 51 e ss. del RGDP e gli artt. 4, par. 3, TFUE debbano essere interpretati nel senso che

fermo restando il rispetto del suo obbligo di leale cooperazione con le autorità di controllo, un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può constatare, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, [...], che le condizioni generali d'uso di tale impresa relative al trattamento dei dati personali e la loro applicazione non sono conformi a detto regolamento, qualora tale constatazione sia necessaria per accertare l'esistenza di un tale abuso.

Tuttavia, accertata una violazione dell'RGDP, l'autorità garante della concorrenza non può (né deve) assumere il ruolo che spetta al Garante *privacy*, ma può soltanto verificare se tale violazione costituisca elemento di possibile alterazione della dinamica concorrenziale e quindi, ad esempio, di un abuso di

posizione dominante, per porvi fine⁵². E, comunque, il principio di leale cooperazione tra le autorità di controllo implica che laddove il garante nazionale della concorrenza ritenga di dover valutare se il comportamento di un'azienda sia conforme alle disposizioni del GDPR, deve prima verificare se tale comportamento o uno simile sia già stato oggetto di una decisione da parte del competente Garante *privacy* o della Corte di Giustizia e non può discostarsi dalla loro decisione (“pur restando libera di trarne le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del diritto della concorrenza”)⁵³.

Il profilo di maggiore impatto della decisione è dato, però, dalla considerazione, da parte dei giudici europei, della violazione della disciplina in materia di dati personali quale presupposto costitutivo dell'illecito anticoncorrenziale, per l'importanza economica che hanno sempre più assunto l'accesso ai dati personali ed il loro sfruttamento quali parametri significativi della concorrenza tra imprese dell'economia digitale. Difatti, le imprese che avranno un maggiore accesso ai dati degli utenti e tratteranno una quantità maggiore di dati saranno favorite sul mercato rispetto alle altre. Se, poi, le stesse svolgeranno tale attività in violazione della normativa del GDPR matureranno dei vantaggi competitivi illeciti con un impatto significativo, ed al contempo negativo, sulla concorrenza leale tra imprese.

Si comprende, allora, l'affermazione della Corte di Giustizia per cui

escludere le norme in materia di protezione dei dati personali dal contesto giuridico che le autorità garanti della concorrenza devono prendere in considerazione in sede di esame di un abuso di posizione dominante ignorerebbe la realtà di tale evoluzione economica e potrebbe pregiudicare l'effettività del diritto della concorrenza all'interno dell'Unione.

⁵² La distinzione delle competenze tra autorità nazionali di controllo (circa il rispetto del Regolamento europeo sulla *privacy*) e autorità nazionali antitrust è messa bene in luce nei punti 44-46 della sentenza in esame.

⁵³ Ciò serve ad evitare che l'Autorità Antitrust invada illegittimamente le competenze dell'Autorità garante della protezione dei dati personali.

Se questo è vero, però, occorre rifuggire da qualunque automatismo per il quale basterebbe la sola violazione delle norme del GDPR a configurare anche l'illecito concorrenziale. Non foss'altro perché il diritto della concorrenza risponde a logiche diverse da quelle che animano altri settori del diritto (inclusa la privacy), con la conseguenza che una determinata azione può essere idonea ad alterare le dinamiche concorrenziali sebbene sia *privacy compliant* (anzi, come abbiamo detto, a volte il più elevato rispetto della privacy può nascondere delle strategie anticoncorrenziali, *Apple ATT docet!*) e, al contempo, per aversi illecito concorrenziale il mancato rispetto della privacy non è sufficiente se non si accompagna a tutte le altre condizioni necessarie per qualificare una condotta come anticoncorrenziale⁵⁴ (posizione di dominanza dell'impresa sul mercato, esistenza di un mercato rilevante dove essa opera, abusività della condotta per acquisire vantaggi competitivi, danno economico alle concorrenti e nesso di causalità condotta-danno). A ragionare diversamente si offuscherebbe una peculiarità del diritto antitrust: la sua *neutralità* rispetto alla liceità formale della condotta imprenditoriale, in quanto ciò che conta è soltanto verificare quali siano i suoi effetti sul mercato.

Altre questioni riguardano, poi, le categorie di dati trattati e la libertà del consenso prestato dall'interessato. Quanto ai dati si è posto, innanzitutto, il problema dei dati raccolti dal gestore del *social network online* tramite interfacce integrate, *cookie* ecc., dati che gli utenti hanno concesso per la consultazione di siti web e applicazioni e che vengono ricollegati al loro *account* nel *social network online* ma che possono rivelare informazioni delicate, rientranti nelle categorie di cui all'art. 9, par. 1, RGDP (quindi informazioni sull'origine

⁵⁴ Lo specifica bene D'Avola (2023, p. 592) laddove afferma che il nesso causale (tutto normativo) tra violazione del GDPR e danno alla concorrenza, creato dalla Corte di Giustizia UE, finisce per "destrutturare" la stessa fattispecie anticoncorrenziale perché non tiene in considerazione i presupposti che necessariamente determinano l'illecito ex art. 102 TFUE, e ciò finisce per delineare una sorta di responsabilità antitrust oggettiva "ogniquale si riscontri la violazione di norme imperative, passate da elemento presuntivo e indiziario [...] a vera e propria pietra angolare del procedimento".

razziale o etnica, sulle opinioni politiche e religiose, sulla vita e l'orientamento sessuale degli interessati).

Proprio per queste caratteristiche la Corte di Giustizia considera che, qui, il trattamento abbia ad oggetto categorie particolari di dati e, quindi, sia in linea di principio vietato. Con riguardo, poi, alla possibilità di consentire eccezionalmente il trattamento di tali dati sensibili quando gli stessi siano “resi manifestamente pubblici dall'interessato”, la Corte chiarisce che le eccezioni al divieto di trattamento di cui al par.2 dell'art. 9 RGDP debbano essere interpretate restrittivamente, occorrendo verificare in concreto se l'interessato avesse inteso, “in modo esplicito” e “con un atto positivo chiaro”, rendere accessibili al pubblico i dati medesimi (art. 9, par.2, lett. e).

Questa volontà inequivoca non emerge dalla mera consultazione dei siti internet e delle applicazioni in quanto – si dice – in tali casi l'utente “può attendersi che il gestore del sito o dell'applicazione abbia accesso a tali dati e che li condivida”, se del caso e fermo restando il suo consenso esplicito con alcuni terzi ma non con il pubblico⁵⁵. E, persino nelle ipotesi in cui gli utenti inseriscano volontariamente i loro dati in siti internet o applicazioni, attivando pulsanti di condivisione integrati (del tipo “Mi piace” o “Condividi”), si può dire che ci sia la loro volontà univoca di rendere manifestamente pubblici i dati che li riguardano solo se abbiano espresso consapevolmente e in anticipo la scelta di rendere i propri dati accessibili pubblicamente ad un numero illimitato di persone (vedi punto 83 della sentenza).

Chiarita l'interpretazione da dare ai paragrafi 1 e 2 dell'art. 9 RGDP, la Corte analizza le questioni sollevate dal giudice del rinvio con riferimento all'interpretazione dell'art. 6 dell'RGDP che, com'è

⁵⁵ Al punto 79 della pronuncia in commento si precisa che “dalla mera consultazione dei siti internet o delle applicazioni da parte di un utente non si può dedurre che detti dati personali siano stati manifestamente resi pubblici dall'utente”. Questo è un aspetto che la Corte di Giustizia ha confermato anche nella recente sentenza della Corte di Giustizia, 4 ottobre 2024, n. 446, causa C-446/21, *Ma. Sc. vs. Meta Platforms Ireland Ltd.*, consultabile in Banca dati *DeJure*.

noto, introduce delle giustificazioni per consentire il trattamento di dati personali, altrimenti vietato anche in considerazione della mancanza di un consenso espresso dell'interessato. Si tratta delle ipotesi in cui il trattamento può essere considerato necessario per l'esecuzione di un contratto del quale gli interessati sono parti (lett. b), o per il perseguimento del "legittimo interesse" del titolare del trattamento o di terzi (lett. f), o per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento o per salvaguardare gli interessi vitali dell'interessato o per realizzare fini di pubblico interesse.

