

Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología

NÚMERO 2 // 2023



ISSN: 2990-0697



Cuadernos Cuadernos de Res Publica en derecho y criminología es una publicación científica destinada a un público interesado en las cuestiones propias de la reflexión académica, el trabajo crítico y la investigación jurídica y criminológica con una periodicidad semestral, que difunde trabajos científicos relacionados con el derecho público y las ciencias criminológicas, aceptando originales sobre cualquiera de sus ámbitos, suscitando la reflexión mediante el análisis jurídico y criminológico más actual.

Como seña de identidad, Cuadernos de res publica en derecho y criminología propone a sus posibles autores que estudien la realidad jurídica centrandose su atención en los elementos abstractos que trascienden de las realidades sociales, considerando los hechos sociales que preocupan a la sociedad como; los delitos e infracciones, sus autores y las víctimas, la respuesta de los mecanismos de control social formal e informal ante estos, y la acción de la justicia, para obtener resultados efectivos, que puedan orientar la toma de decisiones a partir de los estudios e investigaciones académicas que se aproximen.

Cuadernos de Res Publica en derecho y criminología está dirigida a difundir, visibilizar y transferir resultados de investigación desarrollados por investigadores, docentes y profesionales que posean interés en el área de las disciplinas del derecho público y la ciencia criminológica nacionales e internacionales, en pro de la discusión y debate sobre problemas que preocupan a la sociedad

Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Resumen en español: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>





Dirección de la Revista:

Juan José Delgado Morán
Avda. De Utrera, Km 1
Edificio 14, planta 4º despacho 44.
Universidad Pablo De Olavide
respublica@upo.es

Asistentes al Comité Editorial de la Revista:

Elena Boza Moreno. Centro Universitario San Isidoro
Marta Rodríguez Ramos. Universidad Pablo de Olavide
Rosmari Moreno Acevedo. Universidad Pablo de Olavide.

Comité Editorial de la Revista:

Luis Miguel Arroyo Yanes. Universidad Pablo de Olavide
Ángel Belzunegui Eraso. Centro de Estudios sobre Conflictos Sociales.
Carlos María López Espaldafor. Universidad de Jaén
Luigi Martino. Universidad de Florencia (Italia)
Pedro Manuel Herrera Molina. Universidad Nacional de Educación a Distancia
Andrea de Guttry. Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa,(Italia)
Gustavo Díaz Matey. Universidad Complutense de Madrid
María Viviana Caruso Fontán. Universidad Pablo de Olavide
Camilla Pagani. Istituto di scienze e Tecnologie della Cognizione, (Roma)

Comité Científico Nacional de la Revista:

Juana del-Carpio-Delgado. Universidad Pablo de Olavide
Raquel Guillén Catalán. Universidad de Valencia
Carmen López Peregrín. Universidad Pablo de Olavide
Tania García Sedano. Universidad Carlos III
Juan Carlos Rodríguez Fernández. Universidad del Atlántico Medio.
Pastora García Álvarez. Universidad Pablo de Olavide
Juan Carlos Vegas Aguilar. Universidad Católica de Valencia
Valle Sierra López. Universidad Pablo de Olavide
Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Ana María Ruiz-Ruano García. Universidad de Granada
María Mut Bosque. Universidad Internacional de Cataluña
Eduardo Juárez Valero. Universidad Carlos III
Susana San Cristóbal Reales. Universidad Internacional Isabel I de Castilla.
Guillermo Calleja Leal. Comisión Española de Historia Militar (CEHISMI)
Jorge López Puga. Universidad de Granada
Salvador Cutiño Raya. Universidad Pablo de Olavide
Manuel José García Rodríguez. Universidad Pablo de Olavide

Comité Científico Internacional de la Revista:

Jesús Martín Ramírez. Presidente de CICA & presidente del Spanish Pugwash Movement
Lester Cabrera Toledo. FLACSO (Ecuador)
Andrea de Guttry. Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa,(Italia)
Julio César Tapia Cárdenas. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (Perú)
Camilla Pagani. Istituto di scienze e Tecnologie della Cognizione, (Roma)
Juan Martín López Calva. Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (México)
Marcela Rodríguez Mejía. Universidad del Externado (Colombia)
Fulgencio Samudio Ozuna. Universidad Autónoma de San Sebastián (Paraguay)
Martha Leticia Gaeta González. Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (México)
José Manuel Saiz Álvarez. TEC de Monterrey (México)
Pedro Díaz Polanco. Universidad Austral (Chile)

Índice

<i>Delitos contra la libertad sexual: hacia una armonización europea</i>	9
Elena Boza Moreno	
<i>La gestación por sustitución en el punto de mira de la bioética.....</i>	17
Sara Yebra Delgado, José Ramón Garmendia Leiza, María Inmaculada Vizcaíno López, Laura Valiente Gómez y Guillermo González Antón	
<i>La violencia y la sexualidad: aproximación a un fenómeno histórico.....</i>	33
Reinaldo Batista Cordova	
<i>Conductas de riesgo y programas de prevención en adolescentes institucionalizados</i>	42
Juan Carlos Fernández Rodríguez, Neidy Zenaida Domínguez Pineda, Fernando Miralles Muñoz y Lenny Liz	
<i>Implicaciones psicosociales del riesgo de victimización de las mujeres migrantes marroquíes en España</i>	57
Víctor Rodríguez González	
<i>Contexto de las políticas de seguridad ciudadana.....</i>	69
José María Luque Juárez, Claudio Augusto Payá Santos y Francisco Arenas Morales	
<i>La seguridad privada en España y su evolución en materia legislativa</i>	83
José Ángel Pastor Sánchez	
<i>El derecho al debido proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz. Garantías de los comparecientes uniformados.....</i>	98
Sandra Liliana Martínez Galindo y Elmers Freddy Velandia Pardo	
<i>El metaverso como forma de trabajo. Riesgos, y oportunidades.....</i>	112
Miriam Judit Gómez Romero	
<i>Unión Europea y medio ambiente: la construcción de un valor jurídico</i>	122
Julio César Muñiz Pérez	

Presentación del número 2/2023



Presentación del número 2, 2023

Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología está dirigida a difundir, visibilizar y transferir resultados de investigación en las disciplinas del derecho público y la ciencia criminológica, nacionales e internacionales, en pro de la discusión y debate sobre problemas que preocupan a la sociedad, en búsqueda de un espacio colectivo, en que se engarzan cuestiones que involucran el conocimiento y desarrollo del Derecho público y la Criminología.

Esta segunda entrega reúne 10 trabajos académicos diversos, con temáticas de tanto prácticas como dogmáticas que obedecen a un llamamiento libre, pudiéndose atender con ello el interés público de distintos sectores del conocimiento, objeto primigenio de esta publicación, generando un espacio para las perspectivas críticas en la que el lector pueda encontrar opiniones construidas sobre cuestiones que involucran el conocimiento y desarrollo del Derecho Público y la Criminología.

El primer trabajo de este segundo número realizado por la investigadora Elena Boza tiene por título “Delitos contra la libertad sexual: hacia una armonización europea”, pretendiendo su autora poner de manifiesto, la incidencia de la normativa comunitaria en la tutela penal de la libertad y la indemnidad sexual, constatando una armonización penal en el ámbito de la Unión Europea.

El segundo artículo ha sido confeccionado por distintos Médicos/as Especialistas en Medicina Familiar y Comunitaria, pertenecientes al Grupo de Trabajo de Bioética de la Sociedad Castellano-leonesa de Medicina Familiar y Comunitaria (SocalemFYC). Este trabajo pone en el punto de mira de la bioética, la gestación por sustitución, un tema controvertido que puede abordarse desde distintas ciencias del saber, proporcionando este trabajo firmado como primera autora por la doctora Sara Yebra, un análisis con mirada bioética a los hechos y valores que subyacen bajo esta práctica, como la comercialización, los vínculos madre-feto, el interés superior de los/las menores así como una mirada con perspectiva de género.

El tercer aporte a este número lo firma el investigador Reinaldo Batista Cordova, examinando cómo la violencia y la sexualidad son fenómenos distintos que se interrelacionan en la existencia individual y social de la humanidad en una marcada naturalización de la violencia sexual derivada de las limitaciones políticas y culturales de cada sociedad.

El cuarto artículo de este segundo número tiene por título “Conductas de riesgo y programas de prevención en adolescentes institucionalizados”, firmado por tres psicólogos, como primer autor Juan Carlos Fernández. Este trabajo abunda en los factores de riesgo de cara a conocer la presencia de conductas problemáticas,

incluida la violencia, en los residentes menores de edad en acogimiento residencial, evidenciando altas tasas de conductas problemáticas entre los menores residentes de los hogares de acogida.

El quinto trabajo confeccionado titulado “Implicaciones psicosociales del riesgo de victimización de las mujeres migrantes marroquíes en España”, nos muestra el caso de las mujeres inmigrantes, y el proceso de victimización, en donde la presencia de factores de riesgo aumenta la probabilidad de ser víctima de un delito, que las hacen ser más vulnerables a ser victimizadas. Este trabajo propone una reflexión analítica sobre el conflicto migratorio España-Marruecos en 2021.

El sexto trabajo abunda en las políticas públicas en seguridad ciudadana demostrándonos como a lo largo de los últimos años se han adoptado diferentes modelos para mejorar la seguridad ciudadana, donde sus autores, a la cabeza el investigador José María Luque, enfatiza como la política de seguridad ciudadana es una política pública sectorial en la que se integran diferentes elementos que inciden en la misma, entre ellos la organización de la administración de justicia, el modelo policial, las prisiones y otros que tienen influencia en el clima de inseguridad que afecta a los ciudadanos, como el urbanismo o la exclusión social.

El séptimo aporte a este segundo número versa sobre la evolución de la normativa en seguridad privada en España, y esta confeccionado por el experto en Seguridad José Ángel Pastor. Su trabajo observa el origen y evolución de la seguridad privada, desde las primeras figuras surgidas en una época de notoria inseguridad para cubrir ciertas necesidades donde el Estado no alcanzaba hasta nuestros días, así como la legislación reguladora de sus competencias que necesariamente ha ido derivando de la misma.

El octavo artículo tiene por título “El derecho al debido proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz. Garantías de los comparecientes uniformados”, y ha sido realizado por los investigadores Sandra Liliana Martínez y Elmers Freddy Velandia, donde examinan las disposiciones legales que validan o no el debido proceso de los uniformados para operar en consonancia con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición en Colombia.

El noveno trabajo analiza los aspectos jurídicos susceptibles a encontrarnos a partir de la llegada de las nuevas formas de trabajo en la era digital y en concreto con la llegada del Metaverso, incidiendo su autora en las cuestiones legales a tener en cuenta frente a estos fenómenos como pueden ser: el lugar desde el que se prestan los servicios, la modalidad del contrato de trabajo, la aplicación de la legislación referente a la prevención de riesgos laborales, el surgimiento de nuevas brechas o el papel del derecho laboral sancionador entre otros.

El décimo y último aporte de este segundo número de la revista realizado por el investigador Julio César Muñiz, maneja la transversalidad de la política ambiental como perspectiva en las políticas emanadas de la Unión Europea, de tal forma que la configuración del medio ambiente como valor jurídico de la Unión va de la mano de la internacionalización general, como fenómeno histórico del movimiento ecologista.

Juan José Delgado Morán
Universidad Pablo de Olavide

ARTÍCULOS





Delitos contra la libertad sexual: hacia una armonización europea

Offences against sexual freedom: towards European harmonisation

Elena Boza Moreno

Universidad Pablo de Olavide
ebozmor@upo.es
ORCID 0000-0003-0133-6801

Resumen

Con este trabajo pretendo poner de manifiesto la incidencia de la normativa comunitaria en la tutela penal de la libertad y la indemnidad sexual, puesto que además de la existencia de bienes jurídicos comunitarios supraestatales que permiten constatar una armonización penal en el ámbito de la Unión Europea, que resulta indiscutible, también es preciso garantizar bienes jurídicos ya tutelados por los Estados miembros que de alguna forma afectan a la consecución de los objetivos comunitarios.

Palabras clave: Armonización, Libertad sexual, Derecho Comunitario, Prostitución.

Abstract

With this work i intend to highlight the incidence of community regulations in the criminal protection of freedom and sexual compensation, since in addition to the existence of supra-state community legal rights that allow us to verify criminal harmonization in the field of the European Union, which is indisputable, it is also necessary to guarantee legal assets already protected by the member states that in some way arise from the achievement of community objectives.

Key words: Harmonization; Sexual freedom; Community Law; Prostitution.

1 Introducción

Como es sabido, la técnica de la armonización consiste en imponer a los estados miembros la obligación de que protejan de manera homogénea, y en su caso con sanciones penales, determinados intereses. Este proceso, en principio, puede desarrollarse mediante directivas o reglamentos. Cuando se recurre a normas que autorizan la armonización con carácter general se utilizan directivas, en tanto que si la armonización se fundamenta en normas de autorización particular se acude a los reglamentos.

Los Estados, asumiendo el enunciado general de la directiva o del reglamento, se obligan a legislar, tipificando y penalizando, en su caso, las infracciones a los intereses comunitarios que pretenden salvaguardarse con esos instrumentos de Derecho derivado. Ahora bien, cuando el instrumento a utilizar –no ya a efectos de asimilación– es el reglamento, su naturaleza jurídica habrá de equipararse a la de una directiva, no pudiendo gozar de efecto directo y siendo necesaria una intervención del legislador estatal .

A pesar de que la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE es cada vez más exigente con los Estados miembros en orden a garantizar de la forma más eficaz posible los intereses comunitarios –incluso recurriendo a la intervención penal–, las instituciones comunitarias siguen siendo bastante cautas en su intervención, dejando que sean los Estados quienes elijan las sanciones a aplicar .

Por otra parte, y para evitar la ausencia de uniformidad en la tutela que se prevea –ya mediante nuevos preceptos, ya con la aplicación de preceptos previstos para garantizar intereses internos–, las instituciones comunitarias vienen optando por utilizar el Derecho derivado y, más concretamente, las directivas, para armonizar los sistemas penales internos de todos los Estados en la protección de los intereses comunitarios.

2 Efectos de la normativa comunitaria en la tutela penal de la libertad y la indemnidad sexual

En el ámbito de la delincuencia sexual, se toman como directrices la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la explotación sexual de los niños y, en lo que aquí interesa, tanto la Acción común de 29 de noviembre de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establece un programa de estímulo e intercambio destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (DO L 322, de 12 de diciembre de 1996), como la Acción Común de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños (DO L 603, de 4 de marzo de 1997).

Ya en el artículo 83 ap. 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se reconocen como algunos de los ámbitos delictivos sobre los que recae la necesidad de combatirlos según criterios comunes, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños. En este se establece las medidas que deben adoptarse a escala nacional obligando a los Estados miembros a revisar su legislación y sus prácticas para garantizar que las conductas indicadas tengan la consideración de infracción penal y se castiguen con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias.

La regulación comunitaria de estos delitos se centra además en la Cooperación entre Estados miembros, refiriéndose a las medidas de cooperación judicial entre aquéllos, especialmente a la rapidez en la tramitación de comisiones rogatorias y al intercambio de información sobre menores desaparecidos.

Así como, en el Compromiso y actuación consecutiva, lo que establece la obligación de los Estados miembros de someter a la

consideración de sus servicios competentes las propuestas pertinentes para aplicar la presente acción común con miras a la adopción de las mismas.

No es por ello casual que varios de los delitos recogidos en la Ley se conciban como “de categoría internacional” y se haya modificado la Ley Orgánica del Poder Judicial, de forma que la jurisdicción española sea competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse según la ley penal española como delitos relativos a la prostitución o corrupción de menores o personas con discapacidad necesitadas de una especial protección. No son estas dos Acciones, quizás los más importantes, de cuantos se han ido proponiendo por los diferentes órganos de la Unión Europea sobre trata de personas y explotación de la prostitución abuso sexual de menores, turismo sexual, medidas contra la pederastia, pornografía infantil, etc. Otra cuestión es cómo de satisfactoriamente se han venido recogiendo las diversas propuestas en la legislación española¹.

Por señalar alguno de los principales instrumentos comunitarios, pueden referirse, la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1996 sobre la trata de personas (DO C 88, de 5 de febrero de 1996), la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de septiembre de 1996 sobre los menores víctimas de violencia (DO C 190, de 28 de octubre de 1996), la Comunicación de la Comisión de 20 de noviembre de 1996 sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual (COM 567, de 20 de noviembre de 1996), la Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta a niños (COM 547, de 7 de enero de 1997), la Resolución del

Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 1996 sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea (DO C 170, de 20 de enero de 1997), la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 1997 sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres (DO C 55, de 6 de octubre de 1997), la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de noviembre de 1997 sobre la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra el turismo sexual que afecta a niños y el Memorándum relativo a la contribución de la Unión Europea a la intensificación de la lucha contra los abusos y la explotación sexual de que son víctimas los niños (DO C 37, de 24 de noviembre de 1997), la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de noviembre de 1997 relativa a la protección y derechos del niño (DO C 210, de 8 de diciembre de 1997), la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 16 de diciembre de 1997 sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual (DO C 39, de 19 de enero de 1998), la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 9 de diciembre de 1998 sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres, la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de enero de 1999 sobre protección de la familia y del niño (DO C 79, de 7 de mayo de 1999), y la Comunicación de la Comisión de 26 de mayo de 1999 sobre la aplicación de las medidas de lucha contra el turismo sexual que afecta a niños (COM 487, de 26 de mayo de 1999)².

Ahora bien, en el Código penal español, el Título VIII, Capítulo IV, dedicado a los delitos de exhibicionismo y provocación y el Capítulo V, dedicado a los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, se hacen presentes

¹ Sobre la Acción común de 24 de febrero de 1997, véase, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “[Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española](#)”, *Revista Penal*, nº 2, 1998, pp. 17-22.

² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, *Delitos contra la libertad sexual*, pp. 325 a 361, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

las recomendaciones europeas, asumidas en buena medida por el legislador español³.

Así por ejemplo el art. 186 sanciona la difusión de material pornográfico entre menores; el art. 187 la determinación a la prostitución de mayores, el art. 188 la promoción de la prostitución de menores, o el art. 189 sanciona la utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos.

Como apuntaba al comienzo, las medidas que desde el ámbito europeo son exigidas para los estados miembro, en materia de libertad sexual, van dirigidas a combatir la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños⁴.

2.1 Trata de Seres Humanos

Con respecto a la trata de seres humanos se considera como uno de los delitos más graves a escala mundial, ya que constituye una violación seria de los derechos humanos y las libertades reconocidos y protegidos por diferentes documentos a nivel nacional, europeo e internacional.

La comunidad internacional demostró su voluntad de abordar este tipo de delitos con el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos y con la Convención de Naciones Unidas de Palermo, y los dos Protocolos que complementan esta última: El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

En el contexto de delitos contra la libertad sexual, no cabe duda de que la trata de personas juega un papel protagonista como mecanismo para vulnerar la libertad sexual. Si bien las distintas conductas englobadas en el tipo de la trata de personas, como son “la

captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de una persona, haciendo uso de la amenaza, de la fuerza u otras formas de coacción, del raptó, del fraude, del engaño, del abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o de la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”, pueden estar enfocadas a distintos fines de explotación, la que aquí nos interesa es la explotación sexual, es decir, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual.

Se considera que la trata de seres humanos es uno de los retos más importantes para la consecución de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia en el marco de la Unión.

Está claro, que la trata de seres humanos es uno de los ámbitos delictivos característicos, en el que la actuación a escala nacional no puede llegar a ser suficiente. Se demuestra por las cifras y por el mismo concepto del delito que la cooperación estrecha entre los Estados miembros y la armonización de las legislaciones de los Estados para el afrontamiento de esta materia es necesaria y la actuación a escala europea primordial para poder conseguir una lucha eficaz⁵.

2.2 Explotación sexual de mujeres y niños

En lo que se refiere a la explotación sexual de mujeres, la Unión sigue evitando cualquier tipo de actuación al respecto. La Unión no dispone de cualquier tipo de acto dedicado a la explotación sexual de mujeres y la prostitución. Como consecuencia, en el marco de la Unión Europea la regulación de la explotación sexual de mujeres se realiza y sólo, a través de la legislación sobre la trata de

³ CUERDA RIEZU, A/RUIZ COLOMÉ, M.Á: “La aplicación en España del Derecho comunitario y el Derecho penal español: algunas reflexiones (Comentario a la STS (Sala 2ª) de 21 de diciembre de 1988)”, *La Ley*, 1989-2, pp. 349 a 373.

⁴ Al respecto, POELEMANS, M: “La lucha contra los fenómenos de trata y tráfico de personas en la Unión Europea”. *European Inklings (EUi)*, nº 2, 2013, p. 264.

⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C: “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 13-14, 2011, p. 50.

mujeres con fines de explotación sexual. Por consiguiente, el instrumento básico y único para la regulación de esta materia es la Directiva 2011/36/UE.

Es decir, en este sentido, a nivel de la Unión, la materia se regula, sólo si la explotación sexual de mujeres, cumple el resto de los elementos subjetivos y objetivos de los delitos relacionados con la trata, previstas en dicha Directiva.

Ante esta situación cabría preguntarse él porque sucede de este modo. En cierto modo, la explotación sexual de mujeres, lleva un vínculo importante con la prostitución. Sin embargo, la actitud de los Estados miembros hacía la prostitución, podría darnos una idea de la causa por la cual se observa una falta de actuación a nivel europea en cuanto a esta materia.

En el territorio de la Unión Europea hay diferentes enfoques sobre la prostitución. Principalmente un enfoque abolicionista (la prostitución es una forma de esclavitud que hay que erradicar), y un enfoque legalizador (la prostitución impulsa la igualdad de género, fomentando el derecho de la mujer a controlar su cuerpo y qué desea hacer con ello)⁶.

Como se puede observar, en el territorio de la Unión hay una gama amplia de mecanismos jurídicos para hacer frente a esta materia. Resulta evidente, en este sentido, la dificultad de llegar a un acuerdo y adoptar medidas comunes a escala europea, cuando existen tantos flujos y enfoques diferentes en los ordenamientos internos de los Estados miembros en lo que se refiere a los servicios sexuales y cuando las diferencias entre los mismos son tan inmensas. Quizás, esta es la razón por la cual, la Unión Europea en la materia de explotación sexual de mujeres y de prostitución en sí ha optado por no adoptar

medidas europeas, ni fijar una posición clara al respecto.

Sin embargo, considero que tal apatía, si podemos llamarla así, por parte de la Unión provoca incoherencia y dudas sobre la materia de explotación sexual de mujeres en su territorio.

Por otro lado, en la enumeración del artículo 83 del TFUE de los ámbitos delictivos en los cuales se podrán establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones, en el marco de la Unión, la explotación sexual de mujeres va junta con la explotación sexual de niños. Sin embargo, se trata de dos materias diferentes que guardan una conexión obvia, pero difieren en varios aspectos, pues revisten características distintas.

Igualmente, la respuesta de la unión es peculiar para cada una de estas dos materias del mismo ámbito delictivo. Mientras que para la explotación sexual de menores la Unión dispone de un acto legislativo, en lo que a la explotación sexual de mujeres se refiere, sigue evitando cualquier tipo de actuación.

Llegados a este punto cabe preguntarnos cuál es el instrumento de la Unión para luchar contra este tipo de delitos, desde un enfoque común, a lo que responderíamos que la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, puede ser ese instrumento. Esta, en términos generales, unifica en toda la Unión las infracciones penales relativas a los abusos sexuales sobre menores, la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y establece sanciones mínimas al respecto, fijando al mismo tiempo normas para la protección de las víctimas y medidas de prevención⁷.

⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Políticas criminalizadoras de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados". *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 7, 2012, pp. 81-142.

⁷ Consúltese, CARNEVALI RODRÍGUEZ, R: "Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los derechos penales nacionales", *Actualidad Penal*, 1997, p. 675.

Con el fin de asegurar la armonización entre los estados miembros, en relación con esta materia, dicha directiva se encarga de definir distintos conceptos. De este modo señala el límite de edad máximo, en 18 años. Aunque, a pesar de los intentos por “armonizar” siguen quedando lagunas como, por ejemplo, la “edad del consentimiento sexual” que no se unifica en el marco de la Unión europea, sino que por el contrario sigue en la decisión de cada estado miembro.

3 La respuesta de la comunidad internacional

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional es la respuesta de la comunidad internacional a la necesidad de adoptar un enfoque auténticamente mundial sobre este fenómeno⁸. Su propósito es promover la cooperación para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada supranacional, tratando, al tiempo, de aumentar el número de Estados que adopten medidas eficaces contra ella. La Convención respeta las diferencias y especificidades de las diversas tradiciones y culturas jurídicas, promoviendo una terminología común y ayudando a eliminar algunos de los obstáculos existentes, centrándose, fundamentalmente, en los delitos que propician las actividades lucrativas de los grupos delictivos organizados.

Sus Protocolos complementarios tienen por objeto determinados tipos concretos de actividad delictiva organizada que exigen disposiciones especiales: a) El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que tiene tres finalidades básicas: prevenir y combatir la trata de personas, proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, y promover la cooperación entre los Estados Parte (artículo 2 del Protocolo).

Este texto y sus Protocolos ofrecen un marco idóneo para la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada, en general, y la trata de personas, en particular; y su aplicación por los Estados Parte elimina la mayoría de obstáculos que, hasta ahora, les habían impedido colaborar con más eficacia. Las medidas que sugiere a los Estados pueden sistematizarse del siguiente modo:

1. «Fortalecimiento de los controles fronterizos y de la cooperación entre los organismos encargados del control de las fronteras». Con arreglo al artículo 11 del Protocolo contra la trata de personas y el Protocolo contra el tráfico de migrantes, los Estados Parte reforzarán los controles fronterizos, y además de las medidas estipuladas en el artículo 27 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, deberán considerar la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo estableciendo vías de comunicación directa.
2. «Seguridad y control documental». Con arreglo al artículo 12 de ambos Protocolos, los Estados Parte deberán garantizar la integridad y seguridad de los documentos de viaje que expidan; y de acuerdo con el artículo 13, verificarán, cuando lo solicite otro Estado Parte, y “dentro de un plazo razonable”, la legitimidad y validez de los documentos que, presuntamente, hayan expedido.
3. «Sanciones a los transportistas».
4. «Medidas de extradición».
5. «Asistencia judicial recíproca».

⁸ Que V. MAYORDOMO RODRIGO califica de “primer tratado internacional contra el crimen organizado”, *El delito de*

tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas, Madrid, 2008, p. 34.

4 Conclusiones

Éstas no son las únicas puntualización que se pueden hacer, pese a que este trabajo está limitado a consideraciones de carácter sustantivo, entiendo que van a ser sin embargo las medidas de carácter procesal y policial las que faciliten la persecución de estos delitos en el ámbito de la Unión Europea, cuyos órganos no hacen sino reconocer la realidad de la criminalidad organizada en el ámbito económico y sexual para a partir de ahí favorecer que las medidas, ya tomadas por sus estados miembros, se armonicen y doten del grado de intervención necesaria para la tutela de unos intereses que la Unión hace suyos.

Por otro lado, podemos afirmar que no se ha logrado una armonización verdadera del Derecho Penal Sustantivo, en las materias mencionadas en el artículo 83 de TFUE. En lo que a los delitos contra la libertad sexual respecta, la adopción de Directivas se ha utilizado tradicionalmente para la aproximación de las legislaciones internas de los Estados miembros. Las directivas así, indican el resultado y dejan la forma y los medios a la decisión de los Estados miembros. Además, a veces incluyen disposiciones no muy claras y un tanto imprecisas, que conllevan a la heterogeneidad de las normas de los diferentes estados⁹.

Finalmente quisiera dejar sobre la mesa el debate de la posible ampliación de los tipos delictivos englobados dentro del ámbito de protección de la Unión Europea. Concretamente aquellos relativos a la libertad sexual, tales como la agresión o el abuso sexual. ¿Se puede considerar necesario adoptar alguna iniciativa orientada a la armonización de los criterios para tipificar los diferentes delitos contra la libertad sexual?

Entre estos tipos, el más grave, como es la violación o agresión sexual, se produce cuando hay falta de consentimiento en nueve Estados miembros. En otros, como en España, este delito requiere de violencia o intimidación, lo que para algunos provoca situaciones ambiguas y desprotección para algunas víctimas que ven cómo se rebajan las penas a sus agresores al no existir estos factores.

El escándalo de la sentencia de la “la manada” ha traspasado todas las fronteras, y ha llegado al parlamento europeo, la vicepresidenta de la subcomisión de derechos humanos, Beatriz Becerra opina que contraviene lo requerido por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres (Convenio de Estambul).

Dicho Convenio, es ampliamente considerado el marco jurídico más completo hasta la fecha para combatir la violencia contra las mujeres y niñas, obliga a los países firmantes a penalizar todo acto de carácter sexual realizado sin consentimiento. Sin embargo, a pesar de que el Convenio de Estambul ha sido ratificado por más de 20 Estados europeos, la mayoría de ellos no han modificado aún sus definiciones legales de violación.

Sí bien el art. 63.4 del Tratado de Lisboa deja abierta la puerta a la ampliación de una posible persecución de la lucha contra la delincuencia grave transfronteriza. En definitiva, la línea seguida por la UE, ha sido no la de elaborar un Derecho Penal supranacional, producido por el Parlamento Europeo con vigencia en todo el territorio de la UE sino la de profundizar en la armonización de ciertos tipos penales, los más trascendentes desde la perspectiva comunitaria¹⁰.

Y es aquí donde nos planteamos que conductas son trascendentes desde una

⁹ FERRÉ OLIVÉ, J. C: “Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas”, *Estudios de Derecho penal económico*, pp. 275 a 291, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994.

¹⁰ Véase, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A: “La Unión Europea y su incidencia en los Derechos penales nacionales”, *La Ley*, 1995-2, pp. 939 a 962.

perspectiva comunitaria. Para identificar un delito como “eurodelito”, (término utilizado por algunos), el criterio general es la repercusión que conlleva sus resultados en la Unión europea, si vulnera los intereses de la Unión. Como apuntaba al comienzo, lo que se pretende es velar por bienes jurídicos que afectan a la consecución de los objetivos comunitarios.

La unificación de conductas delictivas concretas de especial gravedad que afectan el funcionamiento y los objetivos de la unión, significaría sin duda, un avance para la creación de un espacio de libertad y seguridad y justicia en el territorio de la Unión. Pero deberíamos preguntarnos si es suficiente para tipificar a nivel europeo sobre este tipo de conductas.

Bibliografía

- ARROYO ZAPATERO, LUIS; NIETO MARTIN, ADÁN. (2008) *Código de Derecho penal europeo e internacional*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL. (1997). Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los derechos penales nacionales, *Actualidad Penal*, 1997, p. 675.
- CUERDA RIEZU, ANTONIO; RUIZ COLOMÉ, MARÍA DE LOS ÁNGELES. (1989). “La aplicación en España del Derecho comunitario y el Derecho penal español: algunas reflexiones (Comentario a la STS (Sala 2ª) de 21 de diciembre de 1988)”, *La Ley*, 2, pp. 349 a 373.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS. (1999). “Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos”, *Delitos contra la libertad sexual*, pp. 325 a 361, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. (2000). Derecho Comunitario y derecho estatal en la tutela penal del ambiente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 2.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. (1998). Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española, *Revista Penal*, nº 2, 1998, pp. 17-22.
- FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS. (1994). Derecho penal y competencias de las comunidades europeas”, *Estudios de Derecho Penal Económico*, pp. 275 a 291, Ed. Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca.
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO. (1995). La Unión Europea y su incidencia en los derechos penales nacionales, *La Ley*, 2, pp. 939 a 962.
- MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA. (2008). *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Madrid. p. 34.
- NIETO MARTIN, ADÁN. (1995). Algunas formas de influencia del derecho comunitario sobre el derecho penal (a propósito de la sentencia del tribunal supremo de 16 de marzo de 1994, nº 666/94 sobre la sentencia de la ap de ciudad real de 29-12-92)”. *Actualidad penal*, pp. 143/53.
- POELEMANS DE LA LARA, MAITENA. (2013). La lucha contra los fenómenos de trata y tráfico de personas en la Unión Europea. *European Inklings (EUi)*, nº 2, p. 264.
- VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA. (2011). La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿cambio de rumbo de la política de la unión en materia de trata de seres humanos?, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 13-14, p. 50.
- VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA. (2012). Políticas criminalizadoras de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 7, 2012, pp. 81-142.



La gestación por sustitución en el punto de mira de la bioética¹

Surrogacy in the spotlight of bioethics

Sara Yebra Delgado

sarayede@gmail.com

ORCID 0000-0002-2755-1617

José Ramón Garmendia Leiza

jrgarmendialeiza@gmail.com

ORCID 0000-0002-9573-4263

María Inmaculada Vizcaíno López

i.vizcaino@hotmail.com

ORCID 0000-0002-3590-1082

Laura Valiente Gómez

lvalienteg@saludcastillayleon.com

ORCID 0000-0003-4855-1752

Guillermo González Antón

sexbioetica@gmail.com

ORCID 0009-0005-4307-1057

Resumen

La gestación por sustitución es la gestación convenida mediante un contrato, con o sin precio, en el que una mujer renuncia a la filiación materna del futuro hijo/a (vínculo jurídico que une a madre y nasciturus), a favor del contratante o de un tercero. A pesar de que esta práctica es nula de pleno derecho en España por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, existen distintas legislaciones internacionales que la permiten en otros países. Por este motivo, es importante realizar un análisis con mirada bioética a los hechos y valores que subyacen bajo esta práctica, como la comercialización, los vínculos madre-feto, el interés superior de los/las menores así como una mirada global con perspectiva de género y planetaria. Este análisis nos va a permitir aportar argumentos desde el punto de vista bioético contra una práctica que entraña un menoscabo de los derechos de la mujer, un daño a los intereses superiores de los/las menores y un aumento de la desigualdad a nivel planetario.

Palabras clave: Bioética, Gestación por sustitución, Perspectiva de género, Reproducción.

¹ Médicos/as Especialistas en Medicina Familiar y Comunitaria. Grupo de Trabajo de Bioética de la Sociedad Castellano-leonesa de Medicina Familiar y Comunitaria (SocalemFyc).

Cómo citar este trabajo: Yebra Delgado, Sara, Garmendia Leiza, José Ramón, Vizcaíno López, María Inmaculada, Valiente Gómez, Laura, y González Antón, Guillermo (2023). La gestación por sustitución en el punto de mira de la bioética. Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (2), 17–32. <https://doi.org/10.46661/respublica.8285>

Abstract

Surrogate gestation is gestation agreed by means of a contract, with or without a price, in which a woman renounces the maternal filiation of the future child (the legal bond that unites mother and unborn child), in favour of the contracting party or a third party. Although this practice is null and void in Spain by Law 14/2006, of 26 May, on Assisted Human Reproduction Techniques, there are different international legislations that allow it in other countries. For this reason, it is important to carry out a bioethical analysis of the facts and values underlying this practice, such as commercialisation, mother-fetus bonds, the best interests of minors, as well as a global perspective with a gender and planetary perspective. This analysis will allow us to provide arguments from a bioethical point of view against a practice that undermines women's rights, harms the best interests of children and increases inequality on a planetary level.

Key words: Bioethics, Gestational surrogacy, Gender perspective, Reproduction.

1 Introducción

La gestación por sustitución (GS) es “la gestación convenida mediante un contrato, con o sin precio, en el que una mujer renuncia a la filiación materna del futuro hijo, a favor del contratante o de un tercero. La filiación materna es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre”.²

Como ocurre habitualmente, la terminología empleada para designar el hecho del que nos ocupamos no es neutral, apareciendo eufemismos o, por el contrario, denominaciones que señalan unos u otros aspectos valorativos de la práctica: “maternidad subrogada”, “alquiler de vientres o úteros”, “gestación subrogada”, “explotación reproductiva de mujeres” son algunas de las expresiones utilizadas. Ciertamente el embarazo en sí mismo no es el objeto del contrato en la GS como parece expresarse con las denominaciones. En la GS el objeto del contrato es también la determinación de la filiación del niño a favor de los comitentes (término utilizado para la persona o personas que encargan un embarazo a una mujer) y por tanto el fin es un hijo/a y no sólo un embarazo. A pesar de esto y debido a los distintos matices que pueden aportar las denominaciones y queriendo mantener un análisis bioético lo más riguroso posible, en este artículo nos referiremos a esta práctica como gestación por sustitución, que es el término jurídico utilizado en nuestro país.

Las formas en las que se puede llevar a cabo la GS se pueden clasificar atendiendo a: 1. la finalidad con la que actúa la gestante (altruista o lucrativa); 2. la existencia o no de vínculo afectivo o familiar entre gestante y comitentes; 3. las condiciones de entrega del

bebé (posibilidad de renuncia a la entrega de la gestante); 4. el origen de la dotación genética del bebé (el óvulo puede proceder de la gestante, de la comitente o de una tercera así como el espermatozoide del comitente o de un tercero); 5. el tipo de comitentes y la causa por la que se recurre a la subrogación; 6. la localización geográfica de comitentes y gestantes; 7. el nivel de conocimiento y libertad de la gestante; 8. el tipo de relación jurídica que se establezca entre comitentes y gestante; 9. la existencia de un marco legal que garantice o no la seguridad jurídica.³

En todos los casos la práctica debe ser analizada desde un punto de vista bioético que defienda los derechos humanos. Haremos un recorrido por la situación legal de la práctica partiendo de la situación en nuestro país, teniendo en cuenta el derecho internacional, para luego hacer un análisis más detallado de los hechos y valores que subyacen bajo esta práctica desde el punto de vista de la bioética.

2 Marco legal en España

Hay dos aspectos legalmente diferenciados en la práctica de la GS. Por un lado, el contrato y procedimiento que se pone en marcha entre los comitentes y la mujer gestante. Y por el otro, la filiación que se deriva del nacimiento de la criatura, que debe establecerse de acuerdo a la legislación del país donde resida.

El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida recoge en sus tres apartados que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de

² Gobierno de España. Gestación por sustitución. Disponible en: https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/gestacion-sustitucion.html#-6067cdd97a29

³ Comité de bioética de España. 2017. Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf

los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.⁴

Esta normativa se ve refrendada en la reciente Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero⁵, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.⁶ En el artículo 32 de esta ley, se recuerda que “la gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Además, en el punto 2 se indica que “se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Por último, el artículo 32 habla de la prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución, en coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, instando a las administraciones públicas a la acción judicial que declare ilícita cualquier publicidad que

promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución.

Respecto a la filiación de la criatura nacida, la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante, tal y como recoge la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.⁷ Con la finalidad de salvaguardar los derechos de la criatura nacida y el derecho fundamental al respecto de la vida privada consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 131 de nuestro Código Civil⁸, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) emitió una resolución en el año 2010, en la que se autorizaba la inscripción en el Registro Civil español de niños fruto de esta práctica en otros países, siempre y cuando existiera sentencia o resolución judicial que acredite la filiación del menor y se hubieran cumplido los derechos de la gestante, hecho este último de difícil comprobación por las autoridades competentes.

El propio Tribunal diferencia claramente dos planos: la nulidad legalmente establecida del contrato en sí y la situación de indefensión en la que podría quedar el recién nacido si se le privara de sus derechos. Para ello, deja claro que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden

⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

<https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>

⁵ Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
<https://www.boe.es/eli/es/lo/2023/02/28/1/con>

⁶ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del

embarazo.

<https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>

⁷ Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.
<https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/14/pdfs/BOE-A-2015-7851.pdf>

⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
[https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)
Última actualización publicada el 01/03/2023

público español: la normativa aplicable para resolver la filiación es la del Estado donde el hijo tenga la residencia habitual, en nuestro caso España, no la del Estado en que haya nacido.⁹ Además, establece que el procedimiento para filiar a una criatura nacida de una gestación desarrollada por otra mujer y en otro país, es la adopción.

3 Marco legal internacional

El marco legal europeo sobre GS varía de un país a otro. Algunos países la han prohibido completamente, mientras que otros la permiten en determinadas circunstancias. A continuación, se presenta un resumen de la situación actual en algunos países europeos:¹⁰

- **Francia:** la GS es una práctica ilegal con una regulación muy estricta en todas sus modalidades (parcial o completa, altruista o comercial). El artículo 16.7 del Código Civil francés establece la nulidad de cualquier contrato de subrogación establecido entre los comitentes y la gestante. Esto implica que no puede en ningún caso servir como base para la adopción del hijo subrogado. Incluso podría ser considerado como un acto de incitación al abandono (penada con 6 meses de prisión y 7000 euros de multa). La ley de bioética de 1994 confirmó y reforzó la jurisprudencia definida en 1991 por el Tribunal de casación, la máxima instancia jurídica del país: “el acuerdo por el cual una mujer se compromete, incluso de forma gratuita, a concebir y gestar a un niño para abandonarlo al nacer contraviene tanto el principio de orden público de indisponibilidad del cuerpo humano como el de indisponibilidad del estado de las personas”.

- **Reino Unido:** la GS está permitida, pero sólo la de carácter altruista, ya que no se permite el pago por los servicios tal y como indica la Surrogacy Arrangements Act 1985.

Aunque la ley permite los acuerdos de GS, los comitentes deben tener en cuenta que la gestante será la madre legal del niño después del nacimiento. Los contratos de GS no son de obligado cumplimiento según la ley, es decir, no se consideran vinculantes. La paternidad puede ser transferida de la gestante y su pareja (si la hubiera) a los comitentes por solicitud de paternidad o por adopción.

- **Rusia:** la GS está permitida a parejas heterosexuales y mujeres solteras que no puedan llevar un embarazo a término. La Ley Federal “Sobre las bases de la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”, publicada en enero de 2012, es la normativa encargada de regular y establecer las bases de los procesos de GS que se lleven a cabo en este país.

- **Ucrania:** la GS está permitida. Los aspectos legales de la GS en Ucrania están regulados por el Artículo 123 del Código de Familia de Ucrania (modificado el 22 de diciembre de 2006). No se requiere permiso específico de ninguna institución reguladora. Todo lo que se requiere es un consentimiento por escrito de todas las partes (comitentes y gestante) que participan en el programa de GS y acuerdos relacionados, confirmando el acuerdo.

- En **Estados Unidos**, la GS es un tema legalmente complejo, ya que cada estado tiene sus propias leyes al respecto y éstas pueden cambiar con el tiempo, lo que podría afectar a acuerdos de GS existentes. A continuación, se detallan las leyes generales en materia de GS en EE.UU (Hevia, 2018).

Hay estados como California, Illinois y Oregón donde la GS está permitida, regulada y es legal. En Florida y Texas está permitida, pero sólo para parejas heterosexuales casadas o mujeres solteras. En Nevada y Arkansas, el requisito es ser residente del estado. Y en

⁹ Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil. Sentencia 277/2022 de 31 Mar 2022. Rec. 907/2021.

¹⁰ European Parliament (2021). “Study on the legal situation of surrogacy in the European Union”.

<https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html>

Kansas sólo está permitida si no hay compensación monetaria para la gestante. En otros estados, como Nueva York, Michigan y Louisiana, la GS no está permitida o está prohibida por ley.

- En **Australia**, la GS es un tema controvertido y está regulada en diferentes niveles por las leyes estatales y federales¹¹. La GS es legal en algunos estados y territorios, pero sólo está disponible para parejas heterosexuales casadas o de hecho que han sido diagnosticadas con problemas de fertilidad. En el territorio de la capital australiana, Victoria y Nueva Gales del Sur, la GS altruista está permitida por ley. En Victoria y Nueva Gales del Sur, ambas partes (la gestante y los comitentes) deben recibir asesoramiento y ser evaluados por una autoridad acreditada para la subrogación antes de poder proceder. Sin embargo, en otros estados australianos y en el territorio del norte, la GS comercial está prohibida y la única forma permitida es la GS altruista. La ley federal australiana también tiene un papel importante en la regulación de la GS. La Ley de Asistencia de Reproducción Humana de 2004 establece que una persona sólo puede ser considerada la madre legal de la criatura si ha dado a luz a la criatura, independientemente de quién haya proporcionado el óvulo o el esperma. También establece que cualquier acuerdo de GS comercial será considerado ilegal y sujeto a multas y sanciones.

El derecho internacional no ha establecido una posición clara sobre la GS debido a la complejidad y diversidad de los sistemas jurídicos de los diferentes países que la practican. El Consejo de Europa ha emitido una resolución en la que se pide a los Estados miembros que prohíban la GS comercial

debido a las implicaciones éticas y de derechos humanos que conlleva. Además, la Convención de los Derechos del Niño establece que el mejor interés del niño debería ser la consideración primordial en todas las decisiones que le afecten, lo que incluye la GS (Calvo y Carrascosa, 2015).

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) establece la dignidad humana como pilar fundamental de los derechos humanos, y por tanto, fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo¹².

4 Sobre la comercialización de la gestación

Entendemos por GS comercial la gestación por sustitución donde la mujer gestante recibe una remuneración por el embarazo, parto y rechazo de la filiación de la criatura. Como ya hemos comentado, en la GS el objeto último del contrato no es el embarazo en sí mismo sino la determinación de la filiación de la criatura a favor de los comitentes. Dentro de la remuneración pactada, cabe entender los gastos ocasionados por la propia gestación (en muchos casos, en países donde la cobertura sanitaria no es universal ni gratuita) o la cuantía del “lucro cesante” (aquellas ganancias que la mujer gestante dejará de percibir por motivo de su embarazo). Esta compensación, podría entenderse como “no lucrativa”. Por otro lado, se considera el valor propio del contrato comercial, en el que se establecería una remuneración directa por motivo del contrato comercial (el embarazo y la renuncia a la filiación de la criatura nacida por parte de la madre gestante).

Esta peculiaridad lleva a dibujar una línea divisoria mal definida y borrosa entre la GS y la compra-venta de seres humanos. De hecho

¹¹ Australian Human Rights Commission (AHRC). Submission to the Inquiry of the Senate Legal and Constitutional Affairs Committee into the regulatory and legislative aspects of international and domestic surrogacy arrangements.

<https://humanrights.gov.au/our-work/legal/submissions>

¹² Asamblea general de las naciones unidas. Declaración universal de los derechos humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

el Tribunal Supremo ha equiparado la GS al tráfico de personas y ha reiterado en varias ocasiones que supone un daño al interés superior del menor y una explotación de la mujer que son inaceptables, pues ambos son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos¹³.

La Ética tradicionalmente considera que las decisiones que suponen un importante sacrificio para un individuo son adoptadas en un contexto de vulnerabilidad; de manera que, fuera de dicho contexto, el sujeto no tomaría la misma decisión. A partir de esta premisa, debería garantizarse la gratuidad en esos casos para impedir una asimetría en la relación y decisión y garantizar en todo caso la voluntariedad del acto¹⁴. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de los trasplantes de órgano entre personas vivas, sujetos a ciertas condiciones para que el carácter altruista del/la donante no comprometa su libertad ni su vida (Sánchez, 2005).

Como el Tribunal Supremo ya dictaminó en la sentencia mencionada previamente, “la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos”¹⁵.

5 Sobre la relación madre-feto

La GS es clasificada en algunas ocasiones erróneamente como “técnica de reproducción asistida”; sin embargo, la gestación y el parto son procesos fisiológicos. Como proceso natural es imposible su subrogación o sustitución: la mujer que gesta

es la que vive realmente el embarazo (y por tanto no está sustituido por ninguna otra). La mujer gestante es la protagonista de un proceso biológico y también biográfico. La valoración ética de la GS deberá incluir el conocimiento sobre la relación feto-madre que se establece durante la gestación y los efectos durante esta y tras una eventual separación¹⁶.

Durante la gestación, la relación entre la madre y el feto es una interconexión biológica y emocional que comienza en el momento de la concepción (Huth-Bocks, Levendosky, Bogat, & Alexander, 2004).

Por un lado, la madre proporciona al feto todo lo que necesita para crecer y desarrollarse, incluyendo nutrientes, oxígeno y protección; el feto, a su vez, influye en el cuerpo de la madre a través de sus hormonas y señales químicas. Por otro lado está presente el vínculo emocional que se desarrolla durante la gestación. La madre puede sentir las patadas y movimientos del feto, puede hablarle, cantarle o acariciar su barriga. Algunos estudios han demostrado que el feto es capaz de percibir el tono emocional de la voz de la madre, lo que sugiere que la relación emocional entre madre y feto se desarrolla desde muy temprano. El apego es un vínculo afectivo que se establece entre dos personas, en este caso, entre la madre y el feto. Un apego seguro beneficia el desarrollo emocional y físico del feto y puede influir en su comportamiento y relaciones sociales futuras (Roncallo, Sánchez, y Arranz, 2015).

Además, durante la gestación, el cerebro del feto se desarrolla rápidamente. Las experiencias y la estimulación sensorial del

¹³ Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil. Sentencia 277/2022 de 31 Mar 2022. Rec. 907/2021

¹⁴ Comité de bioética de España. 2017. Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf

¹⁵ Sentencia 277/2022 de 31 Mar 2022. Rec. 907/2021

¹⁶ Grupo de Trabajo bioética de la Socalemfyc. (2023) Gestación por sustitución: una aproximación con mirada bioética. <https://www.socalemfyc.org/gestacion-por-sustitucion-mirada-bioetica/>

feto dentro del útero pueden tener un impacto notable en su desarrollo cerebral, lo que sugiere que las interacciones emocionales entre la madre y el feto pueden ser importantes para el desarrollo del cerebro fetal. En sentido contrario, el estrés que experimenta una madre durante el embarazo puede tener efectos negativos en la salud del feto. De hecho, el cortisol, hormona liberada en situaciones de estrés, puede atravesar la barrera placentaria y afectar el sistema nervioso y endocrino del feto, lo que puede aumentar el riesgo de problemas de salud y alterar el comportamiento y desarrollo cognitivo del feto (Allison, Stafford, & Anumba, 2011).

Esta relación emocional y afectiva se intensifica y adquiere una importancia muy relevante en el postparto. El contacto piel con piel entre la madre y el recién nacido inmediatamente después del parto tiene muchos beneficios para la criatura, incluyendo la regulación de la temperatura corporal, la reducción del estrés, el fortalecimiento del vínculo afectivo con la madre y la estimulación de la lactancia materna para su alimentación ((Allison, Stafford, & Anumba, 2011).

En resumen, la relación madre-feto durante la gestación supone una interconexión biológica y emocional de gran fuerza, que comienza en el momento de la concepción y debe tenerse en cuenta porque, tal y como refiere el Comité de Bioética Nacional en su informe sobre la GS, "La gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes. Esa información por sí sola no

determina el juicio ético; pero sin ella el juicio ético resulta incompleto."¹⁷.

6 Sobre la mujer gestante

Aunque la dignidad de las personas está por encima del marco jurídico que las sociedades establecemos para un correcto funcionamiento de nuestra sociedad, son múltiples las normas que intentan garantizarla en la vida civil. En el marco de la bioética sanitaria, hay cuatro principios fundamentales que deben ser respetados: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia (Gracia, 1991). Las cláusulas de los contratos de GS habituales vulneran estos principios.

Uno de estos principios bioéticos básicos vulnerados es el de "autonomía". Así lo recoge además la reciente Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo¹⁸ en consonancia con el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, también llamado Convenio de Estambul¹⁹.

Es habitual que estos contratos recojan condiciones en sus términos que anulan la autonomía de la paciente, como recoge el ejemplo de la sentencia del Tribunal Supremo²⁰. La obligatoriedad de seguir todas las instrucciones médicas, de realizarse cualquier tipo de prueba y tener que consumir todo tipo de medicamentos, sin posibilidad de rechazar ninguna de estas actuaciones infringe la autonomía de la mujer gestante. Además, la mujer gestante puede ser obligada renunciar a su derecho a la intimidad y

¹⁷ Comité de bioética de España. 2017. Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf

¹⁸ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del

embarazo.

<https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>

¹⁹ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

²⁰ Rec. 907/2021.

confidencialidad médica; pueden regularse por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, las características del parto (natural o por cesárea), qué puede comer o beber, fijar sus hábitos de vida, prohibir relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia y se les puede obligar a someterse a pruebas de detección de drogas, alcohol o tabaco sin aviso previo y según la voluntad y petición de la futura madre comitente.

Estos términos de los contratos de gestación, entran en conflicto no sólo con la autonomía desde el punto de vista ético sino también legal, vulnerando la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica²¹.

El artículo 2 de esta ley recoge los principios básicos que garantizan los derechos en cuestión de autonomía del paciente: el consentimiento expreso de los pacientes, la libre elección entre las opciones terapéuticas, la obligación de los profesionales sanitarios a respetar las “decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”, etc.

Así como en su capítulo IV donde se recoge los términos que regulan el respeto a la autonomía del paciente en los aspectos de la información, consentimiento e información general del sistema público de salud. Los términos en los que muchos contratos están redactados, menoscaban por tanto los derechos de la mujer gestante a favor de la parte comitente aun cuando este contrato se firme de manera “voluntaria”, sin

contrapartida económica para la mujer gestante.

Unidos a los propios riesgos para la salud que supone un embarazo, las cláusulas de los contratos de GS pueden incluir la obligatoriedad de pruebas y tratamientos farmacológicos, no exentos de posibles efectos no deseados sobre la mujer gestante, con lo que se vulnera el principio de “no maleficencia”.

El principio de “beneficencia”, que debe regir cualquier acto médico, queda sin contenido en la GS. En este caso, la actuación médica que da inicio al procedimiento, es decir, la fecundación in vitro necesaria para llevar a cabo un gestación, vulnera este principio, pues la mujer gestante no obtendrá ningún beneficio en salud derivado de este proceso.

7 Sobre el interés superior del/de la menor

La Organización Nacional de las Naciones Unidas redactó el documento Convención sobre Derechos del Niño y el Protocolo relativo a la venta de niños y a la prostitución infantil de cara a situaciones diferentes a la gestación por sustitución, pero la barrera entre ésta y la compraventa que se menciona en el mismo puede suponer una difusa línea como ya se ha mencionado.

En la gestación por sustitución la criatura es el fin último de la gestación y de ninguna manera puede ser contratable ni comercializable ya que, tal como se define en la convención mencionada: “la voluntad humana no puede adueñarse de los elementos constitutivos del ser de las personas”²².

²¹ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>

²² Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobadas por el Comité en su

66º período de sesiones (26 de mayo a 13 de junio de 2014), pp. 13-14. Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobadas

El/la menor queda así expuesto a través de esta práctica a numerosos riesgos, entre los que se pueden destacar los siguientes:

-Riesgo de tráfico de menores: En el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobado en el año 2000, se define la venta de niños como: “Todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”²³. Si bien en la GS en ocasiones la criatura y los comitentes pueden compartir material genético sigue existiendo un marco de compra-venta de menores en caso de mediación económica, que sitúa a éste en un riesgo de expropiación de sus derechos más inherentes.