Tuttavia, nel caso sottoposto al suo giudizio, la Corte di Giustizia esclude sia che il trattamento dei dati effettuato da *Meta Platforms Ireland* fosse necessario all'esecuzione del contratto con i suoi utenti, sia che lo stesso fosse essenziale al perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi.

L'ultimo profilo, per noi importante, è costituito dall'interpretazione che la Corte di Giustizia offre dell'art. 6, par.1, primo comma, lett. a) e dell'art. 9, par. 2, lettera a) dell'RGDP. Si discute se il consenso prestato dall'interessato con riferimento al trattamento di categorie particolari di dati (ex art. 9, par. 1, lett. a) soddisfi le condizioni di validità previste dall'art. 4, punto 11, dell'RGDP e, in particolare, quella secondo cui tale consenso deve essere prestato liberamente, qualora il titolare del trattamento occupi una posizione dominante nel mercato dei *social network online*.

Secondo la Corte, la circostanza che il titolare del trattamento occupi una posizione dominante nel mercato dei social network "non osta, di per sé, a che gli utenti di tale *social network* possano validamente acconsentire, ai sensi dell'art. 4, punto 11, RGDP, al trattamento dei loro dati personali effettuato da tale operatore". Tuttavia, la posizione dominante del titolare del trattamento impatta sulla validità e sulla libertà del consenso⁵⁶ prestato dall'utente del *social network*, ed accentua la condizione di squilibrio esistente

⁵⁶ Sulla libertà del consenso assumono rilievo i considerando 42 e 43 del RGDP.

tra l'interessato ed il titolare del trattamento, in quanto favorisce l'imposizione di condizioni che non sono strettamente necessarie all'esecuzione del contratto. Sarà il titolare del trattamento a dover dimostrare che non è così e, quindi, ad esempio, che il trattamento dei dati non era necessario all'esecuzione del contratto⁵⁷, che gli utenti disponevano della libertà di rifiutare, nell'ambito della procedura contrattuale, di prestare il loro consenso senza per questo essere costretti a rinunciare al servizio offerto dall'operatore del *social network online*, o comunque che era data agli utenti medesimi la possibilità di prestare un consenso separato per i dati *off* Facebook rispetto a quello necessario per il trattamento dei dati relativi alla fruizione del servizio social.

Che la violazione della normativa sulla protezione dei dati personali integrante una pratica commerciale sleale possa essere fatta valere oltre che dall'Autorità antitrust anche da una concorrente dell'impresa responsabile della condotta scorretta è, poi, l'ulteriore principio affermato dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia UE nella causa C-21/23 del 4 ottobre 2024 (la pronuncia è consultabile su ECLI:EU:C: 2024:846).

La vicenda riguardava una controversia insorta tra due gestori di farmacie in Germania, uno dei quali commercializzava sulla piattaforma online *Amazon – Marketplace* medicinali la cui vendita era riservata alle farmacie, senza che fosse garantito ai clienti di dare il loro consenso preventivo al trattamento dei dati relativi alla salute.

Si lamentava una vendita sleale dei medicinali, irrispettosa dei requisiti di legge relativi all'ottenimento del consenso da parte del cliente, per come richiesto dalla normativa in materia di protezione dei dati personali. Il ricorso ha trovato accoglimento nel primo grado di giudizio e la soluzione è stata poi confermata anche in appello dove si è ritenuto che la commercializzazione su *Amazon* di medicinali la cui vendita era riservata alle farmacie integrasse

⁵⁷ Condizione che l'art. 7, par. 4 RGDP pone come necessaria per assicurare la libertà del consenso.

una pratica sleale, illecita per la legge tedesca contro la concorrenza sleale⁵⁸. La condotta dell'impresa venditrice, infatti, avrebbe violato l'RGDP perché, in contrasto con l'art. 9, parr.1 e 2, avrebbe trattato dati relativi alla salute degli acquirenti dei medicinali in assenza del loro consenso espresso. Ma soprattutto, per i giudici europei le norme dell'RGDP indicano anche il comportamento che le imprese devono tenere sul mercato per non violare la legge nazionale sulla concorrenza con la conseguenza che, in caso contrario, il concorrente leso, ai sensi dell'art. 8, par.3, punto 1, dell'UWG, avrebbe diritto di dedurre la violazione mediante un'azione inibitoria dinanzi ai giudici civili.

Nel silenzio del GDPR che (a differenza dell'art. 8, par.1 dell'abrogata dir. 95/46) non menziona, né esclude, la possibilità per i concorrenti dell'impresa sleale di poter ricorrere al giudice civile per far cessare le violazioni delle disposizioni sulla privacy commesse dalla stessa impresa sulla base del divieto di pratiche commerciali sleali, tale possibilità è stata argomentata dalla Corte di Giustizia sulla base di un'analogia con quanto già sostenuto, in altra pronuncia⁵⁹, a favore delle associazioni consumeristiche,

⁵⁸ Si tratta dell'art. 3, par. 1, dell'UWG (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* del 3 luglio 2004), intitolato "Divieto di comportamenti commerciali sleali", per il quale "Le pratiche commerciali sleali sono illecite". L'art. 3a dell'UWG, poi, prevede che "Commette un atto sleale colui il quale violi una disposizione di legge che sia altresì destinata a disciplinare il comportamento sul mercato nell'interesse dei soggetti partecipanti al mercato stesso, nel caso in cui la violazione sia idonea a pregiudicare in maniera sensibile gli interessi dei consumatori, di altri soggetti partecipanti al mercato o dei concorrenti".

⁵⁹ Si tratta di CGUE 28 aprile 2022, causa C-319/20, *Meta Platforms Ireland Limited vs Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.*, in ECLI:EU:C:2022:322 (su cui vedi il commento di FEDERICO, 2022, p. 674 ss. e di PALMIERI, 2022), banca dati Foroplus) dove la Corte di Giustizia precisa che nella controversia di cui al procedimento principale non viene in questione la legittimazione ad agire di un concorrente, bensì quella delle associazioni e di altri organismi contemplati dall'art. 80, par. 2 del RGDP. Pertanto, la questione sollevata dal giudice di rinvio si traduce nel quesito se l'art. 80, par. 2, del RGDP debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente ad un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di specifico mandato e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti di un interessato, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto di pratiche commerciali sleali, la violazione di una

cui era stato riconosciuto il potere di agire in giudizio (anche in assenza di mandato e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti degli interessati) contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione della disciplina a tutela dei consumatori. La stessa Corte si era posta il problema del possibile contrasto con l'obiettivo di uniformazione perseguito dal Regolamento privacy dato dalla possibilità, per i concorrenti, di agire ai sensi del diritto antitrust, facendo applicazione delle norme dell'RGDP oltre i limiti in esso previsti. Difatti, il concorso tra le autorità di controllo e i tribunali civili nell'applicazione del diritto sulla protezione dei dati personali avrebbe potuto causare un'invasione nella sfera delle competenze del Garante privacy "e portare a divergenze, all'interno dell'Unione, nel controllo dell'applicazione del diritto in materia di protezione dei dati".

L'obiettivo di utilizzare la violazione del GDPR anche come parametro della violazione delle regole antitrust, induce la Corte ad operare due "forzature". In primo luogo interpretare le norme del GDPR (artt. 77,78,79 e 80) che ammettono il reclamo del cliente interessato o di un ente legittimato (ma non di un'impresa concorrente della venditrice, che non è interessata ai sensi dell'art. 4 RGDP) nel senso di consentire anche all'impresa concorrente di poter agire in giudizio per far valere una violazione del diritto antitrust. E ciò sempre a prescindere dalla indagine in concreto dell'effettiva alterazione della dinamica concorrenziale, e sulla base dell'argomento che con l'adozione del Regolamento privacy il legislatore europeo non ha inteso procedere ad un'armonizzazione esaustiva dei mezzi di ricorso disponibili né escludere il ricorso dei

legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle (vedi punti 50 e 51 della sentenza). La Corte da risposta negativa al quesito ammettendo l'azione in giudizio anche delle associazioni consumeristiche contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, quando lo stesso pregiudichi anche le norme poste a tutela dei consumatori o contro le pratiche commerciali scorrette "qualora il trattamento di dati in questione sia idoneo a pregiudicare i diritti riconosciuti da tale regolamento a persone fisiche identificate o identificabili".

concorrenti (del presunto autore di una lesione della protezione dei dati personali). Anzi dare loro la possibilità di esercitare l'inibitoria più che pregiudicare il sistema di tutela previsto dal GDPR avrebbe rafforzato il livello di protezione degli interessati (conformemente al considerando 10 del GDPR).