-Riesgo de cosificación: La voluntad procreativa nunca y de ninguna manera garantiza por sí sola los intereses superiores del menor, siendo éste a quien se debe proteger jurídica y éticamente. Es decir, la protección del interés del menor es siempre superior a cualquier deseo gestacional de un adulto. En estos casos, puede verse incrementado el riesgo de cosificación y pérdida de dignidad inherente al individuo dada la posibilidad que se ofrece de elección de características, de la madre gestante o del contexto del embarazo.

-Riesgo de desvinculación biológica y del derecho a la vida familiar: La desvinculación ocurre de entrada mediante la ruptura del vínculo como hemos visto en el apartado de relación madre-feto²⁴. Además, la elección del

mantenimiento de relación con la madre gestante por parte de los comitentes y de la criatura se deja exclusivamente en manos de los comitentes, quienes tienen absoluta potestad de sesgar la posible relación del menor con su madre biológica mediante una cláusula del contrato. Esto deriva en una serie de riesgos para la salud y el bienestar de ambos. La Organización Mundial de la Salud dicta desde hace décadas una serie de prácticas que promueven la salud del neonato tras el parto, tales como la estrecha relación entre madre e hijo durante el embarazo y, más en especial, tras el alumbramiento, lo cual se ve en entredicho, sino directamente vulnerado, en estas situaciones, privando al menor de la continuidad de esa relación física y emocional con la gestante²⁵.

-Este hecho, además, genera un conflicto derivado del derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos²⁶. En el modelo de GS donde la gestante renuncia a la maternidad pre-gestación, el menor podría ser legalmente privado de investigar su origen si así lo estipulara el contrato pues la gestante nunca habría asumido su condición de madre. Más allá de este derecho, la gestante conoce una serie de datos relativos al embarazo y a su identidad que pueden ser relevantes en relación a la salud del/la menor a lo largo de toda su vida. La cesión de esta decisión a los comitentes derivaría directamente en una privación al menor de un derecho

por el Comité en su 62o período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), p. 9.

²³ Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2014) (pp. 159–166). United Nations.

²⁴ Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Tratado internacional de los Derechos Humanos (2014) (pp.159-166)

²⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobadas por el Comité en su 62o período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), p. 9.

²⁶ Ley 14/2012 del 27 de mayo (Artículo 30.2) de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia

fundamental que le corresponde de forma exclusiva e inalienable²⁷.

8 Análisis con perspectiva de género

A estas alturas del artículo puede parecer una obviedad declarar que sólo las mujeres pueden gestar y por tanto, sólo las mujeres pueden gestar para otras personas. Sin embargo, esta constatación explícita es pertinente. La bioética debe tener en cuenta la justicia y la igualdad y no sólo la autonomía para su análisis (Gracia, 1991). Como ya se ha referenciado, hay varios ejes de inequidad en esta práctica, incluido el sistema sexo-género.

Los riesgos físicos de la práctica de la GS recaen exclusivamente sobre las mujeres. Además de los riesgos inherentes a cualquier proceso gestacional (para la madre y para el nasciturus) se añaden algunos más. Tanto la obtención de óvulos para la fecundación previa necesaria en toda GS, como la gestación que se desarrolla, están profundamente medicalizadas y tienen riesgos físicos para las mujeres participantes (gestante o gestante y donante). Los varones, sin embargo, no asumen ningún riesgo físico durante la GS, pues su única participación es la donación de semen, que no es una técnica invasiva y por tanto no tiene riesgos médicos (Olza, 2019).

Se genera de esta forma una asimetría en cuanto a los riesgos de la práctica, una asimetría con sesgo de género. La GS sigue la estela de otras mercantilizaciones del cuerpo de las mujeres y/o intervenciones sobre su capacidad reproductiva como puede ser el trasplante de útero, la donación de óvulos o el tráfico de personas con fines de explotación sexual. Incluso podemos plantearnos si podríamos incluirla como un tipo de mala praxis obstétrica, definida como aquellas

“prácticas y conductas realizadas por profesionales de la salud a las mujeres durante el embarazo, el parto y el puerperio, en el ámbito público o privado, que por acción u omisión son violentas o pueden ser percibidas como violentas.(...)”

Estas prácticas suponen además de una mala praxis médica, una discriminación de género y representan una violación de los derechos humanos desde un enfoque de los derechos de la salud y de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, entendidos como derechos inalienables e indivisibles de los derechos humanos” (Rodríguez, y Martínez, 2022).

De hecho, el parlamento europeo parece que adopta esta línea de pensamiento cuando “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas”²⁸.

A parte de los riesgos físicos, los riesgos simbólicos y conceptuales también son importantes. El “altruismo” utilizado para justificar en ocasiones la GS puede estar contribuyendo a mantener la desigualdad social entre hombres y mujeres. Por un lado, porque a las únicas que se les exigen trabajar sin compensación es a las mujeres (no a las clínicas, agencias ni demás partes implicadas). Segundo, porque se da a entender que las mujeres tienen una deuda moral para con el resto de la sociedad al ser las únicas capaces de gestar. Y en último lugar, porque se refuerzan ideas sexistas asociadas a los roles de género, que asocian una naturaleza esencialmente altruista y de cuidado para con los demás a las mujeres, que deben estar

²⁷ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>

²⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los

derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)).

siempre dispuestas a hacer un sacrificio para y por los otros (De Melo, 2019).

9 Análisis con mirada planetaria

Como hemos visto, existen dos tipos de gestación por sustitución en cuanto a la remuneración del proceso: comercial y altruista. Esto deriva inexorablemente en un sesgo por el cual, en una cuantiosa mayoría de casos, las mujeres que asumen este papel, sean aquellas que se encuentran en una situación de mayor riesgo socioeconómico, llegando en muchas ocasiones a aceptarse cláusulas abusivas, o permitiendo el beneficio y lucro de las empresas mediadoras en el proceso. A esto se añade la difusión y diseminación del procedimiento por todo el planeta, por lo que siempre existirá la posibilidad de encontrar un precio más barato y una opción mejor, que suele traducirse en una mujer más vulnerable que la anterior, entrando así en una subasta de precios difícil de controlar (Guerra, 1999; Albert, 2017).

La GS tiene un coste y un precio (no sólo en el caso de remuneración para la gestante sino también para las clínicas e intermediarios) y ese coste no podría ser asumible por ningún sistema nacional de salud en caso de que la práctica se legalizara. Pues si fuera considerada un derecho, debería ser un derecho universal extensible a toda la población. De ahí, que la gestación subrogada no genere sólo una problemática ético y legal para la madre gestante y la criatura, sino que fomenta también un desbalance de oportunidades en razón de género e incluso de índoles geopolíticas. Sin por el contrario estos costes no fueran financiados por el Estado tampoco serían asumibles por la inmensa mayoría de la población, provocando un importante desequilibrio y desbalance de oportunidades en razón de género y sobre bases socioeconómicas (Puleo, 2017).

De la legalización de estos contratos en algunos países nace el riesgo de generar un “Mercado gestacional” donde los comitentes busquen las opciones más baratas o ventajosas en países vecinos, y a la criatura y

a la mujer gestante se les retiren derechos y oportunidades que les pertenecen de forma inalienable (Francis, 2017).

Este negocio transnacional en expansión, puede profundizar aún más la existente brecha de género al aparecer como una fuente de ingresos para las mujeres más vulnerables, perpetuando la feminización de la pobreza y generando una subclase precaria feminizada expuesta a enormes riesgos de exclusión social y de exposición de su salud física y mental.

Existe además un tinte racista en muchas ocasiones, donde la mujer gestante acostumbra a ser de piel, pelo y ojos oscuros y bajo el contrato en la mayoría de las ocasiones de parejas heterosexuales caucásicas, dan a luz a niños de piel, pelo y ojos claros. Este contraste, ha de hacernos reflexionar sobre si subyace un pensamiento racista en la preponderancia de la herencia genética (Andrews, 1988).

Por todo ello, el enfoque holístico se hace preciso de cara a analizar la emergencia de estos mercados donde parejas con amplios recursos económicos descartan en su deseo reproductivo la opción de la adopción bajo la persecución del “hijo propio” legitimando unos modelos de compra-venta que ponen en riesgo al menor y que fomentan la mercantilización de los cuerpos de las mujeres más vulnerables a nivel racial, geopolítico y socioeconómico.

10 Sobre formar una familia

En su capítulo III, la Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, “parte de la idea de la familia, en sus múltiples formas, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes... debiendo favorecer la cultura

del buen trato, incluso desde el momento de la gestación”²⁹.

Estas declaraciones jurídico-legales, junto a las que regulan la reproducción, parten de un supuesto de “derecho negativo”, es decir, la norma pretende garantizar que todo ser humano que tenga voluntad de formar una familia debería no ser discriminado por motivo alguno de religión, sexo, ideología o condición. Pero el derecho así entendido a formar una familia no garantiza la posibilidad de hacerlo, ya que sobre la voluntad de hacerlo se anteponen los derechos y libertades de terceros individuos “lo que en bioética llamaríamos principio de no maleficencia y justicia”(Gracia, 1991).

En el caso que nos ocupa, la formación de una familia mediante una GS supone como hemos comentado en otros apartados de este artículo, un conflicto ético y legal. Tal y como comenta Sánchez Aristi (2010), “la cuestión es si el derecho a procrear y a formar una familia debe llegar hasta el punto de permitir o incluso propiciar, ciertas variantes de reproducción humana asistida en las que...la filiación materna resulta quebrada por completo”. En una acertada reflexión, dice que “el derecho a procrear ha pasado de ser un derecho negativo...a ser poco a poco configurado como un derecho positivo”, obligando a que los poderes públicos faciliten la paternidad/maternidad “removiendo cuantos obstáculos hubiere para su realización efectiva”. Esta realidad supone un conflicto ético al utilizar para ello a una tercera persona, en este caso la mujer que gesta (Sánchez, 2010).

Desde el punto de vista de la familia comitente se establece una posible exigencia ética de no generar nuevas vidas mientras haya criaturas susceptibles de ser dadas en adopción. Este dilema sería aplicable tanto al caso de la GS como a otras técnicas de

reproducción asistida. Sin embargo, en la GS este hecho cobra especialmente sentido pues hay una tercera persona implicada (la mujer gestante) siendo éticamente injustificables los riesgos que asumiría para cumplir un deseo de tener descendencia de otros, que podría satisfacerse a través de la adopción. Por tanto, la GS no cubriría ninguna función social pues no sería una forma de proteger una minoría desamparada ni de expandir un derecho.

Además, una diferencia que se establece entre la GS y la adopción es el desamparo legal en el que se podría quedar la criatura en el momento del nacimiento, ya que la criatura dada en adopción recibe la cobertura legal de la madre gestante hasta el momento jurídico de la adopción, mientras que en la GS, ya desde el momento de la concepción se establece la obligación de donar la criatura nacida a la parte comitente(Sánchez, 2010).

Genéricamente, entendemos que el deseo de crear una familia no justifica desde el punto de vista ético el uso de métodos que contravengan los principios fundamentales de la bioética. Más allá de la valoración ética del deseo de formar una familia, el propio TEDH ha afirmado (tal y como se recoge en su sentencia Campanelli y Paradiso c. Italia de 2017, referenciada en el Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada) que “el derecho a la vida familiar consiste en la protección de familias ya existentes, que tienen una “vida”, pero no en autorizar la creación de una familia propia a cualquier precio”³⁰.

La implicación de una mujer gestante a través de un contrato, implica habitualmente el sentimiento de compra de un “objeto”, que solemos identificar como “sin defectos o taras”. Difícilmente se aceptaría obtener el resultado de un contrato con deficiencias. Es un proceso en el que se aboca a la obtención

²⁹ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9347

³⁰ Comité de bioética de España. 2017.

de un producto perfecto, una suerte de “elección genética” en la que la criatura nacida no tenga tara o defecto alguno. Este prejuicio añade una gran inseguridad jurídica al menor, dadas las incertidumbres que, de forma natural, rodean a la gestación.

Tal y como recoge el CBE³¹, “el concepto de familia puede encontrar diferentes interpretaciones en la sociedad actual, más compleja y plural, concediendo un estatus jurídico a personas carentes de vínculo de sangre, y surgiendo nuevos conceptos... Se trata de transformaciones que acaban en algunos casos con la disociación de la filiación y del parentesco y con el surgimiento de nuevas ideas de parentalidad, es decir, desvinculadas de lo biológico y de la filiación”.

Continúa diciendo que “la transformación social del modelo de familia no es óbice para reconocer que pueden deducirse unos elementos mínimos caracterizadores de la institución que configuran su núcleo esencial o que al menos dichos roles más tradicionales... no pueden alterarse sustancialmente... y... destaca la presencia de una serie de relaciones de parentesco que corresponden a cada uno de sus miembros y que en su conjunto conforman la familia”. Llevando este desarrollo al caso posible que se pueda plantear de la GS entre familiares, se alterarían los roles familiares pudiendo duplicarse sobre una misma persona varios lazos distintos (madre/abuela, tía/prima...).

Esta alteración de roles y de las relaciones que se establecen dentro de una familia, alteran el número núcleo y las características institucionales que las definen y que son las que la Constitución española defiende en su artículo 39.

Así como también podrían suponer una dificultad para el menor de comprensión de su biografía y autoafirmación de la personalidad e identidad.

11 Conclusiones

En primer lugar, y por ser uno de los puntos claves del debate, debemos reseñar que la finalidad de la gestación por sustitución es muy controvertida. Esta práctica no sirve para reparar un daño, prolongar ni mejorar la calidad de vida ni tampoco es una forma de proteger una minoría vulnerable ni de adquirir o expandir un derecho para nuestra sociedad. Añadido a esta realidad, a lo largo del artículo hemos ido desgranando sólidas razones bioéticas para rechazar la práctica de la gestación por sustitución, pues todo contrato de gestación por sustitución entraña un menoscabo de los derechos de la mujer, un daño a los intereses superiores de los/las menores y un aumento de la desigualdad a nivel planetario. Por tanto, consideramos que no es posible justificar esta práctica desde el punto de vista bioético para cumplir una finalidad que está fuera de las necesidades y derechos que deseamos proteger como sociedad.

Referencias

- ALBERT, MARTA (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética*, 29 (2),177-197.
- ALLISON, SARA; STAFFORD, JULIE; ANUMBA, & DILLY. (2011). The effect of stress and anxiety associated with maternal prenatal diagnosis on fetomaternal attachment. *BMC Women's Health*, 11, 33. <https://doi.org/10.1186/1472-6874-11-33>. PMID:21749702 PMCID:PMC3148201
- ANDREWS, LORI. (1988). Surrogate Motherhood: The Challenge for Feminists. *Law, Medicine and Health Care*; 16: 72-80. <https://doi.org/10.1111/j.1748-720X.1988.tb01053.x>. PMID:3205044

³¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

[https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)
Última actualización publicada el 01/03/2023

- Asamblea general de las naciones unidas. Declaración universal de los derechos humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Australian Human Rights Commission (AHRC). Submission to the Inquiry of the Senate Legal and Constitutional Affairs Committee into the regulatory and legislative aspects of international and domestic surrogacy arrangements. <https://humanrights.gov.au/our-work/legal/submissions>
- CALVO ALFONSO, LUIS; Y CARRASCOSA, JAVIER. (2015). Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos de derecho transaccional 7,2;45-113
- Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobadas por el Comité en su 66º período de sesiones (26 de mayo a 13 de junio de 2014), pp. 13-14.
- Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobadas por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), p. 9.
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Acceso a través de 1680462543 (coe.int)
- Comité de bioética de España. 2017. Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.
- DE MELO MARTÍN, MARIA INMACULADA. (2019) Ética y maternidad subrogada. *Mujer, sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*. Tirant lo Blanch. págs. 79-99.
- European Parliament (2021). “Study on the legal situation of surrogacy in the European Union”. <https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html>
- FRANCIS, LESLIE. (2017). The Oxford Handbook of Reproductive Ethics. Oxford: Oxford University Press; pp.118-141. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199981878.001.0001>
- GRACIA, DIEGO. (1991). Procedimientos de Decisión en Ética Clínica. Madrid, Ed. Eudema S.A. 124-34
- Grupo de Trabajo bioética de la Socalemfyc. (2023) Gestación por sustitución: una aproximación con mirada bioética. <https://www.socalemfyc.org/gestacion-por-sustitucion-mirada-bioetica/>
- GUERRA PALMERO, MARIA JOSÉ. (1999). Bioética y género: problemas y controversias. THEORIA, Revista de Teoría, Historia y Fundamentos de la Ciencia, no 36, Septiembre , pp. 527-549.
- HEVIA, MARTIN (2018). Surrogacy, privacy and the American Convention on Human Rights. J Law Biosci,5:375-397. <https://doi.org/10.1093/jlb/lisy013>. PMID:30191070 PMCID:PMC6121059
- HUTH-BOCKS, ALISA; LEVENDOSKY, ALTRIA; BOGAT, ANNE; VON EY, ALEXANDER. (2004). The impact of maternal characteristics and contextual variables on infant-mother attachment. Child Development, 75, 480-496. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.2004.00688.x>. PMID:15056201
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9347

- Ley 14/2012 del 27 de mayo (Artículo 30.2) de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>
- Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2023/02/28/1/con>
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>
- Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/14/pdfs/BOE-A-2015-7851.pdf>
- OLZA, IBONE. (2019). Aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva de salud mental, holística y feminista. <https://saludmentalperinatal.es/>
- Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Tratado internacional de los Derechos Humanos (2014) (pp.159-166). <https://doi.org/10.18356/65af1127-es>
- Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine; Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology (2015) Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion. *Fertil Steril* 103(1):e1-8. <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2014.10.049>. PMID:2548163
- PULEO, ALICIA. (2017) Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. N. 29, pp. 165-184.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. <https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/1/con>
- Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)).
- RONCALLO, CLAUDIA PATRICIA; SÁNCHEZ, Y MANUEL; ARRANZ, ENRIQUE. (2015). Vínculo materno-fetal: implicaciones en el desarrollo psicológico y propuesta de intervención en atención temprana. *Escritos de psicología* 8, 2: 14-23. <https://doi.org/10.24310/esplicespsi.v8i2.13233>
- RODRÍGUEZ MIR, JAVIER Y MARTÍNEZ GANDOLFI, ALEJANDRA. (2022) La violencia obstétrica: una práctica invisibilizada en la atención médica en España. *Gac Sanit* 35 (3). <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2020.06.019>. PMID:32921499
- SÁNCHEZ CARO, JAVIER. (2005) Planteamiento general acerca del programa de trasplante de órganos de donante vivo: aspectos éticos y jurídicos. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*. [Vol. 3. Núm. 2](#), páginas 315-331.
- Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil. Sentencia 277/2022 de 31 Mar 2022. Rec. 907/2021.
- SÁNCHEZ ARISTI, RAFAEL. (2010). La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos. *Revista HUMANITAS humanidades médicas*, N° 49. (Ejemplar dedicado a: La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos), págs. 1-38.



La violencia y la sexualidad: aproximación a un fenómeno histórico

Violence and sexuality: approach to a historical phenomenon

Reinaldo Batista Cordova

Universidad Isabel I de Castilla. Burgos
reinaldo.batista@ui1.es
ORCID. 0000-0001-7891-3115

Resumen

El presente estudio se propone examinar cómo fenómenos distintos se interrelacionan: la violencia y la sexualidad. Para su realización se hace necesario acercarse a los conceptos y sus implicaciones en la existencia individual y social de la humanidad; para viabilizar el estudio se enfoca en el período central del siglo XX, examinando las idiosincrasias en España y Brasil, porque ambos territorios tenían aspectos que nos parecen comparables, como el hecho de haber vivido bajo regímenes políticos autoritarios, con intensa influencia moral cristiana. Las herramientas utilizadas han sido el Análisis del Discurso, en su vertiente francesa, que considera la lengua como una construcción social orgánica y el método deductivo, por ofrecer la posibilidad de apropiación de datos amplios y generales para acercarnos a los casos y lugares específicos. La hipótesis es una marcada naturalización de la violencia sexual en el referido espacio tiempo, derivadas de las limitaciones políticas y culturales (religiosas).

Palabras clave: Sexualidad, violencia, autoritarismo, moralidad.

Abstract

The present study aims to examine how different phenomena are interrelated: violence and sexuality. For its realization it is necessary to approach the concepts and their implications in the individual and social existence of humanity; To make the study viable, it focuses on the central period of the 20th Century; examining the idiosyncrasies in Spain and Brazil, because both countries had aspects that seem comparable to us, such as the fact of had living under authoritarian political regimes, with intense influence Christian morality. The tools used have been Discourse Analysis, in its french aspect, which considers language as an organic social construction and the deductive method, as it offers the possibility of appropriating broad and general data to approach specific cases and places. The hypothesis is a marked naturalization of sexual violence in the aforementioned space time, derived from political and cultural (religious) limitations.

Key words: Sexuality, violence, authoritarianism, morality.

1 Introducción

La literatura académica demuestra desde hace décadas la existencia de una profunda y extendida práctica de violencia relacionada a la sexualidad, especialmente la relacionada a las mujeres. Los datos revelan de manera evidente la supervivencia sistemática del fenómeno entrañado en la sociedad humana; tanto en nivel individual como en el colectivo se puede observar la existencia de ritos ordinarios que provocaron el dolor y el sufrimiento en otros sujetos, apenas por su condición sexual.

En el pasado más lejano se puede encontrar ejemplos de personas que lucharon contra dicho sistema, aunque en su contexto eso significase ser repelido y vilipendiado socialmente; precisamente por romper las estructuras normativas establecidas. En el pasado el reconocimiento del valor intrínseco de otro ser humano, independientemente de su condición sexual no fue una circunstancia obvia. Las explicaciones podrían ser encontradas en la psicología social de Moscovici, para quien el grupo actuaría siguiendo patrones, con el objetivo de ser aceptado, por lo tanto, algunas acciones habrían sido emuladas como una estrategia de socialización.

La violencia es un fenómeno entrañado en la humanidad, podemos verlo a partir de los estudios de Moscovici (1985), pero también de otros postulados, como los de Hannah Arendt (2013), que ha logrado demostrar la capacidad de convergencia de personas y grupos a ideas y propuestas nocivas, porque el grupo había establecido argumentos morales para justificarlos, aunque en esencia fuese destructivo.

La Violencia, como ya he dicho, se distingue por su carácter instrumental.

Fenomenológicamente está próxima a la potencia, dado que los instrumentos de la violencia, como todas las demás herramientas, son concebidos y empleados para multiplicar la potencia natural hasta que,

en la última fase de su desarrollo, puedan sustituirla. (Arendt, 2006, 63)

Reconocer el carácter instrumental de la violencia conlleva a entender que pueda ser empleada de manera deliberada, para la obtención de beneficios. Las acciones violentas son naturalizadas, expuestas a los integrantes de la comunidad como una situación establecida e inmutable, en algunos casos relacionadas a la tradición religiosa o social, que hipotéticamente fundamentarían las acciones.

Otro autor que podríamos considerar al reflexionar sobre esa cuestión sería Michael Foucault (1982) cuando trata de exponer la existencia de una tela que se extiende entre los sujetos, por la cual se transmiten acciones con la capacidad de destruir a la persona en su propia esencia humana. Es decir, se trata de un proceso de deconstrucción del otro en lo más basilar. Los poderes, los micropoderes y la elaboración de normativas que pretenden asegurar la manutención de los poderes y a veces pseudopoderes de algunos (Bernal, Orozco, Molinares, 2016).

La normativa no sería una estructura atribuible a un ser o grupo específico, sino una tela establecida desde hace tiempos inmemoriales con la imposición de determinaciones que pretendían imponer las voluntades de quien tuviera más fuerza y legitimidad. No por casualidad, el poder físico se impuso durante mucho tiempo, pero cuando los músculos dejaron de ser fundamentales, se buscaron otras razones para imponer la vigilancia y límites a los que antes habían sido tratados como inferiores.

En esa estructura, las mujeres y también los homosexuales fueron privados innumerables veces de su derecho a existir y de pertenecer en plenitud a la comunidad. Su presencia era vista a veces como tolerada, cuando podrían aportar algo al grupo, cuando eso no ocurría, se ponía en marcha el sistema contra ellos. En ese sentido, los sujetos cuya sexualidad no fuera la adecuada serían tratados como inaptos, en la mayoría de las sociedades, hasta muy poco tiempo.

La normalización disciplinaria consiste en plantear ante todo un modelo, un modelo óptimo que se construye en función de determinado resultado, y la operación de normalización disciplinaria pasa por intentar que la gente, los gestos y los actos se ajusten a ese modelo; lo normal es, precisamente, lo que es capaz de adecuarse a esa norma (Foucault, 2006, 76).

Importante destacar que se evidencia a la liviandad de autores (Kuby, 2015; Contreras, 2021) que buscan relacionar dicho sistema a grupos o contextos específicos, cuando es sabido que no se puede atribuir una historia tan longeva a un único grupo. Además, su simple intento representaría un anacronismo. De todos modos, es irrefutable que a lo largo de la historia humana se ha visto la imposición de una narrativa y de acciones marcadas por la visión, mentalidad y fuerza masculina heterosexual sobre los grupos marginales considerados inferiores.

Desde el recién terminado siglo XX se ha podido ver a autores que se dedicaron a mirar hacia los marginados, para rescatar la historia y las vidas de personas que hasta entonces parecían no tener derecho a que sus vidas y su existencia fuesen dignas de estudios o registros. Se trataba de un acto de rebeldía escribir, investigar, sacar a la luz sujetos hasta entonces silenciados. Hoy se puede hacer historia de las mujeres y análisis imparciales sobre las violencias que sufrieron y todavía sufren. Con método, diversos estudios corroboran algunas de las premisas levantadas por autores como Arendt o Foucault, que trabajaron en sendas distintas pero que podemos relacionarlas para reconstruir una historia en que la sexualidad era medio y fin de la violencia.

En la clásica obra *Historia de la sexualidad*, Michel Foucault propuso examinar precisamente el lugar establecido para el sexo y la sexualidad en la historia, específicamente indicando el qué, el cuando y el cómo hablar de estos temas. Por supuesto estableciendo quien podría ser legítimamente autorizado a hablar sobre ese objeto. La normativa

disciplinaria fue construida para controlar las voces, las mentes y los cuerpos. En ese proceso, había una explícita política de censura que impedía la comunicación libre, por lo tanto, si había grupos autorizados a imponer su voluntad, produciendo violencia sobre los demás, obligándoles a callar o ocultarse, eso no sería visto como un problema, sino el éxito del programa normativo.

Se definió una norma de desarrollo de la sexualidad desde la infancia hasta la vejez y se caracterizó con cuidado todos los posibles desvíos; se organizaron controles pedagógicos y curas médicas; los moralistas, pero también (y sobre todo) los médicos reunieron alrededor de las menores fantasías todo el enfático vocabulario de la abominación: ¿no constituyen otros tantos medios puestos en acción para reabsorber, en provecho de una sexualidad genitualmente centrada, tantos placeres sin fruto? (Foucault, 2007, 48).

El postulado foucaultiano fue innovador y precursor, por esa razón, había dejado algunos problemas sin respuestas o con interpretaciones superficiales. Por lo menos así considera la filósofa Judith Butler (2007) al interpretar que el pensamiento de Foucault ha sido convergente con la “crítica genealógica”, convergente con el falogocentrismo, que según ella, no contemplaría toda la complejidad del problema.

Sin embargo, no hay la negación de que ha habido una mentalidad opresiva dirigida hacia los grupos marginados. Existen innumerables datos y una amplia literatura capaces de demostrar, con fundamentación, coherencia y plausibilidad la existencia de una relación entre la violencia y la sexualidad. El simple hecho de prohibir hablar sobre los placeres sexuales o proponer la separación entre la relación sexual y la reproducción, en algunos momentos históricos, era suficiente para desacreditar el autor o la autora del enunciado.

2 La violencia exployada

La historia de la violencia está impregnada en la propia existencia humana (Arendt, 2006). No ha habido ni un solo momento histórico que haya estado libre de conflictos, agresiones físicas, morales y psicológicas contra otros seres humanos (Freedman, 2016; Žižek, 2017), o conforme enunciaba René Girard (1995, 10) “estudios recientes sugieren que los mecanismos fisiológicos de la violencia varían muy poco de un individuo a otro, e incluso de una cultura a otra”

No obstante, se evidencia como error intentar naturalizar la violencia bajo el argumento de que es innata a la propia esencia humana, porque si hay alguna característica capaz de definirnos como especie es exactamente nuestra capacidad de seleccionar los hechos sociales que debemos controlar por el bien colectivo.

Conforme expuesto por Slavoj Žižek (2017) las violencias no pertenecen a una territorio, una época y mucho menos a un grupo específico. De hecho, es un fenómeno que perpassa las capas y dimensiones sociales. “*Algo que nunca deja de sorprender a la conciencia ética ingenua es cómo la misma gente que comete terribles actos de violencia contra sus enemigos puede desplegar una cálida humanidad y una sincera preocupación por los miembros de su propio grupo*” (Žižek, 2017, p. 64)

En la medida en que nos acercamos al fenómeno de la violencia con relación a la sexualidad, buscando ponerlos entre paréntesis, para aislarlos artificialmente de otros procesos, vemos que existe una posible línea de fundamentación, la cual podemos ver legitimada por la religiosidad, de manera particular la cristiana, profundamente entañada en la cultura de Europa y de los territorios bajo su influencia.

Si en el origen de los mitos religiosos suele haber un evento de pura violencia y ruptura, no puede justificar el mantenimiento de las violencias entre las sociedades contemporáneas, tampoco en un periodo en

que se incrementaba el laicismo, como en la mitad del siglo XX (Berger, 1971).

Si las teogonías, como la judeocristiana exponen fenómenos violentos, no deberían servir de argumento para la preservación de acciones violentas en el siglo XX. Así lo expresarían algunos teólogos, al entender que las narrativas bíblicas exigían un profundo y contextualizado análisis. Por lo dicho, hay que entender los relatos teogónicos y otros aspectos de la tradición cristiana como una estrategia pedagógica, cuyo objetivo es ser atemporal, no en contenido sino en los valores (Girard, 1995).

En el pasado distante predominaba el argumento legitimador del uso de la violencia, por ejemplo, contra las mujeres. Tantas veces identificada con el origen del mal o excluidas como chivo expiatorio (Girard, 1982, p.17) cuando comenta sobre la “caza a las brujas”. En la actualidad no hay una base teórica o moral capaz de asegurar la virtud de una agresión contra las mujeres.

Al observar la narrativa del génesis se evidencia una clara narrativa centrada en el hombre, lo que equivaldría a reconocer que el texto es misógino, aunque no se lo entendiera de esa manera en el momento en que fue escrito. La mujer, Eva, utilizada como modelo de todas las mujeres debería anularse en beneficio del hombre, Adán; situación que expone no esencialmente una voluntad divina, sino la representación que los autores (hombres) tenían de la Revelación (Trujillo, 2019).

Por más que la teología, el magisterio eclesiástico y las legislaciones de países con fuerte tradición cristiana católica - como Brasil y España - hayan reproducido apologías a la violencia física y moral de hombres contra mujeres; las limitaciones impuestas social y políticamente a ellas se fundamentaron durante siglos, incluso hasta el presente momento, en estructuras y contenidos establecidos hace miles de años (Gebara, 2005). Eso significaría decir que existiría una fuerte carga de anacronismo en las pretensiones de replicar las normativas

bíblicas *ipsis litteris* a la sociedad contemporánea. Aunque haya sido exactamente lo que se puede observar en muchos países.

Durante el siglo XX innumerables lecturas e interpretaciones religiosas se evidenciaron desfavorables a las mujeres; en una evidente estrategia de impedir su autonomía. De ahí argumentos de autoridades, al pronunciar discursos estribados en la tradición judeocristiana, de que las mujeres deberían ser sumisas, recatadas, discretas, púdicas y cumplir con su natural destino de maternidad. Un fenómeno que podría ser encontrados en diversos países del mundo, con destaque para aquellos que utilizaban la religión cristiana católica como herramienta de control de la población.

Tanto en España como en Brasil había en la mitad del siglo XX una amplia adhesión al catolicismo. Fomentada por las autoridades, que veían en la religión y principalmente en sus normativas morales un recurso eficaz de control de la población. Sin importar mucho la voluntad de las mujeres, había en ambos países normativas legales que determinaban la posibilidad de que un hombre se impusiese a las mujeres, hasta el colmo de legitimar un femicidio bajo el argumento de que lo había hecho para defender su honor. Conforme se podría verificar en el Código Penal Español de 1944, vigente hasta la década de 1960.

En dicho Código Penal se incluyó entre los tipos penales, el llamado «uxoricidio por causa de honor», que había suprimido el Código republicano. Este delito de uxoricidio constituía un auténtico privilegio concedido al hombre en defensa de su honor, en virtud del cual podía matar o lesionar a la esposa sorprendida en flagrante adulterio o a la hija menor de veintitrés años, mientras viviere en la casa paterna, cuando fuere sorprendida en análogas circunstancias (Moraga, 2008, 241).

En Brasil se publicó en 1940 el Código Penal en el cual se establecía el adulterio como crimen, en su artículo 240. La pena debería ser la detención del agente del adulterio. En el cuerpo de la ley no había más la distinción

entre hombres y mujeres existente en las legislaciones anteriores, entretanto, habría que observar cómo cada uno era juzgado cuando era acusado de infidelidad matrimonial y sexual. Según ha sido expuesto por diversos estudios, como los de Rachel Soihet (2001) y Carla Pinsky (2014) existía una evidente doble moral en la sociedad, lo que conducía a juicios favorables a los hombres.

En el Código Penal anterior estaba muy clara la idea de que los hombres no podrían ser tratados como criminales si en el momento en que cometían un asesinato se encontraban privados del control de sus acciones por la injuria ocasionada por el adulterio de su esposa. En la práctica como se podría verificar en casos de repercusión de la violencia cometida contra la mujer, un caso emblemático en la historia de Brasil sería el asesinato de Ângela Diniz en 1976, en que el agresor logró atenuar su pena al convencer el jurado de que había cometido un crimen en defensa de su honor (Grossi, 1993).

3 Despotismo en la política y en la vida cotidiana

En Estados despóticos cualquier ciudadano o ciudadana que no se subordinase a las reglas impuestas por las autoridades sería denominado de subversivo. La persona que subvierte, promueve el desorden, trastorna el buen funcionamiento de la sociedad y por lo tanto necesita ser excluida del convivir social (Egidio, 2011). Había en los enunciados de las autoridades, la pretensión de construir una sociedad perfecta, en la cual la familia era presentada como pilar de la sociedad. Sin embargo, el modelo empezaba con problemas porque estaba fundamentada en representaciones de un pasado idealizado, en que los matrimonios eran fieles y felices porque cumplían el derecho natural.

La violencia se imponía a partir de diversas frentes. Evidentemente había muchas víctimas, siendo las mujeres particularmente afectadas, porque tenían sus cuerpos y mentes controlados por las autoridades políticas, religiosas y sociales. Una violencia

real, pero también simbólica (Bourdieu, 1996) en que sonar a liberal en las prácticas socioculturales podría ser motivo para la exclusión. Tanto en Brasil como en España aquellos que ocupaban cargos en el legislativo y en el ejecutivo, en la mitad del siglo XX, contaban con auxilio de importantes sectores del catolicismo para asegurar las políticas conservadoras, los cuales no aceptaban lo heterodoxo y lo divergente.

De una manera general, la verdad había sido relevada y todo lo que pareciese distinto a lo entendido como disruptivo debería ser excluido rápidamente. Los dueños del poder no estaban dispuestos a negociar, a dialogar con aquellos que pretendían transformar a la sociedad. El modelo de ciudadano y ciudadana debería ser el de persona respetable, que mantenía una vida moral y sexual convergente con las enseñanzas tradicionales del cristianismo (Pinsky, 2014).

Algo que no era considerado por las autoridades era la existencia de clases en la sociedad; es decir, no entendían que existiesen personas con diversas formaciones y condiciones socioeconómicas. Consideraban a todas como pertenecientes a un colectivo homogéneo. Entretanto, la miseria era un hecho real, para miles de personas en el siglo XX, no se trataba de algo abstracto o teórico (Rago, 2000). Esa situación generaba impactos en lo cotidiano y en los planes de vida de las personas, independientemente de si eran o no clasificadas como personas de “buena voluntad” o “personas de bien”. La pobreza material era fuente de sufrimientos cotidianos para millares de personas. Ese dato es importante, porque evidencia que los pobres materiales se tornaban más vulnerables a variadas formas de violencia, aún más cuando se trataba de las mujeres.

Las mujeres eran víctimas en niveles y en dimensiones desconocidas para muchas autoridades. Fuese en la Iglesia o en el Estado ellas podían ser rotundamente ignoradas o marginadas (Gebara, 2005). Hasta en ambientes donde supuestamente tenían más

libertades, sus voces eran silenciadas por divergir de los proyectos hegemónicos.

Considerando que había mujeres que estaban excluidas incluso de esos procesos, pero integraban la fuerza de trabajo desde hacía décadas, si no siglos, conforme lo expuesto por Eni de Mesquita Samara (1993) y Margareth Rago (2000), que examinaron la vida de las mujeres trabajadoras en Brasil en el siglo XIX y en el XX. Aunque esas historiadoras no hayan pretendido reforzar el imaginario de la “mujer débil”, terminan por convergir en sus narrativas de que las mujeres de clases trabajadoras fuesen blancas, mestizas, negras o indígenas estaban más sujetas a violencias sexuales que sus semejantes acomodadas de la clase media.

Estudios académicos, fundamentados en hechos, (Rago, 2000, Samara, 1993, Egidio, 2011) han demostrado que las mujeres eran más susceptibles de violencias, porque su situación femenina las hacía objetivo de violencias sexuales (físicas) y morales. Aunque no fuera necesario destacar, nos parece importante señalar que incluso investigadores conservadores han llegado a corroborar la interpretación de que había explotación y segregación de las mujeres; misoginia en comunidades influenciadas por el cristianismo. No se trata, por lo tanto, de una visión de izquierda o derecha, sino de un examen imparcial de las fuentes.

Al analizar los hechos podemos verificar que tanto el Estado (español y brasileño) como la Iglesia de la mitad del siglo XX buscaban legitimar un modelo familiar, pero la sociedad no era un ente estático, al contrario, cambiaba continuamente. Era cada vez más difícil convencer a la ciudadanía y a los feligreses para preservar conductas moralistas. Entre los cambios estaba la pretensión de libertad y autonomía femeninas, la lucha por derechos; laborales, políticos, sexuales y reproductivos, por ejemplo. En el fondo, querían dar la vuelta a la situación de dominación y explotación; en el nivel de las representaciones y de las acciones (Bourdieu, 1986). Había en algunos sectores el proyecto de romper con el modelo

de que las mujeres eran frágiles y tenían una función secundaria en los procesos sociales y religiosos.

No obstante, es preciso reconocer que el tema de la autonomía no funcionaba de igual manera para todas las mujeres, por ello decimos que en algunos sectores había el proyecto, porque conforme la historiadora Margareth Rago (2000) describió; la sociedad patronal “protegía” a sus integrantes femeninas, desaconsejando la entrada de las mujeres en el ambiente laboral y fabril. Es decir, las esposas e hijas no eran estimuladas a trabajar. Sin embargo, el escenario era completamente distinto para las mujeres pobres, necesitadas de recursos para sobrevivir, que se veían obligadas a someterse a actividades degradantes y violentas.

Dice la misma autora que los ambientes industriales eran amenazadores para la sexualidad femenina, la fábrica era un sitio de degeneración moral, un espacio de perdición y de prostitución. A partir de esa exposición podemos percibir, que la situación material/física ponía en riesgo la “honradez de las mujeres”. No sería la liviandad, sino la carencia económica responsable por hacerla entrar en un mercado que la rotularía y la tornarí indeseable.

La situación de desigualdad social provocaba o exponía las mujeres a riesgos de diversa ordenes, entre las cuales se pueden añadir las cuestiones morales. Carla Pinsky (2014) indica en sus estudios que la condición económica de la persona impactaba en su conducta moral y cómo sería tratada por la sociedad.

Pinsky después de examinar un amplio conjunto documental, sugiere que las mujeres a mediados del siglo XX, en Brasil, podrían ser clasificadas básicamente en dos categorías: “de familia” y “livianas”. Evidentemente eran clasificaciones del período, como los productores de información se referían a las mujeres, según sus hábitos. Las jóvenes de las clases socioeconómicas más elevadas deberían portarse con donaire, pues su futuro de esposas y madres sería amenazado por una conducta liviana. Mientras tanto, las

muchachas de clases laborales, que aceptaban trabajos en ambientes considerados peligrosos enfrentaban el rigor del juicio social, que solía excluirlas, al considerarlas susceptibles a la promiscuidad. Principalmente si tenían relaciones sexuales; por voluntad propia o forzadas, y, terminaban de cualquier forma embarazadas.

Se puede observar que las mujeres, en conjunto, no habían sido plenamente incorporadas a la sociedad. Seguían siendo discriminadas y tratadas de manera misógina. Lo que Thébaud (1993) expuso al examinar la mitad del siglo XX parece poder ser replicado para muchos países. En sus palabras: “El siglo XX, siglo de la psicología y de la imagen, confirma ante todo que la cultura occidental ha desarrollado pocas maneras de representar positivamente a las mujeres” (Thébaud, 1993: 12). El proceso de cambio de mentalidad no ocurre de inmediato, al contrario, es un proceso arduo y largo.

En el siglo XX permanecía existiendo una situación ambigua, en que las mujeres estaban en una frontera nebulosa y seguían siendo marginadas. El modelo defendido por algunos en España y en Brasil, de que la mujer digna debería permanecer protegida en el hogar no era aplicable a todas las mujeres, por lo tanto, había la consciente exclusión de una parcela de la sociedad. Además, el hecho de que las mujeres no fueran vistas en espacios públicos, no significaría su pasividad o letargia. Conforme lo expuesto por Eni Samara, al realizar una relectura del pensamiento de Foucault: “El trabajo y la vida doméstica entendidos como escenario de lucha y de articulación de los ‘micropoderes’, en una trayectoria que abarca un doble proceso de participación y de exclusión” (Samara, 1993: 710).

Aunque la situación social y económica no fomentase la participación de algunas mujeres en actividades productivas fuera del hogar, el modelo predominante el estimulado por las autoridades estatales y religiosas era de dedicación a los deberes domésticos. Para evidenciarlo podemos observar el

pensamiento de un importante representante del tradicionalismo político y religioso.

Plinio Corrêa de Oliveira (1969), líder del grupo Tradición, Familia y Propiedad ejercía enorme influencia sobre autoridades políticas y religiosas, replicaba la mentalidad dominante de que las mujeres deberían cuidarse para asegurar un matrimonio y constituir una familia, antes que involucrarse en actividades indignas de una “chica de familia”, es decir, debería ser una muchacha dócil y servil.

Algo muy semejante era defendido en España, cuando María Ángela Moraga (2008) expone la situación femenina bajo la influencia del régimen franquista. Según ella, Pilar Primo de Rivera, era una ardorosa defensora de que las mujeres mantuviesen sus roles tradicionales. Por lo tanto, la existencia de las mujeres era definida por su sexo. Una violencia establecida en diversos niveles, que imponían fronteras que solo podrían ser superadas con mucha dificultad.

La misoginia se estampaba de diversas maneras, así como la violencia. Algunas más evidentes y otras veladas por la naturalización. Sin embargo, la degradación de las mujeres, de sus cuerpos y psique iban más allá de la segregación laboral o humillaciones verbales

La violencia provocada a las mujeres se debió al hecho de ser mujer. La violencia cometida contra tantas mujeres a lo largo de la historia revela que ellas eran vulnerables a violencias debido a su condición femenina. En diversos contextos, violencias eran realizadas, como lo evidenciado por Rago (2000), Samara (1993) o Gebara (2005), en una situación en la cual hasta el habla podría ser controlada.

4 Conclusiones

El Tratar de la historia de violencia contra las mujeres es esencial, para demostrar que no hubo un acto aislado de persecución o un episodio accidental. Aunque siempre tengamos que observar los hechos dentro de su contexto histórico, no podemos ignorar la

existencia de un modelo que ha sido extremadamente perjudicial a una fracción significativa de la población mundial, pero no apenas por su número, sino porque cada mujer víctima de una acción de violencia física o moral es una tragedia en sí misma.

Conforme hemos observado, la violencia es un fenómeno humano. No obstante, eso no nos escusa permanecer resignados, sino hacer como Estados y la Iglesia hicieron, sino por voluntad propia por lo menos por diálogo con la sociedad, adaptando sus discursos y acciones para incluir a las mujeres, reconociendo que cualquier violencia contra ellas es una violencia contra la humanidad.

Bibliografía

- ARENDDT, HANNAH. (2006). *Sobre la violencia*. Alianza editorial
- ARENDDT, HANNAH. (2013). *Eichmann en Jerusalén*. Lumen.
- BERGER, PETER. (1971). *El dosel sagrado*. Amorrortu.
- BERNAL CRESPO, JULIA SANDRA, OROZCO ARCIERI, CARLOS ANDRÉS, & MOLINARES HASSAN, VIRIDIANA. (2016). Foucault and Homosexuality: From Power Relation to Practice of Freedom. *Revista de Derecho*, (46), 111-130. <https://doi.org/10.14482/dere.46.8813>
- BOURDIEU, PIER. (1996) *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Campinas: Papirus Editora.
- BUTLER, JUDITH. (2007). *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*. Paidós.
- CONTRERAS, FRANCISCO JOSÉ. (2021). Biden y la diversocracia. *Razón española*, ISSN 0212-5978, N°. 224, págs. 81-85
- EGIDO LEÓN, ÁNGELES. (2011). Mujeres y rojas: la condición femenina como fundamento del sistema represor. *Studia Histórica. Historia Contemporánea*, 29, 19-34.

- FOUCAULT, MICHEL. (2006). *Seguridad, territorio, población*. Fondo de cultura económica.
- FOUCAULT, MICHEL. (1982). *The subject and power*. *Critical inquiry*, 8(4), 777-795. <https://doi.org/10.1086/448181>
- FREEDMAN, LAWRENCE. (2016). *Estrategia a: una historia*. La esfera de los libros.
- GEBARA, IVONE. (2005). *As águas de meu poço*. São Paulo: Brasiliense.
- GIRARD, RENÉ (1995). *La violencia y lo sagrado*. Barcelona: Anagrama.
- GROSSI, MIRIAM PILLAR. (1993). *De Angela Diniz a Daniela Perez: a trajetória da impunidade*. *Revista Estudos Feministas*, 1(1), 166.
- KUBY, GABRIELE (2015). *The global sexual revolution : destruction of freedom in the name of freedom*. Angelico press.
- MESQUITA SAMARRA, ENI DE. (1993). A mulher e a família na historiografia latino-americana recente. *Anos 90*, 1(1), 23-47. <https://doi.org/10.22456/1983-201X.6116>
- MORAGA GARCÍA, MARÍA ÁNGELES (2008). *Notas sobre la situación jurídica de la mujer en el franquismo*. <https://doi.org/10.14198/fem.2008.12.09>
- MOSCOVICI, SERGE. (1985) *Psicología social, I: influencia y cambio de actitudes, individuos y grupos*. Barcelona: Paidós Ibérica, .
- OLIVEIRA, PLINIO. CORREA. (1969). *Familia*. Folha de São Paulo. São Paulo. 24 de abril de 1969 [En línea]. Disponible en: <
<https://www.pliniocorreadeoliveira.info/FS/P%2069-04-24%20Familia.htm>> .
Consulta en: 14 feb. 2023.
- PINSKY, CARLA BASSANEZI. (2014). *Mulheres dos anos dourados*. Editora Contexto.
- RAGO, MARGARETH. (2000). *Trabalho feminino e sexualidade*. En: PRIORE Mary del (Org). *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto.
- SAMARA, ENI DE MESQUITA. (1993). *Manos femeninas: trabajo y resistência de las mujeres brasileñas*.
- SOIHET, RACHEL. (2001). *Mulheres pobres e violência no Brasil urbano*. En *História das mulheres no Brasil* (pp. 362-400).
- THÉBAUD, FRANÇOISE. (1993) *Introducción*. En: DUBY, Georges; PERROT, Michelle. *Historia de las mujeres: El siglo XX*. Madrid: Taurus ediciones.
- TRUJILLO CRISTOFFANINI, MACARENA. (2019). Misoginia y violencia hacia las mujeres: dimensiones simbólicas del género y del patriarcado. *Atenea* (Concepción), (519), 49-64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-04622019000100049>
- ŽIŽEK, SLAVOJ. (2017). *Sobre la violencia*. Barcelona: Paidós.



Conductas de riesgo y programas de prevención en adolescentes institucionalizados

Risk behaviours and prevention programmes in institutionalised adolescents

Juan Carlos Fernández Rodríguez

Universidad del Atlántico Medio
juancarlos.fernandez@pdi.atlanticomedio.es
ORCID 0000-0003-3312-861X

Neidy Zenaida Domínguez Pineda

Universidad del Atlántico Medio
Neidy.dominguez@pdi.atlanticomedio.es
ORCID 0000-0002-8574-2606

Fernando Miralles Muñoz

Universidad San Pablo CEU
f.miralles@ceu.es
ORCID 0000-0003-3382-5343

Lenny Liz

Universidad Antonio de Nebrija
llizri@nebrija.es
ORCID 0000-0003-1990-7860

Resumen

Se realiza una revisión bibliográfica para conocer los factores de riesgo de cara a conocer la presencia de conductas problemáticas, incluida la violencia, en los residentes menores de edad en acogimiento residencial. De forma específica, se revisan aquellos trabajos en los que existen programas de intervención sobre las distintas conductas de riesgo. El objetivo es poner de relieve las posibles deficiencias en cuanto al tratamiento de los menores en hogares de acogida. Los resultados muestran las altas tasas de conductas problemáticas entre los menores residentes de los hogares de acogida, igualmente, se pone de relieve a través de la revisión la importancia del trabajo realizado en dichos hogares de cara a la detección, prevención y tratamiento de las conductas problemáticas detectadas.

Palabras clave: Hogares de acogida, Conductas problemáticas, Prevención, Tratamiento.

Cómo citar este trabajo: Fernández Rodríguez, Juan Carlos, Domínguez Pineda, Neidy Zenaida, Miralles Muñoz, Fernando y Liz, Lenny (2023). Conductas de riesgo y programas de prevención en adolescentes institucionalizados. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (2), 42–56. <https://doi.org/10.46661/respublica.8286>

Recepción: 07.05.2023

Aceptación: 21.06.2023

Publicación: 26.06.2023

 Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

Abstract

In the present work a bibliographic review is presented on the presence of problematic behaviors, including violence, in the minor residents in residential foster care. Specifically, those works are reviewed in which there are intervention programs on the different risk behaviors. The objective is to highlight possible deficiencies in the treatment of minors in foster homes. The results show the high rates of problematic behaviors among the minors residing in the foster homes. Likewise, the importance of the work done in these homes in the detection, prevention and treatment of behaviors is highlighted through the review. Problems detected.

Key words: Foster homes, problematic behaviors, prevention, treatment.

1 Introducción

No cabe duda que los jóvenes y niños de nuestra sociedad se enfrentan a problemas particulares que quizás se desconocían en otras épocas. De esta forma, la delincuencia, las drogas, el maltrato y la existencia de familias desestructuradas han dado lugar a menores de edad que necesitan de un amparo y una protección especial, incluso el fenómeno global de la migración, desemboca a menudo en la presencia de menores no acompañados a los que es necesario proporcionarles un amparo con las debidas garantías. Algunos menores requieren una protección especial frente a las conductas negativas a las cuales se pueden enfrentar; el menor es una víctima vulnerable a la que se le debe de dispensar una mayor y especial protección (Fernández-Aparicio, 2008).

La protección que se debe proporcionar a los menores se da ante dos situaciones fundamentales, por un lado, en situaciones de riesgo y por otro, en situaciones de desamparo. Aunque existen múltiples situaciones de riesgo, las situaciones de desamparo son aquellas en las que puede existir incumplimiento, imposibilidad o un inadecuado ejercicio de protección establecido por la ley para la guarda de menores (artículo 172 del Código Civil Español, 2023).

Una de las soluciones ante la requerida protección de los menores es la existencia de hogares de acogimiento residencial. Estos centros asumen de forma temporal la educación y el cuidado de los niños y niñas que carecen de un entorno que satisfaga sus necesidades biológicas, sociales y afectivas, y tienen encomendado como principal objetivo lograr que recuperen su entorno familiar o buscarles un entorno familiar adecuado, tal y como recoge la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Boletín Oficial del Estado 180, España, 2015). El acogimiento debe, por tanto, facilitar al menor los cuidados propios que le procurarían sus progenitores.

Los hogares de acogida pueden ser estrategia relevante para remediar los riesgos de desarrollo en los menores (Leloux-Opmeer et al., 2016).

Siguiendo a Da Silva (2017), una de las ventajas de los hogares de acogida es la atención de apoyo especializado durante las 24 horas del día, como desventaja algunos autores afirman el riesgo de exclusión social de los menores, aunque esta afirmación no puede ser aceptada como definitiva debido a la escasa investigación realizada sobre el tema (Fernández y Liz, 2019).

Igualmente se afirman problemas de los menores en el sistema neuroendocrino y por tanto en la regulación de la conducta emocional, déficits neuropsicológicos (atención, memoria visual y sistema de control de impulsos), también se apuntan mayores niveles de ansiedad, depresión, problemas emocionales y conductuales.

Una de las cuestiones fundamentales de los jóvenes en acogida es la alta prevalencia de trastornos mentales, especialmente en forma de trastornos de conducta (González-García et al, 2017; citado por Suárez, 2022). A pesar de estar bien documentada la morbilidad de dichos trastornos, a menudo son pasados por alto (Stahlberg et al., 2010). Así, en un metaanálisis, Fazel et al., (2008) encontraron altas tasas de trastornos de conducta, trastornos del estado de ánimo, trastornos por déficit de atención y un aumento de diez veces de trastornos psicóticos entre adolescentes institucionalizados en comparación con la población general. Incluso se ha encontrado que la atención institucionalizada está asociada a menudo con un desarrollo cognitivo deficiente, presentando una mayor incidencia en los niños con menor acceso a una atención personalizada (Berens y Nelson, 2015).

Los trastornos de conducta que potencialmente pueden sufrir los menores en acogimiento y otras formas de convivencia institucional, podrían afectar de forma severa a la salud, también ejercer un enorme efecto negativo sobre todos los ámbitos de la vida:

tanto académica; se pueden citar los bajos logros de los menores institucionalizados en lectura y matemáticas (Berger et al., 2015), como personal y social (González y Lozano, 2017). Pero tienen igualmente la potencialidad de aumentar el riesgo de padecer trastornos mentales, abuso de sustancias y criminalidad en la edad adulta (Hofvander et al., 2009). Los menores que se encuentran en cuidados alternativos, son especialmente vulnerables a la violencia, antes y durante su experiencia en el cuidado e igualmente vulnerables a largo plazo (Brodie y Pearce, 2017).