Con riferimento, poi, alla questione se le informazioni inserite dai clienti acquirenti dei medicinali sulla piattaforma online costituissero dati relativi alla salute di cui sarebbe vietato il trattamento ai sensi degli artt. 8, par.1, vecchia direttiva 45/96 e 9, par. 1, RGDP, i giudici europei operano la seconda forzatura. Difatti, propendono per un'interpretazione in senso ampio della nozione "dati relativi alla salute", al fine di includervi tutti i dati che, pur non riguardando direttamente la salute dell'interessato (come le informazioni relative al nome, all'indirizzo di consegna, all'individualizzazione dei medicinali), "sono idonei a rivelare, mediante un'operazione intellettuale di raffronto o deduzione, informazioni sullo stato di salute dell'interessato ai sensi dell'art. 4, par. 1, del RGDP". Ciò in quanto l'ordine online del medicinale implica la creazione di un nesso tra il prodotto, le sue indicazioni terapeutiche o i suoi usi, e una persona fisica identificata o identificabile dagli elementi forniti.

Al fine di assicurare la più ampia tutela degli interessati (come dire [...] *il fine giustifica i mezzi*) La Corte supera sia l'obiezione che la vendita dei medicinali online senza prescrizione potrebbe avere come destinatari soggetti diversi dall'ordinante, sia quella relativa alla scarsa accuratezza dell'informazione: poiché il trattamento dei dati, in questi casi, è idoneo a rivelare informazioni sullo stato di salute di una persona fisica a prescindere dal fatto che si tratti dell'utente o di un soggetto diverso e dall'accuratezza dell'informazione, lo stesso deve essere vietato⁶⁰.

⁶⁰ Tranne che (vedi punto 93 della sentenza) l'interessato abbia prestato il suo consenso esplicito a uno o più trattamenti di tali dati personali le cui caratteristiche e finalità specifiche gli sono state presentate in modo accurato, completo e facilmente comprensibile, oppure il trattamento sia necessario ai fini dell'assistenza sanitaria sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità.

5

Il percorso giurisprudenziale appena tracciato ci consente di mettere in rilievo alcuni aspetti, a cominciare dal diverso ruolo attribuibile, oggi, all'informazione pubblicitaria online. Mentre, in passato, le imprese investivano una quantità eccessiva di denaro in pubblicità, oggi si assiste ad una riduzione di tale "spreco" in quanto esse orientano la comunicazione pubblicitaria secondo gli interessi dei potenziali clienti, desumendoli dalla loro frequentazione dei *social* e consultazione dei siti *web*.

Le informazioni su questi interessi costituiscono, infatti, dati aventi valore economico e la loro raccolta intensiva da parte delle piattaforme *social* consente a queste ultime di svolgere attività di profilazione per fini commerciali, da cui si ricavano metadati che fruttano ingenti ricchezze. Si tratta, come abbiamo visto, di un nuovo modello economico che mette a dura prova le normative in materia di protezione dei dati personali, di tutela dei consumatori e di tutela della concorrenza.

Le *Bigh Tech*, grazie alla massiccia raccolta di dati, possono elaborare previsioni sempre più attendibili sulle preferenze degli utenti e fornire loro prodotti/servizi personalizzati, sempre più "customizzati" e soddisfacenti al punto da "catturarli"⁶¹, rendendo improbabile che gli utenti/consumatori abbandonino l'ecosistema digitale per cercare alternative migliori.

Di fronte al "prepotere" di questi oligopoli tecnologici considerare come esaustiva e, soprattutto, esclusiva la tutela fornita

⁶¹ Si evidenzia, in dottrina, come "l'accurata profilazione prodotta dalle tecniche di big data rafforza l'asimmetria informativa dal lato degli utenti in quanto sfrutta non solo il mito del servizio fornito "for free" e la scarsa consapevolezza riguardo i diritti sui propri dati ma anche i *bias* cognitivi... Grazie ai dati raccolti e nella loro disponibilità le piattaforme producono una segmentazione granulare sempre più sofisticata degli utenti e un costante perfezionamento della profilazione che può, a sua volta, influire significativamente sugli utenti stessi" e "sulla concorrenza poiché produce inerzia negli utenti scoraggiandoli dal ricercare alternative in presenza di pesanti costi di *switching*" (così Ammannati, 2020, p. 674 s.), nonché, per la condizione di asimmetria informativa rafforzata in cui vengono a trovarsi i consumatori nell'era digitale, Ammannati (2019, p. 8 ss.).

dalla normativa sulla protezione dei dati personali significherebbe non tenere in considerazione che un trattamento dei suddetti dati, non necessario ai fini dell'esecuzione del contratto ed avvenuto senza il consenso libero dell'interessato⁶², potrebbe ledere oltre alla privacy altri interessi dell'utente/consumatore come accade nell'ipotesi di utilizzazione a fini commerciali e pubblicitari dei suoi dati senza che l'interessato riceva un'immediata e specifica informazione al riguardo e, addirittura, venga ingannato circa la gratuità del servizio social cui si è registrato fornendo, appunto, i dati personali. Da qui la preferenza per una complementarietà di discipline (affermata come abbiamo visto sia dalla giurisprudenza italiana che da quella europea) che, lungi dal negare il primato alla normativa sulla privacy, finisce per rafforzare la tutela in essa prevista⁶³. Il passaggio ulteriore, compiuto, dalla Corte di Giustizia UE è stato quello di considerare la violazione delle regole sulla privacy come parametro per valutare la qualità della concorrenza nel senso che “non rientra nella concorrenza basata sui meriti un'attività imprenditoriale che viola discipline legali (come quella del GDPR) pur estranee al diritto della concorrenza”⁶⁴.

⁶² Sulla libertà e sulla validità del consenso dell'interessato al trattamento dei suoi dati importanti spunti sono desumibili dal noto caso *Orange Romania*, CGUE 11 novembre 2020, c-61/69, in www.agendadigitale.eu, su cui vedi, per tutti il commento di Angiolini (2021, 247 ss.). Sulla libertà del consenso vedi, di recente, anche Finocchiaro (2024, p. 26 s.) per la quale la valutazione del grado di libertà dei contraenti non si esaurisce nella sfera soggettiva della parte, ma deve considerare anche parametri esterni alla sfera del contraente. Ciò vale tanto più nell'ipotesi degli scambi in internet, che si svolgono nel breve istante di un click. Qui – si dice – “la libertà non va cercata soltanto in quel *click*, ma nei presupposti, nel contesto di quello scambio e di quella relazione”, in una dimensione, cioè, contestuale.

⁶³ Attenta dottrina (PAGLIANTINI, 2023, p. 2212 ss.) nel registrare la possibile compenetrazione del GDPR con il diritto consumeristico, nel senso di una *complementarietà incrementante* il livello di tutela e sia pure con una *postergazione gerarchica* del diritto consumeristico, mette in guardia sulle tante ombre di questo complessivo quadro di tutele *massimizzante* le garanzie per l'interessato che sia anche un consumatore. Per un verso il GDPR regola in misura alquanto limitata le conseguenze della revoca del consenso (l'obiettivo è quello di garantire i rimedi di cui agli artt. 15-22 GDPR), per altro verso, il codice del consumo – laddove dispone, ai sensi dell'art. 135 *noviesdecies* che, nell'ipotesi di risoluzione del contratto, il professionista rimborsa al consumatore tutti gli importi versati in esecuzione del contratto, non tiene conto dell'ipotesi di servizi digitali remunerati con il consenso al trattamento dei dati.

⁶⁴ Così Midiri (2020, p. 220), il quale evidenzia come la Corte di Giustizia ritenga

Un altro profilo degno di nota è rappresentato dall'aggravata asimmetria informativa in cui versano i consumatori digitali rispetto alla controparte professionale costituita dai gestori delle piattaforme social. I primi, infatti, “generalmente non conoscono i meccanismi che consentono alle piattaforme di sfruttare la loro posizione e i dati personali raccolti come di trarre profitto dal crescente numero di accessi”. Si dice che il deficit che caratterizza i consumatori sia “di natura più cognitiva che conoscitiva”. Difatti, sebbene

i dati siano spesso disponibili per entrambi gli attori, soltanto l'impresa riesce ad usarli a proprio vantaggio. Si tratta delle informazioni relative alle scelte di consumo dei singoli individui (la cd. *product use information*) che l'impresa raccoglie ed elabora per il loro rilevante valore economico ma che, invece, il consumatore non è capace di valutare (AMMANNATI, 2019, p. 21)⁶⁵.

Preso atto, quindi, dei limiti cognitivi in cui versano i consumatori e degli errori che contraddistinguono il loro agire la prima via percorsa è quella di una regolazione basata sull'informazione (*disclosure regulation*) dove, cioè, l'informazione diventa “strumento” di regolazione. Ciò comporta l'imposizione agli operatori di obblighi di *information disclosure* (si veda, ad es., il prospetto informativo in relazione ai servizi finanziari) o il divieto di fornire ai consumatori informazioni false o ingannevoli (come prevedono le norme del codice del consumo sulle pratiche commerciali scorrette o la disciplina sulla pubblicità ingannevole), con l'obiettivo di ridurre l'asimmetria informativa, consentendo ai destinatari dell'informazione di compiere scelte consapevoli, basate sulle loro preferenze e non alterate da strategie commerciali aggressive o carenti di informazione⁶⁶.

che gli abusi escludenti possano essere valutati facendo riferimento ad altri settori di diritto e richiama la sentenza *AstraZeneca c. Commissione* (CGUE, 6 dicembre 2012, C-457/10, EU:C:2012:770, § 98).

⁶⁵ In generale vedi, altresì, Brodi (2012, p. 394 ss.), nonché Zoppini (2021, p. 321 ss.).

⁶⁶ L'informazione può essere oggetto di regolazione anche dal lato dell'offerta e quindi

L'idea che bastava dotare il consumatore dell'informazione necessaria ad orientare le proprie scelte in maniera consapevole ha evidenziato segni di debolezza in mancanza di interventi necessari a rafforzare il suo apparato cognitivo⁶⁷. Non basta ricevere le informazioni (che in quantità eccessiva possono, addirittura, danneggiare i destinatari), ma è necessario che esse siano adeguate. Il consumatore, cioè, dovrebbe avere a disposizione informazioni semplici, comprensibili e facilmente comparabili per poter effettuare scelte consapevoli ma, soprattutto, dovrebbe essere messo nelle condizioni di neutralizzare i suoi errori cognitivi⁶⁸, errori che dipendono dalla profilazione dei suoi dati personali per cui, la tutela si sostanzia in una più rigorosa protezione degli stessi. In questa prospettiva, un ruolo fondamentale è assunto dal GDPR che prevede una serie di strumenti come l'anonimizzazione e la portabilità dei dati, ma anche il diritto alla rettifica ed all'oblio, diretti a rafforzare il controllo del singolo sui propri dati al fine di evitare una 'appropriazione' degli stessi da parte delle piattaforme. L'*empowerment* privatistico viene, poi, incrementato con i provvedimenti che aumentano il livello di trasparenza richiesto dalle transazioni concluse sui mercati online⁶⁹

a vantaggio degli operatori. Sul punto cfr. Di Porto (2011, p. 975 ss.).

⁶⁷ Gli studi di economia comportamentale, infatti, evidenziano l'irrazionalità dei consumatori le cui scelte sono, spesso, frutto di percezioni inesatte o di errori cognitivi ricorrenti. Così Rangone (2012, p. 7 ss.). In argomento cfr., altresì, Di Porto (2012).

⁶⁸ Evidenzia Zoppini (2021, p. 321) come "il paradigma economico *standard* prevede che gli individui nei rispettivi processi decisionali si comportino come se tutte le informazioni fossero elaborate secondo la teoria delle probabilità (razionalità delle percezioni), le preferenze fossero stabili e precise (razionalità delle preferenze) e il processo cognitivo consistesse nella massimizzazione delle preferenze stesse (razionalità del processo). In realtà, dinanzi ai dati informativi, gli individui sono spesso soggetti ad errori cognitivi. L'ipotesi della razionalità delle percezioni si scontra con la tendenza dei soggetti a elaborare informazioni ricorrendo a procedimenti euristici capaci di generare errori sistematici rilevanti". Ma anche la razionalità delle preferenze e la razionalità del processo sono condizionate dall'informazione pubblicitaria e dalla profilazione dell'utente che orienterà le sue preferenze nella direzione dei messaggi ricevuti (e fondati sui dati che l'utente stesso aveva inserito nella piattaforma online e che hanno consentito ai gestori di essa di individuare i suoi interessi) e si convincerà della bontà delle sue scelte di acquisto senza andare alla ricerca di alternative.

⁶⁹ Si pensi alla nuova direttiva n. 2161/2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una

e tutelano il consumatore rispetto ai contratti di fornitura di contenuti digitali o di servizi digitali che hanno come controprestazione patrimoniale non un corrispettivo in denaro ma la cessione dei dati personali degli utenti. Si tratta di strumenti che mirano ad accrescere la consapevolezza dei consumatori circa i rischi sottesi all'impiego della nuova tecnologia, ma che non tengono conto della limitata capacità di scelta del consumatore dovuta all'estensione dell'uso di 'consumatori algoritmici' (come gli assistenti digitali) che predeterminano ed influenzano la scelta di beni o servizi da parte degli utenti, senza esplicitare i criteri in base ai quali effettuano le loro scelte (vedi AMMANNATI, 2020, p. 685).

Una terza osservazione attiene all'uso del "quadro *data protection*" per limitare l'abuso di posizione dominante dei gestori di piattaforme di social network, considerando che la creazione di un valore economico dai trattamenti di dati personali e, in particolare, dalla combinazione di dati tra diverse sorgenti, interne ed esterne alla piattaforma, può "creare un disequilibrio nelle dinamiche competitive del mercato" (così D'ACQUISTO; PIZZETTI, 2019, p. 97)⁷⁰.

Abbiamo visto come, tanto nella decisione del BKartA tedesco del 2019 che nelle successive pronunce della Corte di Giustizia UE, l'utilizzo della disciplina del GDPR e, quindi, la necessità di ottenere un consenso libero e consapevole dell'interessato per poter trattare

modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. Questa normativa estende le regole di protezione del consumatore ai mercati digitali con particolare riguardo alle relazioni tra piattaforme e utenti finali: dal diritto ad un' informativa precontrattuale in caso di servizi *for free* alla necessaria trasparenza sulla identità della parte con cui il consumatore stipula il contratto come sui parametri che determinano il posizionamento delle offerte a seguito di una ricerca.