Ya de forma tradicional se ha señalado la importancia de la detección de problemas en los niños que viven en hogares de acogida, con el fin de aportar los servicios de tratamiento con mayor eficacia (Clausen et al., 1998). De forma más reciente, se apuntan buenos resultados en los programas con menores no acompañados, tanto a nivel académico, social y en cuanto al área de salud (Evans et al., 2018).

Ya en el año 1992, Fernández del Valle afirmaba que la psicología está en condiciones de desarrollar instrumentos de evaluación y programas de intervención que no perturben el desarrollo del niño, siendo importante disponer de una adecuada metodología de evaluación del contexto institucional, así como un control adecuado de los programas. Este autor señala la importancia de la psicología ecológica, en cuanto a que se considera idóneo valorar el contexto residencial para poder evaluar cualquier programa que se desarrolla en él.

El autor antes citado, desarrolla además un instrumento para la evaluación de los programas de acogimiento residencial, el cual comprende dos apartados, la evaluación de los efectos producidos, tanto en el periodo en el que el niño está en el centro como en la siguiente etapa de su vida y también la evaluación del propio recurso, con el cumplimiento de los indicadores de calidad de la atención recibida por los menores (Arteaga y Fernández Del Valle, 2001).

En base a todo ello, es básico y necesario plantear una constante intervención sobre los menores que viven en régimen de acogimiento, tanto a nivel de intervención como a nivel preventivo, a fin de reducir al máximo los efectos perjudiciales que puedan sufrir en el futuro.

2 Objetivos y método

Describir las características de la población adolescente institucionalizada en relación con las conductas de riesgo.

De forma específica:

- Conocer los factores de riesgo en la población adolescente institucionalizada para desarrollar conductas violentas.
- Conocer las tasas de prevalencia de trastornos mentales asociados en la población estudiada.
- Conocer los programas de prevención de conductas de riesgo, incluidas las conductas violentas y la promoción de hábitos saludables en población adolescente en situación de acogimiento institucional.

Se realiza una revisión bibliográfica durante el mes de enero de 2023. Las bases de datos que han sido consultadas para la búsqueda bibliográfica son las siguientes: ERIC, SCOPUS, REDALYC, E-JOURNAL, CINAHL, PSICODOC y "Psychology and Behavioral Science Collection". Además de las bases citadas, se han consultado otras fuentes que pudieran ser relevantes con el fin de aportar artículos de importancia en la búsqueda documental, como puede ser Google Académico (Tabla 1).

Tabla 1. Ecuaciones de búsqueda del estudio

Base de datos	Ecuación de búsqueda	N.º referencias encontradas	N.º tras leer resumen	N.º tras lectura crítica
ERIC	"Prevention or intervention or treatment or program "AND " adolescents or teenagers or young adults" AND " institutional care	5	3	2

	" " Foster care "AND "violence"			
SCOPUS/ Science direct	"Prevention or intervention or treatment or program "AND " adolescents or teenagers or young adults" AND " institutional care " " Foster care "AND "violence"	2	2	1
REDALYC	"Programas de psicoeducación" AND "adolescentes" AND "institución"	1	1	0
E- Journal	"Prevention or intervention or treatment or program "AND "adolescents or teenagers or young adults" AND " Foster care "AND "violence"	20	8	6
CINAHL	"Prevention or intervention or treatment or program "AND "adolescents or teenagers or young adults" AND " Foster care "AND "violence"	21	2	2
Google académico	"Programas de psicoeducación para adolescentes institucionalizado s"	3	3	3
PSICODOC	"Programas de psicoeducación" AND "adolescentes" AND "institución"	2	0	0
Psychology and Behavioral Science Collection	"Prevention or intervention or treatment or program "AND "adolescents or teenagers or young adults" AND " Foster care "AND "violence" "Psychoeducatio nal intervention" AND "adolescents or teenagers or young adults" AND " Foster care "AND "violence"	2	2	1
TOTAL DE ARTÍCULOS SELECCIONAD OS			15	

Fuente: Creación propia a partir datos seleccionados.

De todos los artículos encontrados, se han seleccionado solamente aquellas referencias que cumplen los objetivos propuestos en el presente trabajo. La selección de artículos se ha sido realizada en varias fases. En un primer momento se ha leído el resumen de la publicación, a través de dicha lectura se ha procedido a una primera eliminación de artículos. Los artículos que han pasado esta primera lectura se ha procedido a una lectura crítica de la totalidad de la publicación, obteniendo por tanto la totalidad de los trabajos seleccionados.

En la tabla 2 se exponen los criterios de inclusión y exclusión, y en la tabla 3 los descriptores o términos documentales, tanto en español como en inglés.

Tabla 2. Criterios de inclusión y exclusión para la consideración de trabajos

Criterios de Inclusión
<ul style="list-style-type: none"> Idioma: inglés y español Ámbito: comunitario y residencial Población: adolescentes y adultos jóvenes / trabajadores y profesionales de instituciones de menores Investigación: cuantitativa / cualitativa Estudios en el ámbito de la prevención, la promoción y la intervención psicológica Recuperados a texto completo
Criterios de Exclusión
<ul style="list-style-type: none"> Estudios de revisión bibliográfica sistemática y meta-análisis, estudios de caso único, y artículos teóricos. Estudios en el ámbito de intervención de otros profesionales como enfermería y medicina. Estudios de población no institucionalizada

Fuente: Creación propia a partir datos seleccionados.

En la tabla 2 anterior hemos observado los criterios de inclusión y exclusión, y seguidamente en la tabla 3 los descriptores o términos documentales, tanto en español como en inglés.

Tabla 3. Términos documentales

Descriptores en Español e Inglés
<ul style="list-style-type: none"> Prevención/Prevention Intervención o tratamiento/Intervention or treatment Programa de psicoeducación /Program/Psychoeducational intervention

- Adolescentes o jóvenes institucionalizados/Teenagers or young adults Institutional
- Hogar de acogida/Foster care

Fuente: Creación propia a partir datos seleccionados.

3 Resultados

A Los estudios encontrados en esta revisión muestran de forma general unos mayores índices de conductas disruptivas, violencia incluida, en los menores sometidos a institucionalización o acogimiento que los menores que no se encuentran en dichas situaciones (Delgado et al., 2012). Si bien es cierto que los niveles de conductas problema son menores que en grupos de menores que están sometidos a otras formas de guarda más estrictas como pueden ser las instituciones penitenciarias. Las conductas problemáticas, sin un debido tratamiento, van a manifestarse en los residentes, una vez cumplida la mayoría de edad y una vez que se abandonan los hogares de acogida.

La mayor parte de los estudios utilizan una metodología descriptiva, no se han localizado más estudios que realicen un adecuado seguimiento longitudinal.

En cuanto a la procedencia del acogimiento y la adaptación normalizada, tal como indica el estudio de Fernández-Molina et al. (2011), son los adolescentes adoptados los que obtienen mejores puntuaciones en comparación con los adolescentes acogidos por sus abuelos y los acogidos en centros en relación a presencia, gravedad y alteraciones patológicas. En otros estudios en los que se compara a los menores en acogimiento por familia ajena y por familiares, se indica que los menores que son adoptados por algún miembro de la familia extensa presentan menor número de alteraciones conductuales (Keller et al., 2001).

La negligencia en el cuidado es el trauma más frecuente en los menores que son objeto de estudio de los trabajos analizados. De esta forma los menores que muestran mayores números de conductas problemáticas son aquellos que han sufrido un mayor número de traumas a lo largo de su vida.

Un mayor número de sucesos vitales estresantes como pueden ser abusos, violaciones o torturas están asociados a mayores niveles de conductas problemáticas (Fernández, Domínguez, y Miralles, 2020). En cuanto a la violencia es preciso analizar las causas iniciales de la misma, pueden ser niños que han sufrido violencia de diferente tipo, en la escuela, en la familia, con las parejas, etc. En los centros de acogida se puede reproducir el conflicto, siendo necesario por lo tanto realizar una intervención específica para prevenir que en el futuro los niños no reproduzcan la situación vivida.

También se puede destacar del análisis de los trabajos encontrados entre violencia y eventos traumáticos experimentados en la infancia, sobre todo maltrato y abuso, que dichos factores pueden desembocar en el futuro desarrollo de trastornos mentales (Garrido et al., 2011). En el citado estudio y en cuanto al género, parece que los menores masculinos sufren de mayores niveles de conductas problemáticas que los menores de género femenino. Por el contrario, los menores de género femenino sufren mayor número y gravedad de problemas emocionales que los menores de género masculino.

Podemos observar a través de los estudios seleccionados no solo la presencia de determinadas conductas problemáticas, también la presencia de una elevada prevalencia de trastornos psiquiátricos. De esta forma es de resaltar el estudio realizado por Ståhlberg et al., (2010), donde se ha encontrado un 73% de diagnóstico psiquiátrico, 48% de menores con TDAH, 17% de menores con un criterio de trastorno espectro autista, 10% con un criterio de retraso mental y un 63% con necesidad de atención especializada. Es necesario resaltar que este estudio se ha realizado en Noruega, un país de los denominados del primer mundo y con un nivel de protección al menor que se puede considerar elevado, al menos en comparación con países menos desarrollados o con menor poder económico.

Por otro lado, Tubac (2013), observó que el 32% de su muestra mostraba síntomas de depresión unidos a sentimientos de culpabilidad. Esto también se confirma en el estudio de Whitted et al., (2013) en el que el 57% de los niños (3-11 años) en acogimiento institucional presentaba síntomas emocionales junto a otras alteraciones (84% problemas de conducta, 75% hiperactividad y un 68% con problemas en la relación entre iguales). Al igual que Monzón (2014), en el que el 76,67% de la muestra tenía dificultad para expresar sentimientos. En general se muestran importantes problemas a nivel emocional y conductual con índices elevados de ansiedad y depresión (Gunnar y Van Dulmen, 2007; Kjelsberg y Nygren, 2004).

Los síntomas internalizados de ansiedad y depresión parecen estar relacionados con una estancia en centros de acogida por encima de los dos años (Shechory y Sommerfield, 2007). En el estudio de Delgado et al., (2012), los adolescentes institucionalizados también presentan un aumento de la agresividad, problemas de conducta, percepción negativa hacia los profesores junto a una reducción en el ajuste personal relacionado con el tiempo de estancia en la institución, cuestión que parece confirmada por Ismayilova et al., (2023), si bien es cierto que en esta investigación los menores participantes son niños con alguno de sus progenitores vivos, pero que son enviados a acogimiento para poder recibir educación, comida y vivienda, además, ya habían experimentado perturbaciones dentro de sus entornos familiares y múltiples eventos traumáticos. Parece que los problemas de internalización se manifiestan con mayor probabilidad en los menores de género femenino (Greeson et al., 2011 y Wiik et al., 2011).

Es de resaltar el estudio de revisión sistemática sobre violencia realizado por Sherr et al., (2016). El trabajo aborda las experiencias de violencia y abuso en la atención institucionalizada. Se resalta que maltrato y el abuso pueden ser un conductor del retraso cognitivo. La mayor parte de los

estudios analizados registran déficits cognitivos asociados con la institucionalización. La principal vía de intervención para mejorar el desafío cognitivo parece ser la ubicación fuera de las instituciones que muestra beneficios y corrige algunos resultados cognitivos, pero no es una panacea total. Estos datos sugieren que, a pesar de la escasez de estudios, la violencia y el abuso, por comisión u omisión prevalecen en las instituciones, tiene un efecto en el bienestar del niño y es susceptible de intervención.

En relación con la finalización de la institucionalización, Fernández del Valle et al., (2003) exploraron la influencia del acogimiento residencial en adolescentes con la integración socio-laboral tras el abandono del centro. Se encontró una correlación significativa entre el fracaso en la posterior integración y los reiterados cambios de residencia (Liz, 2018;2020). Se considera importante en cuanto al éxito de la integración una estancia mínima en el centro (Martín et al., 2007). El proceso se complica cuando el egresado no cuenta con el oportuno desarrollo de capacidades técnicas, certificación o acreditación de competencias y trayecto de vida profesional para poder acceder a una oportunidad laboral (Chilmaza y Coronado, 2019).

Los resultados analizados, también muestran que la institución fomenta una red de seguridad con un mayor empoderamiento para la vida en comunidad (Klodnik et al., 2014). En relación a dicha cuestión, es de especial importancia abordar la influencia de los educadores de los centros de acogida. Mota et al., (2016) y Rayburn et al., (2018) especifican que los educadores son figuras significativas para el desarrollo de la resiliencia e inhibición de la conducta desviada, además de proporcionar a los menores en acogida sentimientos de seguridad que atenúa las experiencias traumáticas sufridas. Se ha señalado la importancia de una red de apoyo social como garantía para una mejor inserción de los

jóvenes al abandonar el acogimiento residencial (Campos et al., 2020).

Se han encontrado dos estudios acerca de programas de prevención de conductas de riesgo en adolescentes institucionalizados. Ambos programas están relacionados con las habilidades sociales. El estudio de Peres (2008), desarrolla un programa para favorecer el afrontamiento, basado en el aprendizaje de técnicas asertivas y de interacción; los resultados del programa avalan su utilizando, demostrando la mejora en las habilidades entrenadas del grupo experimental. El estudio de Monzón (2014), después de analizar cómo son las habilidades sociales de la población de estudio, hace una propuesta de entrenamiento en dichas habilidades dividido por áreas.

Un resumen de los principales hallazgos encontrados en los estudios se puede ver en la Tabla 4.

Tabla 4. Resumen de los resultados encontrados en los artículos seleccionados del estudio

N.º Referencia	Diseño	Objetivo	Metodología	Conclusiones
Atiola (2012) - Etiopía	Cualitativo-descriptivo	Evaluar antecedentes familiares y estado físico y mental en adolescentes procedentes de diferentes instituciones de atención.	n=144. Centros de atención penitenciaria n= 76. Centros de acogimiento/desamparo (10-20 años) Instrumentos: -Cuestionario sociodemográfico y de antecedentes familiares -Evaluación neurológica y antropométrica proforma -Evaluación de psicopatología en niños y adolescentes (KSADS)	En ambos grupos: existencia de separación parental, experiencias traumáticas, niveles elevados de estrés posttraumático. En el grupo de atención penitenciaria: Mayor número de conductas alteradas Mayor consumo de alcohol y sustancias En grupo de acogimiento: Menores niveles antropométricos Mayores niveles de trastornos neurológicos
Barter y Lutman (2016) - Reino Unido	Cualitativo-descriptivo	Describir la problemática de los cuidadores en acogimiento familiar.	n= 32 cuidadores n= 26 mujeres n= 6 varones - Grupos de discusión (3 grupos focales)	Influencia de los hijos biológicos en el desarrollo de violencia de los niños de acogida hacia los hijos biológicos y hacia los cuidadores mismos. Presión para acoger mayor número de niños. Falta de formación para manejar situaciones conflictivas Escasa información sobre determinados problemas que afectan al

Dinisman y Zeira (2011) - Israel	Cuantitativo-correlacional	Describir características individuales, apoyo social y características institucionales previo al abandono de la institución	n= 272 (M=19; SD=0.25) (60,7% varones y 38,6% mujeres) 38,2% procedentes de entornos educativos 30,1% procedentes de asistencia social 31,67 % procedentes de instituciones mixtas Instrumentos: -Encuesta autoadministrada	comportamiento de los niños en acogida Apoyo externo / intervención insuficiente Visión negativa del trabajo social. Menor nivel de estudios superiores Variables influyentes en el abandono de la institucional a nivel individual (autoestima e integración laboral) Apoyo social del grupo de iguales y de educadores. Las características institucionales y programas realizados no fueron relevantes
Fowler, Toro y Miles, (2009) -USA-	Cualitativo-descriptivo	Evaluar la prevalencia y naturaleza de los problemas de acceso a la vivienda en adolescentes que abandonan el hogar de acogida.	n=265 adolescentes en seguimiento de 2 años tras el abandono del hogar de acogida (19- 23 años) -Historia sobre transición de vivienda -Historia sobre hogares de acogida Instrumentos: del bienestar emocional y conductual en adolescentes y adultos sin hogar (Diagnostic Interview Schedule) -Physical and Sexual Victimization Scale	Se encontraron problemas en cuanto al acceso a vivienda: (57%) tienen vivienda estable desde el abandono del hogar de acogida. (12%) vivienda inestable inicial que se asegura durante el seguimiento (11%) estabilidad de la vivienda tras la salida del hogar de acogida, pero vivienda precaria o sin ella posteriormente (20%) considerados sin hogar Se relaciona inestabilidad en la vivienda con problemas emocionales y de conducta (victimización física y sexual, condena penal, y abandono escolar). Los adolescentes que abandonan los hogares de acogimiento presentan mayor dificultad para el acceso a vivienda y riesgo de estar sin ella. Se muestra necesidad de programas de intervención de carácter preventivo.
Garrido, Culhane, Petrenko y Taussig (2011) -USA-	Cualitativo-descriptivo	Evaluar la influencia de la exposición a la violencia de pareja (frecuencia, proximidad y severidad) en el desarrollo de problemas psicosociales en adolescentes	N= 140. Mujeres (52.9%, n = 74; 12-15 años, M=13.44 SD = .93). -Procedencia del cuidado: cuidado familiar (32.1%); cuidado de crianza adoptivos (9.3%); atención institucional (10.0%); padres biológicos (30,7%). -Procedencia: hispanos (43.6%); caucásicos (47.1%); afroamericanos (31.4%); americanos nativos (6.4%); asiáticos o isleños del Pacífico (2.8%) -Instrumentos: Exposición a la violencia de pareja- Physical Assault Scale of the Revised Conflict Tactics Scale (CTS2) de Straus et al. 1996;	Los niños que están expuestos a violencia de pareja presentan mayor problemática social y en el cuidado que los niños que no están expuestos. Mayor exposición a la violencia en niñas Mayor exposición en adolescente a violencia comunitaria lo que conlleva a mayores problemas en el cuidado Asociación entre exposición a la violencia de pareja con problemas psicosociales y en el cuidado en adolescentes

		Problemas psicosociales en cuidadores -Escala de problemas de la lista de verificación de comportamiento infantil (CBCL); Autoinforme De La Juventud (YSR; Achenbach y Rescorla 2001); Gravedad de maltrato (CPS); Exposición a la violencia en la comunidad (Richters y Martínez 1993).		-Escala de comportamientos desviados (Gouveia-Pereira y Carita,2005) - Escala de resiliencia (adaptado por Felgueiras, 2008)	
Peres, M. (2008)	Cuantitativo descriptivo correlacional		N=70 adolescentes, sexo femenino Instrumentos: Medidas de autoinforme, autorregistros, entrevista, escala de afrontamiento para adolescentes de Frydenberg y Lewis, 1978. Talleres divididos en habilidades sociales básicas, avanzadas, las emociones y la agresión	Tras la intervención, las adolescentes aumentan sus habilidades de expresión, de defensa de los propios derechos, de expresión de ira, de hacer peticiones y mejora la interacción.	
España		n= 2251 21 años; M= 9.5, SD= 4.3) (52.2%) mujeres; (38.6%) raza negra; (49.1%) raza blanca (15.7%) hispanos Instrumentos: - Índice de Reacción-Trastorno de Estrés Posttraumático (PTSDRI) Steinberg, Brymer, Decker, & Pynoos, 2004) - Perfil de la historia del trauma (THP) proporcionado por el PTSDRI. - Exposición a trauma complejo (Cook et al.,2005; van der Kolk, 2005). -Lista sobre comportamiento infantil ((CBCL. Achenbach & Rescorla, 2001) -Evaluación clínica.	Negligencia como trauma más frecuente Los adolescentes con traumas complejos presentan mayor número de exposiciones a situaciones traumáticas en general. Mayor exposición a traumas complejos en raza blanca La exposición a traumas complejos está más asociada a internalización (60%) y a problemas conductuales. La internalización afecta más a las mujeres. Mayor probabilidad (53%) de sufrir EPT en adolescentes con exposición a traumas complejos.		
Greeson, Briggs, Kiesel, Layne, Ake, Ko y Fairbank (2011) -USA-	Cualitativo descriptivo	Analizar la exposición a traumas, estrés posttraumático (EPT), y alteraciones emocionales y conductuales en residentes en hogares de acogida	n= 175 (11 -16 años M = 13, SD = 1.36) Afroamericanos (41%; n = 72); caucásicos (43%; n = 76), americanos nativos (11%; n = 19); asiáticos / hawaianos/ pacífico (2%; n = 3); Otras razas (3%; n = 5). Mujeres (51%; n = 89) Hombres (49%; n = 86) Instrumentos: -Escala de Exposición a la Violencia para Niños (VEX-R; Fox y Leavitt,1995) -Relación con el cuidador a través de cuestionario Rochester abreviado para estudiantes (RAPS-S)	La relación con el cuidador proporciona sentimientos de seguridad que atenúa las experiencias en cuanto a exposición a la violencia y la internalización/externalización del evento traumático.	
Rayburn, Wither y McWhey (2018) -USA-	Cuantitativo comparativo		Evaluar la exposición a la violencia y su relación con la salud mental, la relación entre el cuidador y el adolescente y la internalización/externalización de los síntomas de trauma.		
Klodnick, Davis, Fagan Y Elias (2014) -USA-	Cualitativo descriptivo	Descripción sobre el proceso de transición en adolescentes con problemas de salud mental que abandonan el sistema de protección infantil.	n=16 evaluación previa a la salida de la institución n= 13 evaluación posterior a la salida de la institución Instrumentos: -Entrevistas semiestructuradas-abiertas (adaptación del MacArthur: estudio cualitativo de la Fundación sobre la transición a la edad adulta.	La institución fomentaba una red de seguridad Mayor empoderamiento para vida en comunidad Expectativas futuras positivas pero vagas Preocupación sobre el futuro Percepción de falta de apoyo tras la post-emancipación	
Monzón (2014)	Cuantitativo descriptivo	Descripción de las habilidades sociales de los adolescentes institucionalizados y propuesta de un programa de habilidades sociales	N=70 adolescentes de 14-17 años Instrumento: cuestionario de habilidades estructuradas de Goldstein et al., 1989	Programa de habilidades sociales dividido entre otras en las siguientes áreas: determinar las propias habilidades, resolver la vergüenza, presentar a nuevas personas, demostrar deportividad después de un juego, expresar los sentimientos, expresar afecto, hacer cumplidos, persuasión, dar instrucciones, reflexionar sobre los problemas, formular quejas...	
Ståhlberg, Anckarsäter, Nilsson, y Suecia-	Cuantitativo		Evaluar prevalencia psiquiátrica y trastornos de conducta en adolescentes institucionalizados.	n=100 92 varones (12-19; M=16; SD ± 1.5) 8 mujeres (14-17; M=15.1; SD ±1.1) Protocolo A: información sociodemográfica Protocolo B: función neurocognitiva Instrumentos: - Escala de inteligencia para adultos de Wechsler (WAIS) -Prueba de Wechsler Intelligence Scale for Children (WISC) -Inventario de Temperamento y Carácter (TCI) -Inventario de Temperamento y Carácter Junior (J-TCI) -Beck Youth Inventarios -The Autism-Inventario de Tics, TDA / H y otras comorbilidades (A-TAC) - Youth Self-Report (YSR) Protocolo C: enfermedades neuropsiquiátricas infantiles (TDA / H, TEA, tics y MR).	73% se diagnosticó con trastorno psiquiátrico 48% TDAH, 17% con un criterio de trastorno espectro autista 10% con un criterio de retraso mental 63% con necesidad de atención especializada Se sugiere la necesidad de evaluación para diseñar tratamientos específicos en adolescentes institucionalizados
Mota, Costa Y Matos (2016) -Portugal-	Cuantitativo comparativo	Evaluar la calidad de la relación de los educadores y su influencia en resiliencia y conductas desviadas en adolescentes institucionalizados.	n= 202 adolescentes institucionalizados (de 12-18 años; M= 14.96, SD = 1.80) 92 varones 110 mujeres Instrumentos: - Cuestionario sociodemográfico - Cuestionario sobre la institución - Cuestionario de Relación con Cifras Significativas (Mota& Matos, 2005)	Correlación positiva entre la calidad de la relación de los educadores con resiliencia y prevención de conductas desviadas. Los educadores son figuras significativas para el desarrollo de la resiliencia e inhibición de la	
Salazar, Keller, Gowen, y Courtney, (2013) -USA-	Cualitativo descriptivo		Evaluar exposición a diferentes eventos traumáticos en hogares de acogida además de analizar qué	n=732 Mujeres (51.5%) Varones (48.5%) 17 -18 años (M = 17.4, SD = 0.5). Tiempo en acogimiento (M= 10.8 años; SD = 4.0).	

eventos desencadenan en trastornos de Estrés Postraumático (EPT)	Afroamericanos (57,3%); caucásicos (31,0%) raza mixta (9,8%); indio americano / nativo de Alaska (1,4%) isleño asiático / pacífico (0,5%); hispanos (8,6%) hogares de acogida (35,8%); acogimiento familiar (30,5%); instituciones de tratamiento (18,1%); viviendas independientes (8,6%); instituciones de adopción (0,7%); otras situaciones (6,3%) Instrumentos: -Entrevista Internacional de Diagnóstico (CID) -Autoinforme para evaluación de eventos traumáticos y correspondencia con EPT.	experimentaron más violencia interpersonal y comunitaria. Las mujeres fueron más propensas a experiencias traumáticas de carácter sexual. Mayores experiencias traumáticas en función de raza (caucásicos mayor exposición a eventos traumáticos que afroamericanos) Sucesos como abusos, violaciones, torturas y víctimas de actos terroristas/bélicos presentaban mayores niveles de EPT.
--	---	---

Whitted, Delavega y Lennon-Deering (2013). -USA-	Cualitativo-descriptivo	Evaluar la prevalencia de problemas sociales, emocionales y de conducta, así como los síntomas relacionados con la salud mental en niños en situación de acogida institucional.	Alta prevalencia de problemas de salud mental. 81% (n = 544) de los niños presentaron niveles al límite o anormales. 90% (n = 618) de estos niños con niveles anormales presentan problemas de conducta, emocionales o de relaciones sociales. 84% (n = 563) presentaron problemas de conducta 75% (n = 498) presentaron síntomas de hiperactividad 68% (n = 460) presentaron problemas en la relación con compañeros 57% (n = 387) síntomas emocionales Las mujeres presentan medias más elevadas en síntomas emocionales (4,32), que los hombres (4,06) Relación significativa entre género y problemas de conducta (p = 0,000) Los hombres presentan medias más elevadas en conducta problemática (5,59) que las mujeres (5,01) Las mujeres internalizan más los problemas en relación a los hombres que se produce más la internalización/externalización En resumen, se hallaron diferencias significativas entre edad e hiperactividad (mayor hiperactividad en niños pequeños) síntomas emocionales y raza, género y conductas problema
--	-------------------------	---	--

Wiik y cols,(2011) -USA-	Cuantitativo-comparativo	Evaluar síntomas conductuales y emocionales en niños post-institucionalizados	(n = 68 niños post-institucionalizados. (edad 8-11)) (n = 74 niños adoptados internacionales) (n=76 niños no adoptados institucionalizados -MacArthur- Cuestionario de salud y comportamiento relacionado con el trastorno por déficit de atención / hiperactividad (TDAH), - Externalización/internalización de síntomas medidos a través de medias grupales dentro de los límites clínicos del síntoma.	Diferencias entre niños post-institucionalizados adoptados internacionales e y no adoptados en relación a desarrollo clínico-infantil normal Mayor sintomatología de TDAH en post-institucionalizados. Mayor nivel de externalización de síntomas en niños adoptados internacionales e Mayor nivel de internalización de síntomas en post-institucionalizados
--------------------------	--------------------------	---	---	---

Fuente: Creación propia a partir datos seleccionados.