⁷⁰ Gli Autori evidenziano l'esistenza di un *trade off* tra l'*empowerment* della persona ed il potere di mercato dei gestori di piattaforme social. Difatti, si dice, "meno il titolare sa a proposito della persona, minore sarà il suo potere di mercato". Nel caso deciso dal BKartA tedesco "l'abuso di posizione dominante di Facebook è infatti contrastato riducendo la possibilità che questa ha di combinare fonti diverse e dunque conoscere più approfonditamente i propri utenti, e rimettendo la combinazione di dati alla libera scelta di questi ultimi". Che i dati costituiscano non solo una risorsa economica ma anche "di potere" e che sul loro dominio "si costruiscono oligopoli alterando la leale competizione per il mercato", lo rileva anche Stanzione (2023, p. 159 ss.).

i suoi dati personali, impedisce alle piattaforme social, in assenza del consenso medesimo, di potersi giovare del vantaggio economico rappresentato dalla combinazione dei dati ivi presenti con quelli provenienti da sorgenti esterne, con conseguente possibilità che il valore economico così generato venga redistribuito tra i competitors che potrebbero aspirare a quote di mercato prima inaccessibili. L'obiettivo è quello di garantire una maggiore equità nell'accesso al mercato da parte di tutti gli operatori economici, scardinando situazioni di abuso di posizione dominante che possono derivare non soltanto dalla quantità dei dati raccolti ed utilizzati dalle piattaforme ma anche dalla qualità di essi. Difatti, la varietà dell'osservazione può consentire la previsione di un contesto digitale nuovo in cui gli utenti potranno trovarsi e il gestore della piattaforma che riuscirà a fare tale previsione per primo potrà anticiparne le necessità (grazie all'attività di profilazione) ed acquisire vantaggi competitivi ai danni degli altri concorrenti⁷¹. Non sono mancate critiche – anche da parte di avveduta dottrina – circa l'improprio impiego del diritto della concorrenza per risolvere “problemi” di privacy (si vedano, in particolare, PARDOLESI; VAN DER BERGH; WEBER, 2020, p. 512 ss.; MANZINI, 2023, p. 196 ss., nonché OLIVIERI, 2021, 359 ss.).

Tuttavia, se appare “forzato” ritenere che un illecito privacy, compiuto al di fuori della sfera della concorrenza, inneschi una violazione del diritto antitrust qualora sia praticato da un'impresa dominante (in mancanza, ad es. di monopolisti che riducono la qualità dei servizi digitali o di concorrenti esclusi a causa dell'effetto

⁷¹ Oltre alla previsione di un nuovo contesto D'Acquisto e Pizzetti (2019, p. 103 s.) evidenziano altri potenziali abusi ai danni degli utenti delle piattaforme social. Ad esempio è possibile che la previsione sia sbagliata e che la decisione che ne consegue sia penalizzante e discriminatoria e ciò non soltanto per colpa dell'autore dell'algoritmo impiegato per fare le previsioni ma anche per il semplice fatto di appartenere ad una minoranza che non si comporta come la maggioranza. Ma anche laddove la previsione sul comportamento futuro di una persona di cui non si conoscono abitudini e preferenze fosse azzeccata si corre il rischio che chi effettua il trattamento predittivo potrebbe sfruttare la previsione per avvantaggiarsene “ad esempio con forme di *value pricing* capaci di estrarre per intera la nostra disponibilità di spesa”.

di blocco innescato da pervasive esternalità di rete) è anche vero che, dopo gli ultimi interventi normativi europei, non può più negarsi il collegamento tra *consumer* e *data protection*⁷², né tra quest'ultima ed il diritto Antitrust. Ciò anche per effetto della previsione, nel *Digital Market Act* (DMA)⁷³, di alcune disposizioni che avallano un approccio sinergico tra GDPR e disciplina antitrust⁷⁴ al fine di sopperire alla diffusa difficoltà di applicare le disposizioni antitrust ai mercati digitali. Il DMA, in particolare, mirerebbe a prevenire gli illeciti concorrenziali in questi mercati dove l'applicazione delle norme antitrust tradizionali (come la nullità delle intese o le sanzioni dell'abuso di posizione dominante) oltre ad essere

⁷² Scrive, infatti, Pagliantini (2023, p. 2.219) che “l’interazione tra *consumer* e *data protection* conosce adesso pure l’epifania di un GDPR trasformato in *asset* della tutela consumeristica: come accade, risaputamente, con la Dir. 2020/1828, se è vero che le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori sono esercitabili anche in caso di infrazione alle discipline sulla protezione dei dati personali. Siamo dalle parti, pur se l’art. 3 della 2020/1828 è tutt’altro che perspicuo sul piano definitorio, di una traiettoria rimediabile che vede la *consumer law* azionarsi a valle di una violazione a monte del GDPR (art. 2, par. 1 ed allegato I, n. 56), il cui articolato è così trasformato in elemento di una strategia – “onnicomprensiva” – di contrasto integrata (art. 140 ter, 2.º comma, c. cons.)”.

⁷³ Ovvero il Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), in GUUE del 12.10.2022 L265.

⁷⁴ Vedi, in particolare, il par.2 dell’art. 5 DMA che vieta ai *gatekeeper* (cioè ai fornitori di almeno un servizio di piattaforma base come, ad es., quello di social network) di trattare in modo combinato i dati personali dei suoi utenti, a meno che sia stata loro presentata una scelta specifica ed essi abbiano dato un valido consenso ai sensi del GDPR. La previsione di specifici obblighi e divieti per i *gatekeeper*, come quelli contenuti negli artt. 5,6 e 7 del DMA derivano dalla constatazione (del legislatore europeo) che alcuni fattori dimensionali delle imprese operanti nei mercati digitali possono generare barriere all’entrata così significative da minacciare in modo irreparabile la competitività del sistema (cfr. SCIALDONE, 2023, p. 301). Gli obblighi elencati nel suddetto art. 5 DMA sono specificati nei considerando 36 e 37 e da una lettura complessiva di queste disposizioni è possibile desumere che l’interesse tutelato dal DMA non è tanto l’autodeterminazione informativa degli utenti/interessati (a presidio del quale sono poste le norme del GDPR) quanto quello della contendibilità dei servizi digitali, interesse che può essere pregiudicato dal comportamento scorretto del *gatekeeper*. La violazione delle norme del GDPR, in altri termini, diventa un importante indizio di una condotta sleale del *gatekeeper* e, quindi, potenzialmente lesiva anche della concorrenza. Tuttavia, per quanto detto in precedenza, la connessione privacy - antitrust non può essere letta anche al contrario nel senso che una maggiore *policy privacy* non assicura automaticamente il rispetto del diritto antitrust, anzi spesso può essere lo strumento con cui si realizzano strategie anticoncorrenziali come nell’esaminato caso *Apple ATT*.

eventuale è successiva al verificarsi dell'illecito e, pertanto, inidonea a scongiurare il persistere di condotte nocive agli interessi di consumatori e concorrenti (sul punto, cfr. MANZINI, 2021, p. 324.).

Una quarta ed ultima osservazione concerne il ruolo del consenso dell'interessato e la perdita della sua centralità⁷⁵ nell'ipotesi

⁷⁵ Sulla perdita centralità del consenso dell'interessato si è discusso molto in dottrina per la presenza di non poche ipotesi in cui la liceità del trattamento viene fondata su basi giuridiche diverse dal consenso (vedi art. 6, par. 1, lett. da *b*) ad *f*) del GDPR) o viene riconosciuta anche al trattamento che persegue finalità diverse, sebbene compatibili con quelle che hanno determinato la raccolta dei dati (vedi art. 6, par. 4, lett. da *a*) ad *e*) del GDPR). Tuttavia, sono prevalenti le disposizioni che assegnano un ruolo centrale al consenso dell'interessato nella valutazione della liceità del trattamento (vedi l'art. 9, par.2, lett. *a*) e art. 7 GDPR). Così Purpura (2022, p. 901 ss.) L'A. si interroga anche sulla natura giuridica del consenso richiesto quale base giuridica del trattamento e tra le due letture (consenso come mero atto autorizzatorio alla stregua del consenso previsto dall'art. 50 c.p. e consenso dal valore negoziale), propende per la lettura negoziale di esso con la precisazione che, data la particolare natura del bene-dato personale, il consenso al trattamento non potrà essere né traslativo, né definitivo. Più in generale, la dottrina concorda nel ritenere che, nel mercato unico digitale europeo i dati personali non costituiscono né diritti della persona *tout court*, né beni appropriabili in senso tradizionale ed è per questo che la loro tutela non può perfettamente coincidere né con il diritto di proprietà, né con i diritti della personalità, ma si tratta di una tutela flessibile che assume elementi sia del primo che dei secondi. In dottrina (PIGNATARO, 2024, p. 25) si afferma che “il diritto di accesso ai dati personali può prescindere dal consenso e comunque non conferisce mai un pieno potere di gestione. Può prescindere dal consenso, se rappresenta una delle possibili condizioni di liceità del trattamento dei dati; ne limita la gestione perché, anche in presenza di un consenso, il titolare o il responsabile del trattamento dei dati non è mai libero di gestirli a piacimento, se le finalità dichiarate rappresentano un limite intrinseco funzionale. Il regime delle responsabilità, modulato secondo il principio della *data protection by design e by default*, fa gravare su costoro l'obbligo di adottare già in fase di progettazione le tecnologie idonee a garantire la privacy e la sicurezza degli utenti (*data protection by design*) nonché l'utilizzo di tecniche per un approccio selettivo dei dati, limitato ai soli necessari per migliorare il servizio e la sicurezza del prodotto (*data protection by default*), mentre il soggetto cui i dati si riferiscono non ne perde mai la titolarità, che legittima il potere di controllo sul loro corretto trattamento”. L'esclusione di un modello proprietario e di un modello esclusivamente personalista dei dati personali si giustifica anche in considerazione della circostanza, sempre più frequente, che i Big Data prodotti dalle attività di profilazione possono essere costituiti da dati personali e da dati non personali (non sempre facilmente distinguibili dai primi) la cui disciplina, oggi contenuta nel *Data Act* (Regolamento UE n. 2023/2854), ne consente la circolazione, mediante contratto. Si dice, infatti, che “se il dato personale è oggetto di un trattamento correlato ad un'operazione economica, è elemento di un'operazione di scambio patrimoniale,...sarà inevitabilmente coinvolto nella vicenda della condivisione dei dati come disciplinata dal *Data Act*”, ferma restando l'impossibilità per questo Regolamento – e sarebbe questa l'unica limitazione individuabile nella sua disciplina rispetto alla circolazione contrattuale dei dati

di trattamenti massivi di Big Data. In questo caso, infatti, si assiste ad una perdita di controllo sul dato da parte dell'interessato dovuta ad una molteplicità di fattori.

Dinanzi al fenomeno dei big data l'utente [...] non ha a che fare con dati dotati di immediata attitudine comunicativa e pertanto egli comprende meno di quanto quei dati possano dire di sé ai professionisti del settore. Una disattenta prestazione del consenso è, allora, frequentemente incoraggiata dalla scarsa dimestichezza con i servizi della società dell'informazione o dalla naturale inaccessibilità del navigatore medio alla comprensione di meccanismi dall'elevato livello di complessità o sofisticazione o, ancora, dalla sensazione che la circolazione in forma aggregata di una vasta mole di dati riesca a maggiorare i vantaggi dei servizi offerti rispetto ai rischi di nocumento alla propria persona (PURPURA, 2022, p. 896, cui si riferiscono i virgolettati).

A ciò si aggiungono la difficoltà di revocare il consenso (prima prestato) e la depersonalizzazione del dato attraverso le tecniche di anonimizzazione⁷⁶ e pseudonomizzazione⁷⁷ che costituiscono strumenti di alterazione della capacità identificativa del dato con la conseguenza che il controllo su di esso trasla dalle mani dell'interessato a quelle dei *data players*. Da qui l'esigenza di una tutela che affianchi alla valorizzazione del consenso ed alla prospettiva di tutela esclusivamente individuale (che emerge dal GDPR) anche strumenti di *public enforcement*, come quelli previsti dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e

personali – di “costituire una base giuridica per la raccolta e la generazione di dati personali da parte del titolare dei dati” (così RICCIUTO, 2024, p. 488).

⁷⁶ Si priva definitivamente il dato personale della sua capacità identificativa, ad esempio generando distorsioni o alterazioni tali da renderlo non riconducibile all'utente e, quindi, inqualificabile per il GDPR come dato personale da tutelare.

⁷⁷ Tale tecnica permette di mantenere la corrispondenza del dato pseudonomizzato con quello originario, grazie all'utilizzo di informazioni aggiuntive che, pur modificando il dato, non escludono la sua riconducibilità all'interessato né la sua qualifica di dato personale ai sensi del GDPR, con conseguente possibilità di applicare la disciplina sulla *data protection*.

dalla disciplina della concorrenza, che mettono in gioco una tutela di tipo amministrativo, affidata all'AGCM (ai sensi dell'art. 66 codice del consumo), sicuramente più efficace laddove dispone non soltanto sanzioni pecuniarie ma anche la pubblicazione, a spese del gestore della piattaforma online che ha trattato illecitamente i dati personali degli utenti, di una dichiarazione rettificativa, ai sensi dell'art. 27, comma 8, c. cons., in cui si dà atto della scorrettezza compiuta, dichiarazione che viene pubblicata sull'home page del sito internet aziendale e sulle app aziendali, in posizione tale da consentire un'immediata visibilità agli utenti del trattamento illecito commesso⁷⁸.

Una dichiarazione di tal fatta, visibile da un pubblico illimitato di utenti, è idonea a danneggiare fortemente l'immagine della piattaforma scorretta e, probabilmente, rappresenta un deterrente maggiore anche rispetto ad ingenti sanzioni economiche. In ipotesi di danni cagionati da trattamenti massivi o per usi secondari, oltre a strumenti giuridici di tipo aquiliano o contrattuale potrebbero giovare anche regole che amplino l'*accountability*⁷⁹ del titolare del

⁷⁸ Ad esempio, nel Provvedimento n. 27432 dell'AGCM (PS 11112 – *Facebook – Condivisione dati con terzi*), l'Autorità garante ha disposto la pubblicazione da parte di Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd. della seguente dichiarazione rettificativa: “Le società Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd. Non hanno informato adeguatamente e immediatamente i consumatori, in fase di attivazione dell'account, dell'attività di raccolta, con intento commerciale, dei dati da loro forniti. In tal modo hanno indotto i consumatori a registrarsi sulla Piattaforma Facebook, enfatizzando anche la gratuità del servizio. Inoltre, hanno esercitato un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali subiscono, senza espresso e preventivo consenso, la trasmissione e l'uso da parte di Facebook e di terzi, per finalità commerciali, dei dati che li riguardano. L'indebito condizionamento deriva dalla preselezione da parte di Facebook delle opzioni sul consenso alla trasmissione dei propri dati da/a terzi, attraverso in particolare l'automatizzata attivazione della funzione “Piattaforma attiva”, unitamente alla prospezione, a seguito della disattivazione di tale Piattaforma, di rilevanti limitazioni di fruibilità del social network e dei siti web/app di terzi, più ampie e pervasive rispetto a quelle effettivamente applicate. Tali pratiche sono state valutate scorrette, ai sensi degli artt. 21, 22, 24 e 25 del Decreto Legislativo, n. 206/2005 (Codice del Consumo). L'Autorità ha disposto la pubblicazione della presente dichiarazione rettificativa ai sensi dell'art. 27, comma 8, del Codice del Consumo. (Provvedimento adottato nell'adunanza del 29 novembre 2018 e disponibile sul sito www.agcm.it)”.

⁷⁹ Principio che assume grandissimo rilievo già nel GDPR, obbligando tutti i responsabili del trattamento ad attuare misure e procedure per la protezione del dato, nonché per la dimostrazione della liceità del trattamento (vedi artt. 24 e 32).

trattamento il quale dovrebbe essere spinto a minimizzare i rischi di perdita di controllo dei dati da parte dell'utente. Si tratta di un approccio basato su strumenti preventivi di responsabilizzazione che si allinea alle scelte operate dal legislatore europeo in tutta una serie di provvedimenti (*Digital Market Act*, *Digital Services Act*⁸⁰, *AI ACT*⁸¹) volti a regolare il fenomeno dell'economia digitale. Senza contare che le disposizioni anche sanzionatorie previste nei Regolamenti sui mercati e sui servizi digitali possono essere suscettibili di applicazione diretta qualora il gestore della piattaforma online (qualificabile come *gatekeeper*) ponga in essere una pratica commerciale scorretta a danno sia degli utenti (dei cui dati traggono vantaggi economici) che delle imprese concorrenti.

RIFERIMENTI

ADDANTE, Adriana. La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali. In: **Giustizia Civile: Rivista Mensile di Giurisprudenza**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 4, 2020.

AMMANNATI, Laura. Il paradigma del consumatore nell'era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore? In: **Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia**, Roma, Ed. Fondazione Gerardo Capriglione Onlus, n. 1, 2019.