4 Conclusiones y discusión

Como En general, podemos afirmar que las instituciones de acogimiento, a pesar de la gravedad de los problemas que presentan sus residentes, son una pantalla de protección frente al agravamiento de las conductas problemáticas, así como de la mejora de su capacidad resiliente, tanto en el presente como en el futuro de los residentes.

Hay muy pocos estudios sobre intervenciones en la violencia y conductas problemáticas para proporcionar una imagen clara de las acciones a realizar. Los que existen muestran que es posible reducir la violencia y las conductas problemáticas con intervenciones bien planteadas y diseñadas. Los datos sugieren que los menores más jóvenes corren un mayor riesgo de sufrir violencia y conductas problemáticas.

Se destaca el entrenamiento en habilidades sociales para mejorar el afrontamiento y evitar problemas de conducta en los adolescentes institucionalizados. Sobre todo, predominan las habilidades asertivas y de interacción con los demás. Estas habilidades proporcionarían al adolescente herramientas necesarias para mejorar la convivencia en los centros de acogida con los demás residentes y con los profesionales, y también les capacita para la salida de la institución.

Los programas de intervención con menores han de establecerse a todos los niveles y para todas las conductas problemáticas. Las necesidades de cuidados para los menores en

acogimiento son mayores que los necesitados por menores que se encuentran en un entorno familiar estable. A este respecto es necesario realizar una adecuada evaluación de la salud mental de los menores y que las intervenciones sean sensibles a las cuestiones de género y cultura y que sean además adecuadas para cada uno de los niveles de desarrollo de los menores (Fernandez y Miralles, 2014).

Es de resaltar que los educadores a cargo de los hogares de acogida poseen a menudo un bajo nivel de formación para hacer frente a las situaciones conflictivas que a menudo se presentan. Se hace necesario por tanto un decidido apoyo externo de cara al cuidado de los menores en acogimiento, apoyo materializado en programas de intervención para las conductas problemáticas detectadas. Una de las estrategias que posiblemente sea adecuado implantar es el apoyo entre el grupo de menores y el apoyo con los educadores, sería de especial importancia favorecer el apoyo y la competencia social de los menores. Tampoco se encuentran programas ni estrategias que cuiden o den apoyo psicológico a los educadores. Valga como ejemplo el informe elaborado por Tarín (2017) en la Comunidad Valenciana.

Con todo ello, creemos necesario afirmar la importancia de los hogares de acogida y de los profesionales que trabajan en dichos hogares. Es un hecho encontrado en los estudios, que las distintas instituciones realizan un importante papel de prevención y tratamiento en los menores que están a su cargo, si bien observamos altas tasas de conductas problemáticas, dichas conductas tendrían un nivel significativamente mayor sin el trabajo realizado en los hogares de acogida. A este respecto, es especialmente destacable el trabajo que realizan los educadores de los distintos centros de acogida.

Incluso la importancia de los hogares de acogida se manifiesta en el momento de la mayoría de edad de los residentes, momento en los que deben abandonar los hogares de acogida. En dichos momentos, de transición a

la vida adulta, es necesario plantear acciones de sucesión y de transición a la nueva forma de vida.

En conclusión, a pesar de la alta prevalencia de trastornos de conducta y trastornos mentales en general en menores institucionalizados, los centros de acogida cumplen un importante papel en cuanto a la prevención de conductas de riesgo en los menores en situación de acogimiento. Estos centros asumen de forma temporal el cuidado y la educación de niños y niñas que necesitan de un ambiente que logre cumplir sus necesidades biológicas, afectivas y sociales, teniendo como objetivo principal lograr que los niños recuperen su entorno familiar o buscarles un entorno familiar adecuado, tal y como recoge la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Comunidad Autónoma de Madrid, 2023).

Referencias

- ARTEAGA, AMAIA. y FERNÁNDEZ DEL VALLE, JORGE. (2001). Evaluación de la integración social en acogimiento residencial, *Psicothema*, 13(2), 197-204.
- ATILOLA, OLAYINKA. (2012). Different points of a continuum? Cross sectional comparison of the current and pre-contact psychosocial problems among the different categories of adolescents in institutional care in Nigeria. *BMC Public Health*, 12(1), 554. DOI: <https://doi.org/10.1186/1471-2458-12-554>
- BARTER, CHRISTINE. & LUTMAN, ELEANOR. (2016). A life less ordinary: foster carers' views and experiences of negative peer interactions in fostering households. *Child Abuse Review*, 25(4), 273-286. DOI: <https://doi.org/10.1002/car.2377>
- BERENS, ANNE. & NELSON, CHARLES. (2015). The science of early adversity: Is there a role for large institutions in the care of vulnerable children? *The Lancet*, 386, 388-398. DOI: 10.1016/S0140-6736(14)61131-4.

- BERGER, LAWRENCE, CANCIAN, MARIA., HAN, EUNHEE., NOYES, JENNIFER., & RIOS-SALAS, VANESSA. (2015). Children's Academic Achievement and Foster Care. *Pediatrics*, 135(1), 109-116. DOI: 10.1542/peds.2014-2448
- BRODIE, ISABELLE. & PEARCE, JENNY. (2017). Violence and alternative care: a rapid review of the evidence. *Psychological Health Medicine*, 22(sup 1), 254-265. DOI: 10.1080/13548506.2017
- CAMPOS, GEMA., GOIG, ROSA. Y CUENCA, ELENA. (2020). La importancia de la red de apoyo social para la emancipación de jóvenes en acogimiento residencial. *Electronic Journal of Research in Educational Psychology*, 18(50), 27-54. <https://doi.org/10.25115/ejrep.v18i50.2599>
- CHILMAZA MORALES, DANA. FIORELLA. Y CORONADO GAMARRA, ROLANDO. CESAR. (2019). La inserción laboral de jóvenes institucionalizadas del centro de atención residencial Ermelinda Carrera en el marco del proyecto "Pan de Vida". Trabajo de fin de máster. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CLAUSEN, JUNE, LANDSVERK, JOHN, GANGER, WILLIAM., CHADWICK, DAVID. & LITROWNIK, ALAN. (1998). Mental Health Problems of Children in Foster Care. *Journal of Child and Family Studies*, 7(3), 283-296. <https://doi.org/10.1023/A:1022989411119>
- Comunidad Autónoma de Madrid (2023). *Acogimiento residencial de menores*. <http://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/acogimiento-residencial-menores>
- DA SILVA. (2017). *Medidas de protección de menores: acogimiento residencial y familiar*. Trabajo de fin de grado: Universidad de La Rioja.
- DELGADO MAGRO, LORENA., FORNIELES DEU, ALBERT., COSTAS. CARME. Y BRUN-GASCA, CARME. (2012). Acogimiento residencial: problemas emocionales y conductuales. *Revista de Investigación en Educación*, 10(1), 158-171.
- DELGADO MORÁN, JUAN JOSÉ. (2023). Políticas públicas de seguridad en España. Análisis desde perspectivas criminológicas. *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza*, v. 21, n. 37, p. 183- 211, maio/ago. 2447-6641. <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v21i37.p183-211.2023>
- DINISMAN, TAMAR. & ZEIRA, ANAT. (2011). The contribution of individual, social support and institutional characteristics to perceived readiness to leave care in Israel: An ecological perspective. *British Journal of Social Work*, 41(8), 1442-1458. DOI: 10.1093/bjsw/bcr034
- EVANS, KERRI., PARDUE-KIM, MORGAN., CREA, THOMAS., COLEMAN, LINDSAY., DIEBOLD, KYLIE. & UNDERWOOD, DAWNYA. (2018). Outcomes for Youth Served by the Unaccompanied Refugee Minor Foster Care Program: A Pilot Study. *Child Welfare*, 96(6), 87-106.
- FAZEL, SEENA., DOLL, HELEN. & LANGSTROM, NIKLAS. (2008). Mental disorders among adolescents in juvenile detention and correctional facilities: a systematic review and meta regression analysis of 25 surveys. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 47, 1010-1019. DOI: <https://doi.org/10.1097/CHI.Ob013e31817eecf3>
- FERNÁNDEZ-APARICIO, JUAN. MANUEL. (2008). La protección de los menores en España. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 123, 1233-1258.
- FERNÁNDEZ DEL VALLE, JORGE. (1992). Evaluación de programas residenciales de servicios sociales para la infancia. situación actual y aportaciones de los enfoques eco psicológicos, *Psicothema*, 4(2), 531-542.
- FERNÁNDEZ DEL VALLE, JORGE., ÁLVAREZ, ELVIRA., Y BRAVO, AMAIA. (2003). Evaluación de resultados a largo plazo en acogimiento residencial de protección a la infancia. *Infancia y Aprendizaje*, 26(2), 235-249. <https://doi.org/10.1174/021037003321827803>

- FERNÁNDEZ-MOLINA, MILAGROS., FERNÁNDEZ DEL VALLE, JORGE., FUENTES, MARÍA. JESÚS., BERNEDO, ISABEL. MARÍA. Y BRAVO, AMAIA. (2011). Problemas de conducta de los adolescentes en acogimiento preadoptivo, residencial y con familia extensa, *Psicothema*, 23(1), 1-6.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS y LIZ RIVAS, LENNY. (2019). Tratamiento basado en resiliencia tras escenarios de exclusión social. En “Los nuevos escenarios en las relaciones internacionales; retos, amenazas y oportunidades”. Thomson Reuters/Aranzadi. p. 715-726.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS., DOMÍNGUEZ PINEDA, NEIDY ZENAIDA, Y MIRALLES MUÑOZ, FERNANDO. (2020). El Síndrome de Ulises: el estrés límite del inmigrante, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 6, No. 1, (2020), pp. 101-117. DOI: <http://dx.doi.org/10.18847/1.11.7>
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS, & MIRALLES MUÑOZ, FERNANDO. (2014). Formación en los trastornos de desarrollo. Utilización de metodología eLearning. *Psicogente*, 17(32). <https://doi.org/10.17081/psico.17.32.9>.
- FOWLER, PATRICK., TORO, PAUL. & MILES, BART. (2009). Pathways to and from homelessness and associated psychosocial outcomes among adolescents leaving the foster care system. *American Journal of Public Health*, 99(8), 1453-1458. DOI: [10.2105/AJPH.2008.142547](https://doi.org/10.2105/AJPH.2008.142547)
- GARRIDO, EDWARD., CULHANE, SARA., PETRENKO, CHISTINE., & TAUSSIG, HEATHER. (2011). Psychosocial consequences of intimate partner violence (IPV) exposure in maltreated adolescents: Assessing more than IPV occurrence. *Journal of Family Violence*, 26(7), 511-518. <https://doi.org/10.1007/s10896-011-9386-0>
- LOZANO GONZÁLEZ, LUIS. Y LOZANO FERNÁNDEZ, LUIS. MANUEL. (2017). Los trastornos internalizantes: un reto para padres y docentes. *Revista Padres y Madres*, 372, 56-63. DOI: <https://doi.org/10.14422/pym.i372.y2017.009>
- LIZ RIVAS, LENNY. (2018). Algunas bases neurológicas sobre la violencia y la agresión. En: MERCADER, Emilio José García; SANTOS, Claudio (coord.). Conflictos y diplomacia, desarrollo y paz, globalización y medio ambiente. Thomson Reuters/Aranzadi, 2018. p. 943-955.
- LIZ RIVAS, LENNY. (2020). Internalizing and externalizing behavior problems in the development of social competence in children. Cuadernos de psicobiología de la agresión: educación y prevención, Universidad Complutense de Madrid, Dykinson, p 91-102.
- GREESON, JOHANNA., BRIGGS, ERNESTINE., KISIEL, CASSANDRA., LAYNE, CHISTOPHER., AKE, GEORGE., KO, SUSAN., GERRTY, ELLEN., STEINBERG, ALAN., HOWARG, MICHAEL., PYNOOS, ROBERT & FAIRBANK, JOHN. (2011). Complex trauma and mental health in children and adolescents placed in foster care: Findings from the National Child Traumatic Stress Network. *Child Welfare*, 90(6), 91-108.
- GUNNAR, MEGAN. & VAN DULMEN, MANFRED. (2007). Behavior problems in post institutionalized internationally adopted children. *Development and Psychopathology*, 19(1), 129-148. DOI: 10.1017/S0954579407070071
- HOFVANDER, BJORN., OSSOWSKI, DANIEL., LUNDSTROM, SEBASTIAN. & ANCKARSATER, HENRIK. (2009). Continuity of aggressive antisocial behavior from childhood to adulthood: the question of phenotype definition. *International Journal of Law & Psychiatry*, 32, 224-234. DOI: [10.1016/j.ijlp.2009.04.004](https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2009.04.004)
- ISMAYILOVA, LEYLA., CLAYPOOL, EMILY. & HEIDORN, EMMA. (2023). Trauma of separation: the social and emotional impact of institutionalization on children in a post-soviet country. *BMC*

- Public Health, 23(1), 366-371. DOI: 10.1186/s12889-023-15275-w.
- KELLER, THOMAS., WETHERBEE, KATHLEEN., LE PROHN, NICOLE., PAYNE, VINCENT., SIM, KELLY. & LAMONT, ELENA. (2001). Competencies and problems behavior of children in family foster care: variations by kinship placement status and race. *Children and Youth Services Review*, 23(12), 915-940. [https://doi.org/10.1016/S0190-7409\(01\)00175-X](https://doi.org/10.1016/S0190-7409(01)00175-X)
- KLODNICK, VANESSA. VORHIES., DAVIS, KRISTIN., FAGAN, MARC. & ELIAS, ALLISON. (2014). Launching into adulthood from institutional care with a serious mental health condition. *Community Mental Health Journal*, 50(2), 209-215. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10597-013-9643-1>
- LELOUX-OPMEER, HARMKE.; KUIPER, CHRIS.; SWAAB, HANNA. & SCHOLTE, EVERT. (2016). Characteristics of Children in Foster Care, Family-Style Group Care, and Residential Care: A Scoping Review. *Journal of Child and Family Studies*, 25(8), 2357-2371. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10826-016-0418-5>
- MARTÍN CABRERA, EDUARDO., RODRÍGUEZ, TERESA. Y TORBAY, ÁNGELA. (2007). Evaluación diferencial de los programas de acogimiento residencial para menores. *Psicothema*, 19(3), 406-412.
- MONZÓN MONROY, JOSÉ. ANTONIO. (2014). *Habilidades sociales en adolescentes institucionalizados entre 14-17 años de edad*. Tesis de Grado. Universidad de Guatemala
- MOTA, CATARINA. PINHEIRO., COSTA, MONICA. & MATOS, PAULA. MENA. (2016). Resilience and deviant behavior among institutionalized adolescents: The relationship with significant adults. *Child and Adolescent Social Work Journal*, 33(4), 313-325. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10560-015-0429-x>
- PERES ARENAS, MACLOVIA. XIMENA. (2008). *Habilidades sociales en adolescentes institucionalizadas para el afrontamiento a su entorno inmediato*. Tesis Doctoral. Editorial de la Universidad de Granada.
- RAYBURN, ALLISON., WITHERS, MATHEW. & MCWEY, LENORE. (2018). The importance of the caregiver and adolescent relationship for mental health outcomes among youth in foster care. *Journal of Family Violence*, 33(1), 43-52. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10896-017-9933-4>
- SALAZAR, AMY., KELLER, THOMAS., GOWEN, KRIS. & COURTNEY, MARK. (2013). Trauma exposure and PTSD among older adolescents in foster care. *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 48(4), 545-551. DOI: [10.1007/s00127-012-0563-0](https://doi.org/10.1007/s00127-012-0563-0)
- SHECHORY, MALLY. & SOMMERFELD, ELIANE. (2007). Attachment style, home-leaving age and behavioral problems among residential care children. *Child Psychiatry and Human Development*, 37(4), 361-373. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10578-007-0051-z>
- SHERR, LORRAINE., ROBERTS, KATHRYN. & GANDHI, NATHASHA. (2017). Child violence experiences in institutionalised/orphanage care. *Psychology, Health & Medicine*, 22(sup1), 31-57. DOI: 10.1080/13548506.2016.1271951
- STAHLBERG, OLA., ANCKARSÄTER, HENRIK. & NILSSON, THOMAS. (2010). Mental health problems in youths committed to juvenile institutions: prevalences and treatment needs. *European Child & Adolescent Psychiatry*. 19(12), 893-903. DOI: 10.1007/s00787-010-0137-1.
- SUÁREZ DÍAZ, BERNA. (2022). *Factores de riesgo asociado a la conducta suicida en adolescentes en protección*. Trabajo de Fin de grado. Universidad de Oviedo.
- TARÍN CAYUELA, MANUEL. (2017). *El perfil profesional de los educadores/as en*

los centros de menores de la Comunitat Valenciana. Universidad Politécnica de Valencia.

<https://doi.org/10.4995/IA.2017.644201>

WHITTED, KATHRYN., DELAVEGA, ELENA., & LENNON-DEARING, ROBIN. (2013). The youngest victims of violence: Examining the mental health needs of young children who are involved in the child welfare and juvenile justice systems. *Child and Adolescent Social Work Journal*, 30(3), 181-195. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10560-012-0286-9>

WIJK, KRISTEN., LOMAN, MICHELLE., VAN RYZIN, MARK., ARMSTRONG, JEFFREY., ESSEX, MARILYN., POLLAK, SETH., & GUNNAR, MEGAN. (2011). Behavioral and emotional symptoms of post institutionalized children in middle childhood. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 52(1), 56-63. DOI: 10.1111/j.1469-7610.2010.02294.x.



Implicaciones psicosociales del riesgo de victimización de las mujeres migrantes marroquíes en España

Psychosocial implications of the risk of victimization of Moroccan migrant women in Spain

Víctor Rodríguez González

Universidad Internacional Isabel I, Burgos (España)
victor.rodriguez.gonzalez@ui1.es
ORCID. 0000-0002-5348-9730

Resumen

En el proceso de victimización, la presencia de factores de riesgo aumenta la probabilidad de ser víctima de un delito. Cuando convergen dos o más de estos factores, la vulnerabilidad de victimización se incrementa significativamente. En el caso de las mujeres inmigrantes, se presentan elementos de riesgo convergente que las hacen ser más vulnerables a ser victimizadas. En algunos casos, estas mujeres tienen un nivel limitado de respuesta y defensa ante esta situación. En este artículo se propone una reflexión analítica sobre el conflicto migratorio España-Marruecos en 2021. Se centra en las implicaciones que tuvo y tiene para la población migrante que formó ese proceso específico de migración transfronteriza. El objetivo es realizar una aproximación fenomenológica a la experiencia migratoria en estas circunstancias. También se exploran algunos elementos políticos y se indica cómo analizar el framing o encuadre noticioso presente en determinados medios de comunicación en un momento determinado. Todo esto se hace con el propósito de determinar algunas de las representaciones sociales asociadas a ese procesamiento de la información.

Palabras clave: Análisis de migraciones; mujer inmigrante; riesgo de victimización; victimización secundaria.

Abstract

In the victimization process, the presence of risk factors increases the probability of being a victim of a crime. When two or more of these factors converge, vulnerability to victimization increases significantly. In the case of immigrant women, there are convergent risk elements that make them more vulnerable to being victimized. In some cases, these women have a limited level of response and defense in this situation. This article proposes an analytical reflection on the Spain-Morocco migratory conflict in 2021. It focuses on the implications it had and has for the migrant population that formed this specific process of cross-border migration. The objective is to carry out a phenomenological approach to the migratory experience in these circumstances. Some political elements are also explored and it is indicated how to analyze the framing or news framing present in certain media at a given moment. All this is done with the purpose of determining some of the social representations associated with this information processing.

Key words: Migration analysis; immigrant woman; risk of victimization; secondary victimization.

Cómo citar este trabajo: Rodríguez González, Víctor (2023). Implicaciones psicosociales del riesgo de victimización de las mujeres migrantes marroquíes en España. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (2), 57-68. <https://doi.org/10.46661/respublica.8294>

Recepción: 07.05.2023

Aceptación: 21.06.2023

Publicación: 30.06.2023

Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

1 Introducción

El término "migrante" se refiere a una persona que se traslada temporal o permanentemente fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, por diversas razones, como razones jurídicas, económicas, políticas, bélicas, desplazamiento voluntario o involuntario, catástrofes naturales, entre otros (International Organization for Migration, 2019). En España, según el Instituto Nacional de Estadística (INE), la población extranjera residente representaba el 12,9% de la población total de 47.100.396 habitantes en el segundo semestre del año 2020. De la población extranjera residente, 3.190.456 eran mujeres (52,26%) y 2.913.747 eran hombres (47,73%) (INE, 2020a, 2020b, 2021). Sin embargo, se debe tener en cuenta que estos datos no incluyen a aquellos inmigrantes en condición de clandestinidad o en situación irregular que no son identificados por el sistema estadístico.

La migración es un fenómeno complejo que tiene consecuencias tanto a nivel personal como a nivel del país receptor. Las personas pueden experimentar a nivel psicológico sentimientos de soledad, tristeza, estrés, trastorno por estrés postraumático, sensación de inseguridad y rechazo hacia las personas del país receptor. A nivel cultural, la población receptora puede convertirse en sociedades tolerantes y abiertas hacia el inmigrante o pueden promover ideas xenófobas o de violencia extrema hacia ellos, dependiendo de sus tradiciones, lengua, religión y formas de vida. A nivel político, los gobiernos deben actuar contra la xenofobia y revisar los requerimientos en materia de extranjería por medio de sus legislaciones. A nivel económico, las migraciones descontroladas o aquellas con permanencia irregular pueden favorecer a los empleadores que ofrecen trabajos precarios y mal remunerados y que los inmigrantes están dispuestos a aceptar para su sobrevivencia y/o para cumplir sus propósitos.

En el caso particular de España y Marruecos, siempre han existido conflictos en cuanto a la gestión de la migración y la seguridad de las zonas fronterizas. Existe una doble frontera: la frontera España-Marruecos y la frontera Europa-Marruecos en el marco del territorio Schengen (Diz, 2017). Los procesos migratorios van de sur a norte desde varios países subsaharianos como países de origen, pasando por Marruecos como país de tránsito y destino, pero también como país de origen. Luego van a Europa, entrando normalmente por España e Italia, pero siempre que hablamos de migraciones africanas (teniendo en cuenta que aquí se incluyen las migraciones de tránsito y de origen) hablamos de migración procedente de Marruecos. Hay varias rutas regulares, como la ruta de Canarias y las rutas de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla por los pasos fronterizos de Tarajal y Beni Ensar, entre otras (Diz, 2017).

La emigración marroquí presenta varias características, entre ellas, la existencia de un alto número de movimientos migratorios de niños no acompañados y de hombres y mujeres jóvenes conocidos como MENA o MINA (Menores Extranjeros No Acompañados). De esta población, un grupo destacado lo constituyen niñas y mujeres jóvenes que buscan migrar a otro país. Sin embargo, esta población se encuentra en una situación de vulnerabilidad y riesgo de victimización.

En el caso de España, se han descrito las condiciones y procesos de victimización de las mujeres inmigrantes desde la perspectiva victimológica. Las mujeres inmigrantes, además de ser objeto de discriminación por su condición de inmigrante, suelen ser víctimas de delitos violentos o de carácter sexual, pero no denuncian debido a la desconfianza hacia la policía, su situación migratoria y/o las barreras lingüísticas.

Estas mujeres son consideradas víctimas vulnerables, junto con los ancianos, enfermos, niños e inmigrantes. La vulnerabilidad de los inmigrantes se presenta porque tienen un estatus jurídico diferenciado, por la

percepción social de sus estilos de vida, por la edad o raza y por formar parte de los llamados delitos de odio. Las mujeres inmigrantes también son vulnerables por su condición de género.

La situación de vulnerabilidad de las mujeres inmigrantes favorece la impunidad en torno a los procesos de victimización, que se encuentran invisibilizados dentro de la sociedad y muchas veces no llegan al conocimiento de las instituciones estatales. Incluso aquellas mujeres inmigrantes que son víctimas de un delito, presentan afectación psicológica, abuso o perjuicio como consecuencia de su interacción con el sistema de justicia, lo que se conoce como victimización secundaria. Es necesario indagar sobre las particularidades que caracterizan a estas mujeres dentro del grupo de "vulnerables" o de riesgo para devenir en víctimas (Tamarit et al., 2011).

La emigración marroquí presenta una población vulnerable, en particular las niñas y mujeres jóvenes, que se encuentra en riesgo de victimización debido a su condición de inmigrante y género, y cuyos procesos de victimización se encuentran invisibilizados y favorecen la impunidad.

2 Marco teórico

La acción migratoria es motivada por diversos elementos, tales como el desarrollo personal, social, económico, profesional, intelectual y moral, que se entrelazan con una necesidad o un conjunto de necesidades, según Diz (2017). Además, las guerras y conflictos bélicos, la represión y el aislamiento social, la insatisfacción en el nivel de las relaciones sociales, la obligación de abstenerse de comportarse dentro de los límites de las normas establecidas y la represión de las conductas susceptibles de amenazar la continuidad de la dominación también son factores motivadores, según Cardelús y Pascual (1979). En algunos casos, la migración es motivada por la curiosidad de descubrir elementos novedosos o alejarse de las implicaciones del etnocentrismo, como podría

ser en los contextos de dictadura. Estos mecanismos de control, que muchas veces inciden directamente en los procesos migratorios, sirven a los intereses de las clases dominantes, neutralizando conductas que se consideran peligrosas para el orden establecido, según Cardelús y Pascual (1979).

En relación con el desarrollo de esta investigación, se consideran interesantes las definiciones de los procesos migratorios o acción migratoria. Según Giménez (2003), la emigración es el desplazamiento de una persona o grupo de personas desde su lugar de residencia habitual a otro, para permanecer en él más o menos tiempo, con la intención de satisfacer alguna necesidad o lograr una determinada mejora. Por lo tanto, la migración se convierte en un medio para satisfacer ciertas necesidades en la vida de las personas. Cardelús y Pascual (1979) sugieren que para comprender los movimientos migratorios es necesario realizar un análisis del marco específico del cual parten estos movimientos, un marco que tiene sus propios determinantes sociales, económicos, morales, religiosos o educativos. Las migraciones son procesos sociales de gran importancia, según Shryock y Siegel (1976).

Giménez (2003) indica que estos movimientos muchas veces son resultado de la ignorancia y la posibilidad, es decir, lo que estas personas pueden potencialmente lograr en el país receptor. Aliaga (2008) sugiere que la migración conlleva un riesgo al emprender acciones que no garantizan la consecución de lo planificado, lo deseado o lo esperado. Con esta última idea nos referimos al riesgo que implica emprender acciones que no garantizan la consecución de lo planificado, lo deseado o lo esperado, como sugiere Aliaga (2008):

El riesgo es tan alto que la muerte se convierte en protagonista con demasiada frecuencia, como sucede con los miles de inmigrantes mexicanos que desaparecen en su intento de cruzar la frontera hacia Estados Unidos o los africanos que se ahogan en el mar tratando de

llegar a España. (p.11) también en la frontera Marruecos-España (Diz-Casal y Braña, 2017c).

La realidad de la mujer inmigrante en España es compleja, ya que, aunque muchas emigran por decisión propia en busca de una mejor calidad de vida, en el país de destino pueden encontrarse con situaciones de vulnerabilidad y victimización.

Según Guereña, Sanromán y Salas (2011), las mujeres inmigrantes son más propensas a sufrir discriminación, marginación y violencia de género que las mujeres autóctonas.

La doble victimización a la que se enfrentan estas mujeres se debe a su condición de inmigrantes y de género, lo que las hace más propensas a sufrir agresiones, abusos sexuales, aislamiento, entre otros. Según un estudio realizado por la Comisión Europea (2014), las mujeres inmigrantes tienen más probabilidades de sufrir violencia de género que las mujeres autóctonas debido a la interacción de múltiples factores, como la situación de irregularidad, las barreras culturales y lingüísticas y la falta de conocimiento sobre sus derechos.

Además, su condición de irregularidad las hace más vulnerables a ser captadas por mafias que trafican con fines de explotación sexual o laboral. Según García, Martínez y Cobo (2013), la falta de documentación y la precariedad laboral dificultan su acceso a la asistencia sanitaria y jurídica, lo que las deja en una situación de mayor vulnerabilidad.

A esto se suma la vulnerabilidad social a la que se enfrentan las mujeres inmigrantes debido a la estructura social y laboral del país de destino. Según Martínez y García (2017), las leyes de extranjería y las políticas de implementación favorecen la incorporación de las mujeres inmigrantes en trabajos precarios y mal remunerados, lo que aumenta su vulnerabilidad. Además, el mercado de trabajo está estructurado en base a las desigualdades de género, lo que se traduce en menores salarios y menos oportunidades de ascenso laboral para las mujeres.

Por último, la condición de no ciudadana de las mujeres inmigrantes en situación irregular agrava su situación de vulnerabilidad y victimización, ya que muchos aspectos de su vida personal, laboral y social están condicionados por su situación administrativa. Según un informe de la Comisión Europea (2019), la regularización de la situación de las personas migrantes mejora su acceso a la asistencia sanitaria y jurídica, así como a los derechos laborales y sociales, lo que se traduce en una mejora de su calidad de vida.

Aunque muchas mujeres inmigrantes emigran por decisión propia en busca de una mejor calidad de vida, su situación en el país de destino puede ser de vulnerabilidad y victimización debido a múltiples factores, como su condición de género, inmigrante y en situación irregular, así como a la estructura social y laboral del país de destino. Es importante abordar estas situaciones para garantizar los derechos y la protección de las mujeres inmigrantes.

2.1 La Inmigración Marroquí

La inmigración marroquí en España es uno de los movimientos migratorios más antiguos que ha tenido el país. Según Montoro (2014), las relaciones entre España y Marruecos tienen una larga historia llena de altibajos. Además, según Gozávez (1993, 1994) y López (1993, 1994), la inmigración marroquí ha sido una constante. Cebolla y Requena (2009) también señalan que la historia de ambos países está llena de altibajos.

Desde diferentes perspectivas, se han realizado diversos trabajos sobre Marruecos como país de origen, tránsito y destino de movimientos migratorios. Izquierdo (1997), Planet y Larramendi (2000), Vitale (2000), Prieto y Llorent-Bedmar (2002), Molina (2006), González (2007), González, Ubillos, Bilbao, Techio y Barañano (2009), Majdoubi (2009), López y García (2010), Gallego (2012), Abad (2014) y Capote (2014) han aportado diferentes perspectivas sobre este tema.

Belguendouz (2004, 2004ab y 2004c) indica que Marruecos ha sido un país de fuerte emisión de emigrantes, teniendo acuerdos laborales con varios países. La exportación de mano de obra fue un elemento que se utilizó para reducir las tasas de paro nacional y para incrementar las divisas hacia Marruecos. Debido al gran peso de la emigración en Marruecos y de la población emigrante, en 1990 se creó un órgano ministerial de marroquíes residentes en el extranjero (RME) que tiene una serie de principios en pro de facilitar, mejorar e integrar a este sector en la sociedad civil sin producir ningún tipo de efecto disruptivo.

Las mujeres migrantes en España presentan situaciones de género asociadas a las motivaciones que las impulsan a migrar. Martínez et al. (2013) señalan que estas motivaciones suelen estar relacionadas con una mala situación económica, precariedad laboral y violencia de género, además de las responsabilidades de cargas familiares. Por otro lado, una vez que migran, las mujeres inmigrantes deben enfrentar una situación de desventaja socioeconómica, riesgos de exclusión y discriminación (por género, clase y etnia) y segregación laboral. Sallé et al. (2011) explican que la posición laboral a la que pueden acceder las mujeres inmigrantes en España muchas veces no queda determinada tanto por el perfil laboral y/o competencias que presentan, sino por el lugar de donde se procede. En otras palabras, las mujeres que provienen de países menos desarrollados tendrán más riesgo de segregación y precariedad socioeconómica, además de condiciones laborales con menor remuneración, menor protección legal y menor reconocimiento e integración social.

La inmigración marroquí en España es un fenómeno antiguo y constante, con una larga historia de relaciones entre ambos países llenas de altibajos. Desde diferentes perspectivas, se han realizado diversos trabajos sobre Marruecos como país de origen, La inmigración marroquí en España es uno de los movimientos migratorios más

antiguos que ha tenido el país. Según Montoro (2014), las relaciones entre España y Marruecos tienen una larga historia llena de altibajos. Además, según Gozávez (1993, 1994) y López (1993, 1994), la inmigración marroquí ha sido una constante. Cebolla y Requena (2009) también señalan que la historia de ambos países está llena de altibajos.

Desde diferentes perspectivas, se han realizado diversos trabajos sobre Marruecos como país de origen, tránsito y destino de movimientos migratorios. Izquierdo (1997), Planet y Larramendi (2000), Vitale (2000), Prieto y Llorent-Bedmar (2002), Molina (2006), González (2007), González, Ubillos, Bilbao, Techio y Barañano (2009), Majdoubi (2009), López y García (2010), Gallego (2012), Abad (2014) y Capote (2014) han aportado diferentes perspectivas sobre este tema.

Belguendouz (2004, 2004ab y 2004c) indica que Marruecos ha sido un país de fuerte emisión de emigrantes, teniendo acuerdos laborales con varios países. La exportación de mano de obra fue un elemento que se utilizó para reducir las tasas de paro nacional y para incrementar las divisas hacia Marruecos. Debido al gran peso de la emigración en Marruecos y de la población emigrante, en 1990 se creó un órgano ministerial de marroquíes residentes en el extranjero (RME) que tiene una serie de principios en pro de facilitar, mejorar e integrar a este sector en la sociedad civil sin producir ningún tipo de efecto disruptivo.

Las mujeres migrantes en España presentan situaciones de género asociadas a las motivaciones que las impulsan a migrar. Martínez et al. (2013) señalan que estas motivaciones suelen estar relacionadas con una mala situación económica, precariedad laboral y violencia de género, además de las responsabilidades de cargas familiares. Por otro lado, una vez que migran, las mujeres inmigrantes deben enfrentar una situación de desventaja socioeconómica, riesgos de exclusión y discriminación (por género, clase y etnia) y segregación laboral. Sallé et al. (2011)

explican que la posición laboral a la que pueden acceder las mujeres inmigrantes en España muchas veces no queda determinada tanto por el perfil laboral y/o competencias que presentan, sino por el lugar de donde se procede. En otras palabras, las mujeres que provienen de países menos desarrollados tendrán más riesgo de segregación y precariedad socioeconómica, además de condiciones laborales con menor remuneración, menor protección legal y menor reconocimiento e integración social.

La inmigración marroquí en España es un fenómeno complejo que tiene una larga historia y que se ha caracterizado por altibajos en las relaciones entre ambos países. La emigración marroquí ha sido utilizada como un elemento para reducir el desempleo y aumentar las divisas en Marruecos. Sin embargo, las mujeres migrantes enfrentan situaciones de género asociadas a las motivaciones que las impulsan a migrar y, una vez que migran, deben enfrentar una situación de desventaja socioeconómica y riesgos de exclusión y discriminación. Por su parte, los menores inmigrantes marroquíes sufren exclusión, discriminación y violencia en España. La comunidad marroquí en España también ha estado sometida a una marginación política y social, lo que ha llevado a una falta de integración y una identidad difusa entre los marroquíes que residen en España.

La emigración marroquí y los movimientos migratorios en los que Marruecos actúa como lugar de origen, tránsito o destino, son fenómenos complejos y multifacéticos que no pueden abordarse sin tener en cuenta el marco legal en el que se enmarcan. Uno de los elementos fundamentales en este sentido es la ley de extranjería y, más concretamente, la relativa a los pueblos Harragas y Al harig, que regula los procesos migratorios en Marruecos. Esta ley, como señala Belguendouz (2004c), es muy estricta con respecto a las personas tanto extranjeras como nacionales que realizan movimientos migratorios irregulares, pero especialmente con los no nacionales de fuera

de la UE, a los que se les aplica medidas abusivas y se les criminaliza.

La ley marroquí sobre migración tiene graves implicaciones en términos de derechos humanos. Como destaca el Informe sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2003), "el fortalecimiento de las políticas de seguridad y la tendencia a considerar la migración como un asunto relacionado con los planes de seguridad del Estado, constituyen una amenaza a los derechos humanos de las personas migrantes". La criminalización de los migrantes y la equiparación de la migración con la seguridad del Estado son prácticas que socavan los derechos humanos y la dignidad de las personas migrantes.

Sin embargo, el verdadero papel de Marruecos en la gestión de la migración es mucho más complejo que el de simplemente actuar como un guardia fronterizo de Europa. Como señala el investigador Belguendouz, la ley marroquí sobre migración se enmarca en una estrategia más amplia que busca "la integración de la cuestión de la migración en la estrategia de desarrollo del país y la creación de una política de asilo y protección de los refugiados". Es decir, que Marruecos no solo busca controlar los flujos migratorios hacia Europa, sino también crear las condiciones necesarias para la integración de los migrantes en la sociedad marroquí y garantizar sus derechos.

Por tanto, cuando se habla de la migración como un elemento susceptible de tener un impacto negativo en la seguridad de los Estados, se está obviando la complejidad del fenómeno migratorio y equiparando a los migrantes con una amenaza. Como señala el investigador Belguendouz, "los procesos migratorios no son solo un fenómeno geográfico, sino que también son el resultado de un conjunto de causas políticas, económicas, culturales y sociales". Por tanto, la solución al problema de la migración no pasa por reforzar las políticas de seguridad y control, sino por abordar las causas estructurales que impulsan los movimientos migratorios.

2.2 La Victimización secundaria

La victimización secundaria se refiere a las consecuencias negativas que sufre una víctima al interactuar con el sistema legal y sus procesos. Estas consecuencias pueden ser psicológicas, sociales, económicas y jurídicas, y pueden ser causadas por diferentes operadores de la justicia, así como por otros actores como las oficinas administrativas o de atención y los medios de comunicación. Según Merino (2017), la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima en España, establece normas sobre las actuaciones de los operadores de justicia y agentes que tienen contacto con la víctima, sugiriendo que deben garantizarles la confianza en las autoridades y su acceso efectivo a la justicia, "bajo la prohibición expresa de causar victimización secundaria" (p. 110).

No obstante, en algunos casos, la situación irregular de las mujeres inmigrantes puede prevalecer sobre las normas de protección a la víctima. Si una mujer inmigrante irregular denuncia un hecho que la afecte, podría iniciar un procedimiento de expulsión por infracción administrativa grave o muy grave (Artículo 53 y 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), ya que su denuncia pone en conocimiento a las autoridades de su situación irregular. Solo en casos de violencia de género, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece que se suspende el procedimiento de expulsión en caso de denuncia por parte de una mujer inmigrante irregular, y se les suele conceder una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (Artículo 17.1). Sin embargo, se ha documentado la dificultad en el cumplimiento de estas excepciones, tanto en casos de violencia de género como de mujeres víctimas de trata de personas, las cuales, en algunas ocasiones, debido a su situación de inmigrante irregular son detenidas en centros de internamiento de extranjeros (CIE) y deportadas a sus países de

origen sin que se respeten sus derechos como víctimas (ver: Airbe et al., 2012; Buades et al., 2020; Fernández et al., 2012; Martínez et al., 2013).

3. Los medios de comunicación como actores victimológicos

En la propuesta que estamos presentando, se concibe a los medios como entidades capaces de transmitir significados y significados socialmente reconocibles. De acuerdo con Diz-Casal (2018), los medios de comunicación actúan como faros comunicantes que, mediante estructuras discursivas, transmiten un tejido simbólico amplio e incesante, pero relativamente concreto. En este sentido, los medios tienen la capacidad de diseñar y reproducir imágenes culturales, códigos sociales, cosmovisiones y creencias colectivas.

Según Taylor (2004), los imaginarios sociales modernos tienen una gran relación con los medios de comunicación, quienes los visibilizan. En otras palabras, los medios son los agentes que divulgan los hechos que ocurren en nuestro mundo y, al mismo tiempo, deciden sobre el tratamiento y representación de los mismos como noticias o información.

Luhmann (2007) sostiene que los medios de comunicación de masas son una galaxia de comunicación con código propio, que abordan y transforman de manera peculiar las cuestiones que acontecen en el mundo social. En este sentido, los medios de comunicación acceden a los temas o hechos sociales para representarlos de manera peculiar. Muñoz et al. (2007) señalan que la forma particular en que los medios tratan un tema específico depende en gran medida de la línea editorial del medio, además de enmarcar la información seleccionando ciertos elementos de la realidad en detrimento de otros (Entman, 1993).

En el caso de los migrantes, el discurso cumple una función importante, ya que permite significar y comprender la realidad. Como afirma Van Dijk (2002), "el discurso, de

muchas maneras, construye, constituye, cambia, define y contribuye a las estructuras sociales". Por lo tanto, el discurso establece una relación dialéctica con su realidad social (Halliday, 1977).

Respecto al discurso de los medios de comunicación y el tema de la inmigración, Van Dijk (2007) advierte que ciertos medios de comunicación de masas tienen un papel fundamental en relación con las cuestiones étnicas, ya que algunos promueven prejuicios basados en opiniones negativas y creencias sobre la alteridad o los inmigrantes. Hernández y Carrión (2016) afirman que ciertos medios difunden visiones del mundo que legitiman las desigualdades sociales a través de la clasificación y generalización de las diferencias entre las personas migrantes y el resto de la sociedad. Además, ciertos medios reproducen discursos contra los inmigrantes mediante el uso constante de estereotipos (Van Dijk, 2006).

En el contexto español, se considera que en torno al tema de la inmigración, la prensa y la televisión destacan algunos encuadres negativos, dramáticos y sensacionalistas (Igartúa et al., 2005). Lirola (2014), Fernández y Lirola (2012) y Checa-Olmos también han señalado características negativas en el tratamiento lingüístico y visual que se da a los inmigrantes y al fenómeno migratorio en la prensa española.

Para el análisis de las noticias seleccionadas mediante esta metodología, es necesario utilizar la teoría del framing, como establece Entman (1993), y hacer una operacionalización de la misma. Además, se puede apoyar en la teoría sobre el análisis de los encuadres noticiosos ya mencionada, según Igartua y Muñiz (2004) y Semetko y Valkenburg (2000). Estos últimos autores establecieron la existencia de cinco marcos que permiten un análisis efectivo del contenido discursivo presente en los medios.

Para llevar a cabo este análisis, se puede visualizar los encuadres presentes en los contenidos mediatizados de forma inductiva, como señala Igartua et al. (2005), mediante el

análisis de las palabras y expresiones de mayor peso (significado-simbólico) recogidas en los textos. De esta manera, siguiendo las propuestas de Igartua, Muñiz y Cheng (2005), es posible determinar la perspectiva, el estilo del discurso o los elementos destacados en las noticias analizadas para asumirlos como una discursividad evocadora que da acceso a la percepción de las estructuras simbólicas con respecto a las migraciones, las representaciones y los imaginarios sociales a partir de los cuales se construye.

4. Recomendaciones

Para abordar los riesgos de victimización que enfrentan las mujeres inmigrantes, es fundamental adoptar una perspectiva integral que contemple su situación de vulnerabilidad y exclusión social.

Según Mendoza (2014), estas mujeres se encuentran frecuentemente invisibilizadas en la sociedad. Por tanto, resulta crucial implementar políticas integrales que protejan a este colectivo, tanto a nivel general como específico.

En relación con los aspectos generales, es importante que el sistema de justicia cuente con una formación intercultural para comprender los tipos de delitos que pueden afectar a las mujeres inmigrantes y garantizar un ambiente de seguridad que les permita denunciar sin temor a represalias (De León, 2013).

Asimismo, las políticas criminales deben estar en consonancia con las leyes de integración social de los extranjeros, con planes específicos de prevención dirigidos a las características concretas de los delitos que pueden afectar a las mujeres inmigrantes (Mendoza, 2014). Por último, las políticas de integración social deben abarcar diferentes sectores, como la educación, la salud y la familia, y estar dirigidas a combatir la discriminación, el racismo, la xenofobia, la violencia de género y la explotación laboral y sexual (De León, 2013; Liz, 2019; Delgado, 2020).

A nivel específico, es necesario generar oportunidades para la integración de las mujeres inmigrantes en la sociedad española, lo que permitirá establecer redes de apoyo y protección tanto a nivel individual como colectivo (Mendoza, 2014). Para ello, es fundamental tener en cuenta las diferencias y particularidades de cada mujer inmigrante, como su edad, nivel educativo, situación familiar y procedencia cultural (De León, 2013).

En conclusión, para combatir los riesgos de victimización de las mujeres inmigrantes es fundamental adoptar una perspectiva integral y abordar tanto los aspectos generales como los específicos de su situación. La sociedad española tiene la responsabilidad de brindar los recursos necesarios para garantizar su protección y adecuada integración.

5 Conclusiones

El conflicto entre España y Marruecos en 2021 refleja la interacción histórica entre Estados y las presiones ejercidas desde distintas partes (Sánchez-Cuervo & Baena, 2021). Además, este conflicto ha sido impulsado por una migración imaginada sustentada en una "O Dorada" que promete una vida mejor y acceso a una calidad de vida, desarrollo y progreso (Bensaâd & Benhammou, 2021).

Para analizar esta realidad social, la operacionalización de la teoría del framing parece adecuada, ya que se basa en la búsqueda de sentido y no en pretensiones distributivas (Reese, Gandy & Grant, 2001). Asimismo, la teoría de los imaginarios y representaciones sociales puede ser útil en este análisis (Moscovici, 1988).

La operacionalización de la teoría del framing y la teoría de los imaginarios y representaciones sociales pueden proporcionar una explicación del impacto de los encuadres informativos de las noticias de los medios en la posición social de los grupos (Entman, 1993). Además, esta metodología puede permitir la comparación de diferentes medios y países, lo que aumenta su potencial (Matthes & Kohring, 2008).

En resumen, la operacionalización de la teoría del framing y la teoría de los imaginarios y representaciones sociales son herramientas útiles para el análisis del conflicto entre España y Marruecos en 2021, así como para la comprensión del impacto de los encuadres informativos de los medios en la posición social de los grupos y en procesos migratorios en general.

Referencias

- ALIAGA SAEZ, FELIPE. (2008). Algunos aspectos de los imaginarios sociales en torno al inmigrante. *Apuesta: Revista de ciencias sociales*, (39), 1.
- BELGUENDOZ, ABDELKRIM. (2004a). La nueva ley de extranjería marroquí. En Bravo, F., García, P., Planet, A. & Ramírez, A. (Coord.). (104-106) *Atlas de la inmigración marroquí en España*. Taller de estudios internacionales mediterráneos.
- BELGUENDOZ, ABDELKRIM. (2004b). Marroquíes residentes en el extranjero: dispersión del sector a nivel gubernamental. En Bravo, F., García, P., Planet, A. y Ramírez, A. (Coord.), *Atlas de la inmigración marroquí en España*. Taller de estudios internacionales mediterráneos.
- BELGUENDOZ, ABDELKRIM. (2004c). Una diáspora "desmarroquinizada". En Bravo, F., García, P., Planet, A. & Ramírez, A. (Coord.), *Atlas de la inmigración marroquí en España*. Taller de estudios internacionales mediterráneos.
- BUADES, JOSEP., BOSCH, ANA., VIDAL, PAU., LAMIN, MUSTAPHA MOHAMED., LENDRINO, IVÁN. y AGÜERO, ARMANDO. (2020). *Informe CIE 2019: Diez años mirando a otro lado*. Madrid: Servicio Jesuita a Migrantes.
- CAPOTE LAMA, ALBERTO. (2014). Notas sobre el malestar entre la juventud marroquí. *Documentos de análisis geográfico*, 60(2), 237-259.
- CARDELÚS, JORDI. Y PASCUAL, ÁNGELA. (1979). *Movimientos migratorios y organización social*. Barcelona: Ediciones Península.

- CEBOLLA-BOADO, HÉCTOR. Y REQUENA y Díez de Revenga, MIGUEL. (2009). Inmigrantes marroquíes en España. En DS Reher, y M. Requena (Eds), *Las múltiples caras de la emigración en España* (pp.251-287). Alianza.
- CHECA-OLMOS, JUAN .CARLOS. y ARJONA-GARRIDO, ÁNGELES. (2011). Españoles ante la inmigración: el papel de los medios de comunicación. *Revista Comunicador*, (37), 141-149. <https://doi.org/10.3916/C37-2011-03-06>
- COLLINS, KATHLEEN., ONWUEGBUZIE, ANTHONY. & SUTTON, IDA. (2006). A model incorporating justification and purpose for conducting mixed methods research in special education and beyond. *Learning Disabilities: A Contemporary Journal*, 4(1), 67-100. <https://bit.ly/3wmvJhT>
- DELGADO MORÁN JUAN. JOSÉ, & TEANO FULVIA. (2020). Gendering migration: securitization and integration media narratives in Europe. *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, 11, 93-126
- DIZ-CASAL, JAVIER. (2017). *Imaginarios sociales de la emigración en una comunidad tutelada de niños, niñas y jóvenes tetuaneses*. Tesis doctoral. Vigo: Universidad de Vigo.
- DIZ-CASAL, JAVIER. (2018). Coloquio sobre teoría y metodología en la investigación del imaginario, imaginarios y representaciones sociales Entrevista a Lidia Girola, Manuel Antonio Baeza, José Ángel Bergua, Enrique Carretero, Michel Maffesoli y Felipe Aliaga. *Boletín Imaginación o barbarie*, (12), 71-112.
- DIZ-CASAL, JAVIER. Y BRAÑA REY, FÁTIMA. (2017). Imaginarios sociales de niños, niñas y jóvenes magrebíes en contextos de riesgo. *Imagonautas, Revista interdisciplinar de imaginarios sociales*, (9), 23-39.
- DURAND, GILBERT. (2007). *La imaginación simbólica*. Amorrortu editores.
- ENTMAN, ROBERT. (1993). "Framing: hacia la clarificación de un paradigma fracturado". *Revista de comunicación* 43(4), 51-58. <https://doi.org/10.1111/j.1460-2466.1993.tb01304.x>
- CRESPO FERNÁNDEZ, ELIECER, y MARTÍNEZ LIROLA, MARÍA. (2012). Elecciones léxicas y visuales en la representación de la inmigración en la prensa española. *Migraciones, discursos e ideologías en una sociedad globalizada: Claves para su mejor comprensión* (9), 27-57. <https://bit.ly/3xhnDbW>
- GALLEGO LOSADA, ROCIO. (2012). La inmigración marroquí y su retorno en el contexto de la crisis económica. *Revista de Migraciones y Derecho Extranjero*, (29), 307-338.
- GIMÉNEZ ROMERO, CARLOS. (2003), "Qué es la inmigración. ¿Problema y oportunidad? ¿Cómo lograr la integración de los inmigrantes? ¿Multiculturalismo o interculturalismo?". RBA integral.
- GONZÁLEZ CASTRO, JOSÉ. LUIS, UBILLOS LANDA, SILVIA., BILBAO RAMÍREZ, MARÍA. ÁNGELES., TECHIO, ELZA. y BASABE BARAÑANO, NEKANE. (2009). Una investigación de grupos focales sobre la vida de los miembros de cuatro grupos de inmigrantes en España. *Revista de Psicología Social*, 24(3), 381-398. <https://doi.org/10.1174/021347409789050605>
- GONZÁLEZ DEL MIÑO, PALOMA. (2007). *La política exterior de España hacia el Magreb y Oriente Medio (2004-2007). Prioridades permanentes y nuevos retos. Quórum: revista de pensamiento iberoamericano*, (19), 94-107.
- HALLIDAY, MAK. (1977). El texto como elección semántica en contextos sociales. *Gramáticas y descripciones: Estudios de Teoría y Análisis de Textos*. Van Dijk, T. y Petöfi, J. (Eds.). Walter de Gruyter. 176-225. https://doi.org/10.1057/9781137402868_6

- HERNÁNDEZ PRADOS, MARÍA ÁNGELES. Y CARRIÓN MORALES, ESTER. (2016). "El discurso de la inmigración en la prensa". I Congreso [en línea] Migración Internacional y Desarrollo, noviembre, 172-178. <https://bit.ly/2tyyw5y>
- IGARTUA, JUAN. JOSÉ, MUÑIZ, CARLOS. Y CHENG, LIFEN. (2005). La inmigración en la prensa española. Aportaciones empíricas y metodológicas desde la teoría del encuadre noticioso. *Migraciones* (17), 143-181.
<https://doi.org/10.15581/003.17.36337>
- Instituto Nacional de Estadística, INE (2021). *Cifras de Población de 2020: Estadística de Migraciones. España*: Autor. Disponible en:
https://www.ine.es/prensa/cp_j2020_p.pdf
- International Organization for Migration (2019). *International migration law: Glossary on migration*. Ginebra: Autor.
- IZQUIERDO ESCRIBANO, ANTONIO. (1997). La inmigración en España (1995-1996): Flujos, tendencias y orígenes. *Estudios de migración*, (4), 41-56.
- KERLINGER, FRED. Y LEE. HOWARD. (1988). *Investigación del comportamiento*. Mc Graw Hill Interamericana de Chile.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. *BOE*, núm. 313 (29/12/2004).
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *BOE*, núm. 10 (12/01/2000).
- MARTINEZ LIROLA, MARÍA. (Ed.). (2014). Discursos sobre la inmigración en tiempos de crisis económica: Una perspectiva crítica. Publicación de los académicos de Cambridge.
- LIZ RIVAS, LENNY Y DELGADO-MORÁN, JUAN. JOSÉ. (2019). Women's Media Narratives in Migration, en: "Los nuevos escenarios en las relaciones internacionales: retos, amenazas y oportunidades", coord. por Emilio José García Mercader; César Augusto Giner Alegría (dir.), Thomson Reuters/Aranzadi, pp. 283-297
- LÓPEZ GARCÍA, BERNABÉ. (1993). La inmigración magrebí en España: el regreso de los moriscos. Mapfre.
- LÓPEZ GARCÍA, BERNABÉ. (1994). La inmigración marroquí en España: de la independencia a la regularización. En V. Morales Lezcano (Ed.), *El reto de la inmigración en la España actual: una perspectiva europea* (121-140). UNED.
- LÓPEZ GALLEGO, DAVID. & GARCÍA ANDRÉS, EVA. (2010). Sistemas de protección emergentes: el caso de Tánger, ciudad fronteriza. *Pedagogía Social*, (17), 57.
https://doi.org/10.7179/PSRI_2010.17.05
- LORENZO VILLAR, MANUEL. (2004). Marruecos, país de tránsito y emigración. En Bravo, F., García, P., Planet, A. & Ramírez, A. (Coord.), *Atlas de la inmigración marroquí en España* Luhmann, Niklas (2000). La realidad de los medios de comunicación. Antropos
- MAJDOUBI, EL-HOUSSINE (2009). ¿Fin de la inmigración marroquí en España? *Le Monde diplomatique en español*, (164), 4.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA., BENITO LÓPEZ, RAQUEL., GARCÍA DEL BLANCO, MARÍA. VICTORIA., SÁEZ RODRÍGUEZ, CONCEPCIÓN. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, PILAR. Y SEGOVIA BERNABÉ, CARMEN. JOSÉ. (2013). *Mujeres en el CIE: Género, inmigración e internamiento*. Madrid: Gakoa.
- MERINO SANCHO, VÍCTOR. (2017). Victimización secundaria en los supuestos de violencia contra mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular. *Migraciones*, 41, 107-131.
<https://doi.org/10.14422/mig.i41.y2017.005>
- MOLINA RUEDA, BEATRIZ. (2006). Cultura berebere e identidades en Marruecos. En *Sociedad civil, derechos humanos y democracia en Marruecos*. Editorial Universidad de Granada.