AMMANNATI, Laura. La circolazione dei dati: dal consumo alla produzione. In: **Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia**, Roma,

In dottrina ciò è stato messo bene in evidenza, tra gli altri, da Finocchiaro (2019, p. 2.778); Caterina (2019, p. 2.777), nonché da Stanzione (2022, p. 1 ss.).

⁸⁰ Si tratta del Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), consultabile su GUUE del 27.10.2022 L277.

⁸¹ Noto anche come Legge sull'IA Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

Ed. Fondazione Gerardo Capriglione Onlus, anno 2020, fascicolo 4, p. 663-685, 2020.

ANGIOLINI, Chiara. A proposito del caso *Orange Romania* deciso dalla Corte di Giustizia dell'UE: il rapporto tra contratto e consenso al trattamento dei dati personali. In: **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Università degli Studi di Padova, anno 2021, v. 44, fascicolo 1, p. 247-265, 2021.

AURICCHIO, A. (voce). Autorizzazione. In: **Enciclopedia del Diritto**. v. IV. Milano: Giuffrè, 1959.

BRAVO, Fabio. **Il “diritto” a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica**. Padova: Cedam, 2018.

BRAVO, Fabio. Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto. In: **Contratto e Impresa**, Padova, Ed. Cedam, v. 35, n. 1, p. 34-58, 2019.

BRODI, Elisa. Abitudini e preferenze di consumo: nuove forme di disclosure per la tutela del consumatore. In: **Mercato Concorrenza Regole**, Bologna, Ed. Il Mulino, n. 2, p. 393-420, 2012.

CAGGIANO, Ilaria Amelia. Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo: analisi giuridica e studi comportamentali. In: **Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale**, Bologna, Mulino, fascicolo 1, gennaio 2018.

CAMARDI, Carmela. Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali: operazioni di consumo e circolazione di dati personali. In: **Giustizia Civile: Rivista Mensile di Giurisprudenza**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 3, 2019.

CASALINI, Lucio. Dati personali all'inserzione tra diritto del consumo e tutela della privacy. In: **Rivista di Diritto del Risparmio**, Lecce, Ed. Università del Salento, n. 5, 2021.

CATERINA, Raffaele. GDPR tra novità e discontinuità: novità e continuità nel regolamento generale sulla protezione dei dati. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, anno 2019, p. 2.799-2800, 2019.

CODIGLIONE, Giorgio Giannone. I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la “consumerizzazione” della privacy. In: **Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 33, n. 2, p. 418-425, 2017.

COLANGELO, Giuseppe. *Big data*, piattaforme digitali e antitrust. In: **Mercato Concorrenza Regole**, Bologna, Ed. Il Mulino, anno 2016, v. 18, fascicolo 3, p. 425-460, 2016.

COLANGELO, Giuseppe. **The privacy/antitrust curse: insights from GDPR application in EU competition, international centre for law and economics**. Portland (Oregon, EUA): ICLE White Paper, 2023.

COLANGELO, Giuseppe; MAGGIOLINO, Mariateresa. Data protection in attention markets: protecting privacy through competition? In: **Journal of European Competition Law & Practice**, Oxford, Ed. Oxford University Press, v. 8, Issue 6, 2017.

CUFFARO, Vincenzo. A proposito del consenso. In: CUFFARO, Vincenzo; RICCIUTO, Vincenzo; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (a cura di). **Trattamento dei dati e tutela della persona**. Milano: Giuffrè, 1999.

D’ACQUISTO, Giuseppe; NALDI, Maurizio. **Big data e privacy by design**: anonimizzazione pseudonimizzazione sicurezza. Torino: Giappichelli, 2017.

D’ACQUISTO, Giuseppe; PIZZETTI, Francesco. Regolamentazione dell’economia dei dati e protezione dei dati personali. In: **Analisi Giuridica dell’Economia**, Bologna, Ed. Il mulino, anno 2019, v. 34, fascicolo 1, p. 89-108, 2019.

D’ALBERTI, Diana. Tutele “multilivello” e l’effettività dei rimedi per gli utenti online. In: **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**,

Padova, Ed. Università degli Studi di Padova / Cedam, p. 1.086-1.093, 2021.

D'AVOLA, Antonio. "More than meets the eye?": riflessioni critiche e prospettive d'indagine (sull'incrocio tra privacy e antitrust) a valle del caso Meta. In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, n. 12, 2023.

D'AVOLA, Antonio; PARDOLESI, Roberto. Protezione dei dati personali, tutela della concorrenza e del consumatore (alle prese con i "dark pattern"): parallele convergenti? In: **Il Foro Italiano**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, 2021.

DE FRANCESCHI, Alberto. Il "pagamento" mediante dati personali. In: CUFFARO, Vincenzo; D'ORAZIO, Roberto; RICCIUTO, Vincenzo (a cura di). **I dati personali nel diritto europeo**. Torino: Giappichelli, 2019.

D'IPPOLITO, Guido. Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale. In: **Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica**, Milano, Ed. Giuffrè, anno XXXV, n. 4, p. 635-674, 2020.

D'IPPOLITO, Guido. Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento di dati personali. In: CREMONA, Elia; LAVIOLA, Francesco; PAGNANELLI, Valentina (a cura di). **Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato**. Torino: Giappichelli, 2022.

D'IPPOLITO, Guido. Profilazione e pubblicità targhetizzata online: real-time bidding e behavioural advertising. In: **Quaderni della Rivista di Diritto dell'Impresa**, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

DI LANDRO, Amalia Chiara. **Big data**: rischi e tutele nel trattamento dei dati personali. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

DI LORENZO, Giovanni. La circolazione dei dati personali tra tutela della persona e ordine giuridico del mercato. In: **Federalismi.it - Rivista Telematica Registrazione al Tribunale di Roma**, Roma, Ed. Federalismi, n. 21, 2019.

DI PORTO, Fabiana. L'informazione come 'oggetto' e come 'strumento' di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio). In: **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, Ed. Giuffrè, anno 2011, fascicolo 4, p. 975-1.010, 2011.

DI PORTO, Fabiana. Protezione ed empowerment del consumatore: profili cognitivi della regolazione. In: **Amministrazione in Cammino**, Roma, Ed. Luiss Guido Carli, 2012.

FEDERICO, Marina. Rappresentanza degli interessati, diritti individuali e Group Data Protection. In: **Persona e Mercato**, Firenze, Ed. Persona e Mercato, v. 30, n. 4, p. 674-693, 2022.

FINOCCHIARO, Giusella. Consenso al trattamento e libertà. In: ORLANDO, Salvatore (a cura di). **Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personali**. Firenze: Persona e Mercato, 2024.

FINOCCHIARO, Giusella. Il principio di accountability. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, anno 2019, v. 171, fascicolo 12, p. 2.778-2.783, 2019.

GALGANO, Nadia Zorzi. Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy. In: GALGANO, Nadia Zorzi (a cura di). **Persona e mercato dei dati: riflessioni sul GDPR**. Padova: Cedam, 2019.

GALLI, Federico. La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori? In: **Contratto e Impresa**, Padova, Ed. Cedam, anno 2022, v. 38, fascicolo 2, p. 919-958, 2022.

GALLO, Paolo. Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Cedam, v. 68, n. 6, p. 1.054-1.092, 2022.

GENTILI, Aurelio. La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti delle persone. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Ed. Giuffrè, anno 2023, v. 73, fascicolo 3, p. 701-716, 2022.

IULIANI, Antonello. Note minime in tema di trattamento dei dati

personali. In: **Europa e Diritto Privato**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 1, p. 293-322, 2018.

IRTI, Claudia. **Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali**. Torino: Giappichelli, 2021.

LAVIOLA, Francesco. Il diritto all'autodeterminazione informatica tra concorrenza e data protection. In: CREMONA, Elia; LAVIOLA, Francesco; PAGNANELLI, Valentina (a cura di). **Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato**. Torino: Giappichelli, 2022.

MANZINI, Pietro. Antitrust e privacy: la strana coppia. In: **Quaderni AISDUE**, Roma, Ed. AISDUE, n. 10, p. 196-219, 15 settembre 2023.

MANZINI, Pietro. Il *digital market* specifica che “l’alternativa act decodificato. In VELLANO, Michele; MANZINI, Pietro (a cura di). **Unione Europea 2020: i dodici mesi che hanno segnato l’integrazione europea**. Milano: Cedam, 2021.

MESSINETTI, Raffaella. Circolazione dei dati personali e autonomia privata. In: **Federalismi.it - Rivista Telematica Registrazione al Tribunale di Roma**, Roma, Ed. Federalismi, n. 3, 2019.

MESSINETTI, David. Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali, In: **Rivista Critica del Diritto Privato**, Bologna, Mulino, p. 339ss., 1998.

MIDIRI, Mario. Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant. In: **Federalismi.it - Rivista Telematica Registrazione al Tribunale di Roma**, Roma, Ed. Federalismi, del 13 maggio 2020.

OLIVIERI, Gustavo. Sulle “relazioni pericolose” fra antitrust e privacy nei mercati digitali. In: **Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale**, Roma, Ed. Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto Commerciale, v. 6, n. 4, p. 359-374, 2021.

OPPO, Giorgio. “Trattamento” dei dati personali e consenso dell’interessato. In: OPPO, Giorgio. **Scritti giuridici: principi e problemi del diritto privato**. v. VI. Padova: Cedam, 2000.

ORLANDO, Salvatore. Il coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il GDPR: l'interessato consumatore. In: **Persona e Mercato**, Firenze, Ed. Persona e Mercato, n. 2, 2023.

PAGLIANTINI, Stefano. L'interferenza ascosa tra GDPR e diritto dei consumatori: appunti per una tassonomia. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, anno 2023, v. 175, fascicolo 10, p. 2.212 ss., 2023.

PALMIERI, Alessandro. L'ambito della tutela collettiva contro gli atti pregiudizievoli per la protezione dei dati personali (nota a CGUE 28/4/2022). In: **ForoNews**, Roma, Ed. Il Foro Italiano, 4 maggio 2022.

PARDOLESI, Roberto; VAN DER BERGH, Roger; WEBER, Franciska. Facebook e i peccati da "Konditionenmissbrauch". In: **Mercato Concorrenza Regole**, Bologna, Ed. Il Mulino, n. 3, p. 507-537, 2020.

PARENZO, Beniamino. Dati personali come "moneta": note a margine della sentenza TAR Lazio n. 260/2020. In: **Jus Civile**, Torino, Ed. Giappichelli, n. 5, 2020.

PATTI, Salvatore. Commento all'art. 23. In: BIANCA, Cesare Massimo; BUSNELLI, Francesco Donato (a cura di). **La protezione dei dati personali**: commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice della privacy"). Padova: Cedam, 2007. p. 541-557.

PIGNATARO, Gisella. Circolazione dei dati tra modelli proprietari e contrattuali. In: **Media-Laws – Rivista di Diritto dei Media**, Milano, [S. n.], anno 2024, fascicolo 2, p. 18-61, 2024.

PINELLI, Arnaldo Morace. La circolazione dei dati personali tra tutela della persona, contratto e mercato. In: **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Ed. Università degli Studi di Padova, v. 6, p. 1.322-1.333, 2022.

PIRAINO, Fabrizio. Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato. In: **Le Nuove Leggi Civili Commentate**, Padova, Ed. Cedam, v. 40, n. 2, p. 369-409, 2017.

PURPURA, Alessandro. Il consenso nel mercato dei dati personali: considerazioni al tempo dei *big data*. In: **Jus Civile**, Torino, Ed. Giappichelli, n. 4, 2022.

QUARTA, Alessandra. **Mercati senza scambi**: le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

RANGONE, Nicoletta. Errori cognitivi e scelte di regolazione. In: **Analisi Giuridica dell'Economia**, Bologna, Ed. Il mulino, anno 2012, fascicolo 1, p. 7-18, 2012.

RESTA, Giorgio. **Autonomia privata e diritti della personalità**. Napoli: Jovene, 2005.

RESTA, Giorgio. L'appropriazione dell'immateriale: quali limiti? In: **Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 30, p. 189-216, 2004.

RESTA, Giorgio; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 2, p. 411-440, 2018.

RICCIUTO, Vincenzo. Consenso al trattamento e contratto. In: ORLANDO, Salvatore (a cura di). **Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personali**. Firenze: Persona e Mercato, 2024.

RICCIUTO, Vincenzo. Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Cedam, v. 66, n. 3, p. 642-662, 2020.

RICCIUTO, Vincenzo. La patrimonializzazione dei dati personali: contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno. In: CUFFARO, Vincenzo; D'ORAZIO, Roberto; RICCIUTO, Vincenzo (a cura di). **I dati personali nel diritto europeo**. Torino: Giappichelli, 2019.

RICCIUTO, Vincenzo. La patrimonializzazione dei dati personali: contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno. In: **Il Diritto**

dell'Informazione e dell'Informatica, Milano, Ed. Giuffrè, a. 34, n. 4-5, p. 689-726, 2018.

RICCIUTO, Vincenzo. Economia e mercato dei dati: note a margine del c.d. data act. In: **Accademia : Rivista dell'Associazioni Civilisti Italiani**, n. 5, 2024.

RICCIUTO, Vincenzo; SOLINAS, Carla. Fornitura di servizi digitali e prestazione di dati personali: punti fermi ed ambiguità sulla corrispettività del contratto. In: **Giustizia civile.com**, Milano, Ed. Giuffrè, 2021.

RODOTÀ, Stefano. Conclusioni. In: CUFFARO, Vincenzo; RICCIUTO, Vincenzo; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **Trattamento dei dati e tutela della persona**. Milano: Giuffrè, 1998.

SCIALDONE, Marco. Il procedimento di designazione dei gatekeepe. In: BOLOGNANI, Luca; PELINO, Enrico; SCIALDONE, Marco (a cura di). **Digital service act e digital market act: definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei**. Milano: Giuffrè, 2023.

SENIGAGLIA, Roberto. La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali. In: **Contratto e Impresa**, Padova, Ed. Cedam, v. 36, n. 2, p. 760-783, 2020.

SIMITIS, Spiros. Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy. In: **Rivista Critica del Diritto Privato**, Bologna, Mulino, Anno XVI, n. 4, 1997.

SOLINAS, Carla. Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, anno 2021, v. 173, fascicolo 2, p. 321-333, 2021.

STANZIONE, Maria Gabriela. La protezione dei dati personali tra “consumerizzazione” della privacy e principio di accountability. In: **Comparazione e Diritto Civile**, Napoli, Edizioni scientifiche italiane anno 2022, v. 4, fascicolo 1, p. 1-38, 2022.

STANZIONE, Pasquale. Conclusioni. La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato. In: PINELLI, Arnaldo Morace (a cura di). **La circolazione dei dati personali**: persona, contratto e mercato. Pisa: Pacini, 2023. p. 159-166.

TARASCO, Antonio Leo; GIACCAGLIA, Michel. Facebook è gratis? “Mercato” dei dati personali e giudice amministrativo. In: **Il Diritto dell’Economia**, Modena, [S. n.], anno 66, n. 102, 2, p. 265-303, 2020.

THOBANI, Shaira. **Diritti della personalità e contratto**: dalle fattispecie personali al trattamento in massa dei dati personali. Milano: Ledizioni, 2018.

THOBANI, Shaira. Il mercato dei dati personali: tra tutela dell’interessato e tutela dell’utente. In: **Media-Laws – Rivista di Diritto dei Media**, Milano, [S. n.], n. 3, p. 131-147, 2019a.

THOBANI, Shaira. La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità. In: **Europa e Diritto Privato**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 2, 2016.

THOBANI, Shaira. Operazioni di tying e libertà del consenso. In: **Giurisprudenza Italiana**, Torino, Ed. Utet, n. 3, 2019b.

VERSACI, Giuseppe. **La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiana, 2020.

ZOPPINI, Andrea. Contratto ed economia comportamentale. In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **Il capitalismo della sorveglianza**: il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri. Traduttore: Paolo Bassotti. Sec. ed. Roma: Luiss, 2023.

Recebido em: 2-5-2025

Aprovado em: 28-7-2025