- MONTORO GURICH, CAROLINA. (2014). Inmigrantes marroquíes en España: Transformaciones recientes en los perfiles sociodemográficos. En Sotés, M. Á. (Coord.), Emigración, Identidad y Países de Acogida. ed. Tirant Lo Blanch.
- MUÑIZ, CARLOS., IGARTUA PEROSANZ, JUAN. JOSÉ Y OTERO PARRA, JOSÉ. ANTONIO. (2007). El tratamiento de la inmigración en los medios de comunicación. Un análisis comparativo entre prensa y televisión. Medios de comunicación, inmigración y sociedad. Igartua, JJ y Muñiz, C. (Eds.). Ediciones Universidad de Salamanca. 149-172.
- PLANET CONTRERAS, ANA & HERNANDO DE LARRAMENDI, MIGUEL. (2000). Marruecos en transición y el modelo español. En *Annals of Contemporary History*, 16(1), 119-133.
- PRIETO JÍMENEZ, ESTER. & LLORENT-BEDMAR, VICENTE. (2002). Sociedad, Educación e Identidad Cultural en Marruecos: familia e infancia. Cuestiones pedagógicas: Revista de ciencias de la educación, (16), 45-64.
- SALLÉ ALONSO, MARÍA ÁNGELES., MOLPECERES ÁLVAREZ, LAURA., ONGIL LÓPEZ, MARTA., DE CABO SERRANO, GEMMA., PERONDI, CAROLINA. y CANTELI, COVADONGA. (2011). *Análisis de la situación laboral de las mujeres inmigrantes*. Madrid: Instituto de la Mujer. https://doi.org/10.5209/rev_CRLA.2012.v30.n1.39116
- SEMETKO, HOLLI. & VALKENBURG, PATTI. (2000). Framing European Politics: un análisis de contenido de noticias de prensa y televisión. *Revista de Comunicación* 50(2), 93-109. <https://doi.org/10.1111/j.1460-2466.2000.tb02843.x>
- SHRYOCK, & SIEGEL. (1976). Los métodos y materiales de la demografía. Prensa Académica.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP. MARÍA., LUQUE REINA, MARÍA. EULALIA., GUARDIOLA LAGO, MARÍA. JESÚS., y SALINERO ECHEVARRIA, SEBASTIAN. (2011). La victimización de migrantes. Una encuesta a colombianos en Cataluña. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13 (11), 111-222.
- TAYLOR, STEVEN., Y BOGDAN. ROBERT. (1984). Introducción a los métodos de investigación cualitativos: La búsqueda de significados. Wiley.
- VAN DIJK, TEUN (2002). El análisis crítico del discurso y el pensamiento social. *Atenea Digital* (1), 18-24. <https://doi.org/10.5565/rev/athenead/v1n1.22>
- VAN DIJK, TEUN (2006) “Discurso de élite y racismo institucional. Medios e inmigración. Lario. M. (Coord.). Murcia: Convivencia sin racismo, obra social CAM.15-34.
- VAN DIJK, TEUN (2007). Discurso racista. Medios de comunicación, inmigración y sociedad. Igartua, JJ y Muñiz, C. (Eds.). Ediciones Universidad de Salamanca. 9-16
- Women’s Link Worldwide. (2012). *Mujeres en los centros de internamiento de extranjeros (CIE): Realidades entre rejas*. Madrid.



Contexto de las políticas de seguridad ciudadana

Context of citizen security policies

José María Luque Juárez

Instituto Internacional de Estudios en Seguridad Global, Madrid (España)
jluque@iniseg.es
ORCID. 0000-0002-3707-7621

Claudio Augusto Payá Santos

Universidad Internacional de Cataluña (España)
claudiop@uic.es
ORCID. 0000-0002-1908-9960

Francisco Arenas Morales

UNIPegaso Internacional
frandevi62@hotmail.com
ORCID. 0009-0002-3242-285X

Resumen

La política de seguridad ciudadana es una política pública sectorial en la que se integran diferentes elementos que inciden en la misma, entre ellos la organización de la administración de justicia, el modelo policial, las prisiones y otros que tienen influencia en el clima de inseguridad que afecta a los ciudadanos, como el urbanismo o la exclusión social. Sin embargo, en materia de seguridad del Estado, algunos países, de manera excepcional, realizan reservas legales, en aras de la defensa de un interés superior. A lo largo de los últimos años se han adoptado diferentes modelos para mejorar la seguridad ciudadana, especialmente el ámbito de la policía. Los principales han sido el modelo de policía legalista, el modelo de vigilancia o control y el modelo de servicio público, que han dado lugar a diferentes enfoques de la actividad policial, ninguno de los cuales se ha demostrado capaz de dar respuesta a todas las demandas de los ciudadanos.

Palabras clave: Seguridad Ciudadana; Inseguridad objetiva; Inseguridad Subjetiva; Política de Seguridad Ciudadana.

Abstract

Public security policy is a sectoral public policy that integrates different elements that have an impact on it, including the organisation of the administration of justice, the police model, prisons and others that influence the climate of insecurity that affects citizens, such as urban planning or social exclusion. However, in the area of state security, some countries, exceptionally, make legal reservations in order to defend a higher interest. In recent years, different models have been adopted to improve citizen security, especially in the area of policing. The main ones have been the legalistic policing model, the surveillance or control model and the public service model, which have given rise to different approaches to policing, none of which have proved capable of responding to all citizens' demands.


Keywords: Citizen Security; Objective Insecurity; Subjective Insecurity; Citizen Security Policy.

Cómo citar este trabajo: Luque Juárez, José María., Payá Santos, Claudio Augusto y Arenas Morales, Francisco. (2023). Contexto de las políticas de seguridad ciudadana. Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (1), 69–82. <https://doi.org/10.46661/respublica.8293>

Recepción: 07.04.2023

Aceptación: 30.05.2023

Publicación: 30.06.2023

 Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

1 Introducción

Las políticas públicas son el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que en un momento determinado los ciudadanos y el propio gobierno consideran prioritarios (TAMAYO, 1997). Para especular sobre una política de seguridad, parece razonable acordar de que seguridad hablaremos aquí y si apuramos los conceptos “que es la seguridad” sobre la que haremos política.

El significado etimológico de seguridad viene de la palabra “securas” que significa tranquilo, o exento de peligro, lo que nos acerca con bastante claridad al significado que generalmente se le otorga (IZU, 1988). La búsqueda de la seguridad forma parte de la constante evolución de la sociedad, tanto desde la perspectiva de la sociedad como agrupación, como desde las motivaciones individuales. La cuestión clave es determinar, en cada época histórica, el momento y el grado en que la inseguridad es intolerable y han de aumentarse los umbrales de la seguridad.

Hay cierta coincidencia doctrinal en considerar que el concepto de seguridad se caracteriza por ser cambiante, evolutivo y dinámico (RECASENS, 200), como lo son otros fenómenos sociales, políticos y jurídicos, habiendo resultado muy sensible a la evolución de la historia, revelando distintas caras según el tiempo y el espacio que han conformado su contexto. También es un concepto multidisciplinar y complejo (MARTI, 1980), que se refiere a diversas actividades tanto humanas como sociales y que se afronta desde diferentes disciplinas. En la misma línea se manifiesta Ricard Brotat i Jubert (2002) en su artículo «Un concepto de seguridad ciudadana», al indicar que ésta se compone de dos elementos fundamentales: complejidad y transversalidad.

Todo esto hace difícil alcanzar una definición del concepto que resulte inapelable. Los conceptos de orden público, orden

constitucional, orden político, paz pública, paz social, seguridad pública y seguridad ciudadana se han venido utilizando sin demasiada precisión técnica en el Derecho español, tanto en las normas como en la jurisprudencia. La ambigüedad se debe en parte al hecho de que estos términos están cargados de un determinado sentido político; no en vano, la expresión orden público, que en otros países europeos ha carecido de connotaciones negativas, fue evitada en la España de después del periodo Franquista (ACOSTA, 2006). Aunque desde el punto de vista académico, estas cavilaciones no se han desarrollado aun suficientemente, deberíamos remitirnos a la teoría general de sistemas, en los casos de sistemas concretos sociales, para aportar rigor suficiente a los argumentos que aquí manejamos.

La seguridad no debe ser configurada como un compartimento estanco. De aquí la necesidad de configurar los diversos servicios de seguridad como un sistema al servicio de la ciudadanía. Dicho sistema tiene como objetivo dotar de un marco flexible y participativo en el cual los diversos agentes públicos y privados, desde las respectivas aportaciones y responsabilidades, puedan contribuir a la elaboración y la ejecución de políticas públicas de seguridad eficaces al servicio de los ciudadanos. La concepción de la seguridad como sistema viene ligada por tanto a la idea de responsabilidad de las Administraciones públicas y de servicio a la ciudadanía (AGUADO, 2006). En los comienzos de nuestra democracia, el mantenimiento de la seguridad fue la bandera electoral de la derecha española, mientras que la izquierda adoptó la de las libertades, escenificando así una pretendida incompatibilidad entre ambos valores. Hay que entender el contexto social y político en el que se producía este discurso que la propia realidad se ha encargado de desmentir, pues el planteamiento de la confrontación entre libertad y seguridad está hoy superado (ACOSTA, 2006). De hecho, libertad y seguridad aparecen en el Preámbulo de nuestra Constitución como conceptos hermanados;

“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de...”.

2 Sentimiento de Seguridad

Hemos de decir que el sentimiento de seguridad es un requisito fundamental para los ciudadanos, los cuales quieren llevar a cabo libremente sus derechos y libertades en su vida cotidiana, sin temor y sin una percepción de inseguridad a nivel internacional, nacional y personal.

En una sociedad democráticamente consolidada y legítima como la nuestra, se debe de solventar por parte del Estado los intereses de los habitantes, y estos a su vez, han de aunar esfuerzos entre todos los componentes de la sociedad como síntoma de compromiso y participación ciudadana para afrontar con éxito los desafíos sociales (FERNÁNDEZ Y LIZ, 2019).

El Estado es el encargado de crear, dirigir y coordinar estas políticas públicas en materia de seguridad ciudadana que surgen para solventar los conflictos delictivos adaptando las medidas necesarias para disminuir en la medida de lo posible las consecuencias de la delincuencia.

Dichas políticas, deben de dar respuesta a los hechos existentes que preocupan a la población por lo que han de ser no solo efectivas sino que también han de ser eficaces. La implantación de estas políticas de seguridad ciudadana tienen que acatar las leyes establecidas tanto en el marco nacional como internacional, especialmente en temas que hagan referencia a los derechos humanos y la participación ciudadana entre otros.

De este modo, nuestros gobernantes crean políticas de seguridad ciudadana y buscan la satisfacción de sus ciudadanos para que estos obtengan una sensación o percepción de seguridad en el contexto en el cual desarrollan su vida diaria con la mayor tranquilidad posible, sin que tengan la necesidad de modificar sus hábitos y costumbres como

consecuencia de los temores a sufrir un acontecimiento delictivo, pero a su vez, es aquí donde debemos poner nuestra atención y no pasar por alto la obviedad en la cual las instituciones gubernamentales no pueden satisfacer de forma plena a los ciudadanos, pues la seguridad total es una utopía, no existe, y acercarse lo máximo posible a dicha seguridad conllevaría sacrificar derechos y libertades (DE LA MOTA, 1995).

Distintos autores han creados teorías sobre las necesidades de las personas y en este sentido, podemos destacar a Bronislaw Malinowski y Abraham Maslow, siendo este último quien en su teoría conocida como la “pirámide de Maslow”, donde comenta que el sentimiento de seguridad es una necesidad y uno de los pilares básicos para todo individuo humano, tan solo por detrás de las necesidades fisiológicas más esenciales como son la nutrición, la respiración, la hidratación, el descanso y, en general, todas aquellas acciones que favorezcan que la vida continúe aflorando (VILLAR, 2009).

3 El sentimiento de inseguridad ciudadana

Antes de entrar de lleno a definir el concepto de “inseguridad ciudadana” el cual nos interesa, primero vamos a centrarnos solamente en conceptualizar el término inseguridad. Pues bien, la Real Academia Española define inseguridad como “falta de seguridad”, o lo que es lo mismo, la sensación por parte de una persona o del conjunto de la sociedad a la hora de percibir una ausencia de seguridad que hace referencia a su integridad física, imagen, etc.

Es evidente que el sentimiento de inseguridad por parte del conjunto social surge tras la existencia de una amenaza, riesgo o peligro, pero más adelante veremos si dicha percepción es fruto de acontecimientos que verdaderamente están presentes en la vida cotidiana o son producto de la imaginación que poco tienen que ver con la realidad.

Ahora bien, enfocando nuestra atención concretamente en el sentimiento o percepción de "inseguridad ciudadana", debemos mencionar que ésta hace presencia en los individuos de la sociedad tras cualquier acontecimiento agresivo o violento que vaya dirigido hacia los derechos fundamentales de nuestra Constitución, como pueden ser el Derecho a la vida, a la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones, a la libertad personal, a la integridad física y/o moral, etc .

Del mismo modo que sucede con el sentimiento de inseguridad ante cualquier situación como puede ser la de hablar en público o realizar el desempeño de sus funciones en un trabajo donde no se tiene experiencia, la inseguridad ciudadana tiene dos vertientes. Por un lado, puede ser objetiva cuando dicha sensación tenga que ver con la realidad y que corresponda con datos y cifras objetivas que hayan sido registradas en un lugar y tiempo determinado, y por otro lado, puede ser subjetiva, entendiendo ésta como una sensación de inseguridad ciudadana por parte del colectivo social que no se fundamenta o no concuerda con ningún hecho real (CURBET, 2006).

Este sentimiento de inseguridad no es percibido ni afecta por el igual a todas las personas. Influyen distintas variables como puede ser la edad, ser hombre o mujer o el lugar de residencia.

1. Inseguridad objetiva

A la hora de referirnos al sentimiento de inseguridad objetiva por parte de la ciudadanía, debemos considerarlo como producto de una realidad en un momento y lugar determinado de la cual se tiene constancia, en definitiva, un aspecto cuantitativo.

El incremento de hechos delictivos, la falta de represión por parte de las Normas y Leyes establecidas, así como la ausencia de sanciones modélicas o la casi inexistente presencia por parte de las FCS en ciertas zonas, motivan de una forma justificada el incremento de este sentimiento de

inseguridad. Por ello, podemos afirmar que un aumento significativo y racional de delincuencia y violencia en la sociedad, así como un mal funcionamiento por parte de las instituciones encargadas de sancionar y hacer cumplir la Ley son considerados como responsables objetivos del incremento de inseguridad en la población.

En este caso, la inseguridad objetiva tiene relación directa con las estadísticas y datos oficiales sobre acciones violentas de todo tipo, tanto físicas como psicológicas, así como tráfico de drogas y armas, hurtos, robos en domicilios y vehículos a motor, asesinatos, homicidios o cualquier hecho delictivo en general, que son recogidos tanto en las bases de datos policiales como organismos institucionales, quedando constancia de tales acontecimientos.

Estos datos registrados son considerados como un dato medible, como unos indicadores de seguridad, pero que a menudo, provocan cierta controversia en la población ya que nunca se llega a tener constancia por parte de las instituciones gubernamentales de toda la información real sobre los delitos que suceden, pues hay una importante cantidad de actos delictivos que no son denunciados, la gran mayoría, por lo que existe una gran cifra negra que no es introducida en dichas estadísticas policiales, quedando solo visible una parte del iceberg de la delincuencia real.

Desde el punto de vista criminológico, es vital trabajar con los máximos datos estadísticos posibles para poder ofrecer una respuesta eficaz ante los problemas derivados de actos delictivos. Esta cifra negra a la que nos referimos hace referencia al desconocimiento por parte de los órganos jurisdiccionales o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sobre ciertos delitos y delincuentes, los cuales no han podido descubrir, perseguir y condenar por los actos realizados.

A nivel nacional, el organismo público donde se registran las estadísticas sobre delincuencia, seguridad y justicia penal es el Instituto Nacional de Estadística. En cuanto al ámbito europeo, tiene la misma función que

el INE, la Oficina Europea de Estadística, conocida más popularmente como Eurostat .

2. Inseguridad Subjetiva

Como visión opuesta al punto anterior, nos encontramos ante la manera de concernir la inseguridad de una forma que no se ajusta a los datos cualitativos recopilados en las estadísticas oficiales y que definiremos como inseguridad subjetiva.

La forma en la que se nota o se percibe este estado de inseguridad varía según la persona ante la que nos encontremos, pues no es acogido del mismo modo en un hombre, una mujer, un niño o un anciano. Por ello, pueden sentirse más vulnerables aquellas personas que sean más débiles físicamente, ya que en la mayoría de los casos tienen menos posibilidades de defenderse ante un acto violento cuerpo a cuerpo por ejemplo. De este modo, diferentes estudios muestran que las mujeres en general así como los menores de edad y las personas mayores de 65 años, expresan de forma más habitual la percepción del sentimiento de inseguridad (RODRIGUEZ, 2002). En definitiva, este grupo de personas que se consideran más vulnerables a ser víctimas de cualquier tipo de delito, tienden a divisar más inseguridad de la que realmente existe.

Al ser un sentimiento individual, debemos de decir que la sensación percibida tanto de seguridad como inseguridad puede llegar a ser alteradas o falseadas. Nos encontramos a personas en nuestra sociedad las cuales pueden llegar a sentirse seguras incluso con datos que demuestran peligros reales, así como del mismo modo, también existen individuos que sienten inseguridad frente a una muy improbable posibilidad de sufrir un acto delictivo.

4 Las políticas de Seguridad Ciudadana

La seguridad derivada de la realidad criminal en un cierto espacio y en un determinado momento configura lo que se ha venido en llamar inseguridad real u objetiva, y está

determinada por las infracciones que se comenten. Al lado de ella está otra inseguridad, la inseguridad subjetiva, que tiene que ver con los sentimientos, el entorno o la propia sociedad y los medios de comunicación. Esta última depende tanto de los factores exógenos de la realidad criminal como de los endógenos propios de la persona y de su grupo de pertenencia o referencia. Se constata por lo tanto que existe una inseguridad objetiva que expresa una relación razonable entre el miedo que experimenta el ciudadano y su nivel de exposición cierta a una o varias formas concretas de agresión delictiva (vulnerabilidad) y una inseguridad subjetiva que se expresa como miedo difuso a la delincuencia que no necesariamente se corresponde con la vulnerabilidad específica del ciudadano que la experimenta. Esta doble e indisoluble constatación ha sido la piedra de toque de una incesante e irresuelta discusión acerca del fenómeno de la inseguridad ciudadana, algunos de cuyos componentes son:

- Los cambios sociales: La aceleración y los contenidos del cambio.
- El marco constitucional del Estado.
- La estructura de la sociedad.
- La forma de organización política y el reparto de poder.
- La cultura dominante y las emergentes.
- La demografía del grupo (regional, nacional...)
- La situación geográfica.
- Las alianzas con otros grupos o países. La geopolítica.
- El grado de penetración tecnológico.
- El desarrollo empresarial, financiero societario...
- La fiscalidad.
- Las macro magnitudes e índices básicos del sistema al que se aplica la Política de Seguridad.

Desde las posiciones políticas conservadoras se prefiere enfatizar las relaciones de causa-efecto (es decir aumento de la delincuencia y consiguiente inseguridad) que, en determinadas circunstancias, vinculan ambos fenómenos. Wesley Skogan realizó la siguiente síntesis del artículo de Wilson y Kelling sobre las ventanas rotas:

“cuando se deja acumular en un barrio los signos de desorden social (alcoholismo, bandas, violencia en la calle, tráfico de droga) y los de desorden físico (vandalismo, abandono de los edificios, acumulación de residuos), se laminan los mecanismos de control informal, el sentimiento de inseguridad y la delincuencia aumentan, el mercado de la vivienda se desestabiliza y todas las familias que disponen de los medios para hacerlo intentan ir a vivir a otro lugar a fin de escapar a la estigmatización de una zona que se hunde en una espiral de desorden.”

Se insiste en la dimensión subjetiva de la inseguridad ciudadana y en su carácter de fenómeno construido socialmente, no exento de manipulación torticera a través de los medios de comunicación (a pesar de que como puntualiza Lagrange (1995), “los medios de comunicación alimentan una preocupación que no han creado, unos puntos de cristalización sobre violencias emblemáticas, y su peso sobre el miedo es sólo perceptible en caso de consonancia entre la vivencia del lector o espectador y el mensaje mediático”) e inductor del desarrollo vertiginoso de la industria privada de la seguridad.

Wilson (1968), en su obra *Varieties of Police Behavior. The Management of Law and Order in Eight Communities*, definió tres modelos de política de Seguridad:

- **El modelo legalista**, modelo policial asociado a sistemas políticos muy burocratizados y cuya principal preocupación es la aplicación estricta de las normas, y en particular considera a la policía como el instrumento idóneo para la aplicación del sistema sancionador, ya sea penal o administrativo. Su función está orientada a

sancionar de forma inflexible las infracciones a las normas, por leves que estas sean.

- **Modelo de vigilancia o control.** Es propio de los sistemas políticos autoritarios, con baja tolerancia a conductas no admitidas por el sistema de valores imperante aun cuando no constituyan propiamente infracción legal alguna. Puede afirmarse que es un modelo policial de presión sobre los ciudadanos con el fin de evitar que aparezcan conductas que sean o puedan ser origen de delitos o infracciones.

- **Modelo de servicio público.** Es un modelo policial integral que incluye la realización de funciones preventivas como de investigación y restablecimiento de la seguridad, así como proteger el libre ejercicio de derechos fundamentales por parte de los ciudadanos, y que además involucra a la institución policial en el desarrollo de actividades de ayuda y satisfacción de necesidades de la comunidad que, sin tener un contenido estrictamente policial, sin embargo forma parte de la seguridad pública con la que los miembros de los cuerpos policiales están comprometidos.

Las políticas de seguridad deben partir de los hechos reales, pero conociendo los sentimientos de inseguridad de los ciudadanos para dar respuesta tanto a unos como a otros. Las políticas públicas sobre seguridad deben recoger las preocupaciones y los riesgos que amenazan directamente a los ciudadanos. Pero dichas políticas serían eficaces si no recogieran también los hechos delictivos que preocupan a los Estados como tales: la gran delincuencia, desde el terrorismo, los tráficos ilícitos, el blanqueo de dinero o cualquier otra forma de crimen organizado.

Pero las políticas de seguridad no sólo deben dar respuestas a los ciudadanos y a los Estados. Dada la vinculación del crimen organizado, internacional y globalizado, se debe dar respuesta también a la comunidad democrática internacional, mediante la adopción de acuerdos y la adopción de medidas para limitar o dificultar las actividades criminales y la obtención de

beneficios procedentes de las mismas. Sometidas como lo están a las poderosas fuerzas centrifugadoras de la globalización y la privatización, las políticas de seguridad parecen debatirse, en este inicio de milenio, entre una tendencia hacia un “populismo punitivo” –que vincula la seguridad a la intensificación de la represión penal de aquellas formas de delincuencia a las que se atribuye la responsabilidad de la inseguridad ciudadana (tolerancia cero)– y la búsqueda de nuevas formas de “gobernanza de la seguridad” –que faciliten un punto de equilibrio entre las respuestas a las causas de los comportamientos marginales y aquellas que sitúan a las víctimas en el centro de la acción pública (CURBET, 2005).

El problema de la seguridad ciudadana viene determinado por la ausencia de seguridad, se identificaría la seguridad como la ausencia de amenazas graves. Estas amenazas no siempre tienen que ver con los delitos, es decir con las figuras tipificadas en el Código Penal, sino que surgen en ocasiones de otros factores percibidos por los ciudadanos como amenazantes.

La percepción de inseguridad por parte de los ciudadanos crece o decrece sin que de forma necesaria lo haga en relación directa con datos objetivos, pues se trata precisamente de un sentimiento subjetivo. Las estadísticas de criminalidad y las encuestas de victimización, complementarias e igualmente necesarias, con los principales instrumentos a partir del cual podremos analizar el problema de la seguridad, como primer paso para la definición de la política pública de seguridad.

Actualmente la política de seguridad se organiza a través de lo que denominamos el continuo penal. Este concepto es un complejo que engloba factores políticos, legales e institucionales de los tres poderes del Estado, como las Leyes, la Policía, los Jueces y el sistema penal en general y la institución penitenciaria.

A lo largo de los últimos años se han adoptado diferentes modelos para mejorar la seguridad ciudadana, especialmente el ámbito de la

policía. Los principales han sido el modelo de policía legalista, el modelo de vigilancia o control y el modelo de servicio público, que han dado lugar a diferentes enfoques de la actividad policial, siendo los principales el enfoque en la respuesta; enfoque en el orden; enfoque en la comunidad y el enfoque en el análisis, ninguno de los cuales se ha demostrado capaz de dar respuesta a todas las demandas de los ciudadanos. Más bien parece que es una combinación de todos ellos, dependiendo del tipo de conflicto, del lugar en que se produce y del momento temporal, el que puede garantizar con más efectividad el espacio de libertad, seguridad y justicia en el que disfrutar de los derechos y libertades que garantiza la Constitución.

5 Campos en los que debe incidir toda Política de Seguridad

Cada época ha planteado una visión particular de la inseguridad como conjunto de temores más o menos específicos en la búsqueda de la seguridad; no como ausencia de temores, sino como un estado de desequilibrio aceptable. En síntesis, se identificaría la seguridad como la ausencia de amenazas graves. Como le ocurre a la felicidad, que viene a ser la ausencia de elementos perturbadores en medio de satisfacciones vitales. Como se ve se trata de apreciaciones subjetivas.

Con frecuencia se da por supuesto que hablar de seguridad evoca el mundo de los delitos, de lo penal, de lo criminal. Pero las fuentes de la inseguridad en el mundo actual no se agotan aquí. Del medio urbano en el que viven sumergidos los ciudadanos surgen inseguridades, temores y amenazas graves que no siempre tienen que ver con lo penal con sello jurídico.

Las macrociudades quebrantan la calidad de vida, amenazan la vida individual y colectiva con efectos tan graves como los que pueden infligir la delincuencia. El miedo a la soledad, a las epidemias. La gripe aviar, el cólera... a la falta de techo, al accidente violento, a la enfermedad, al desempleo...

Este es un enfoque de la inseguridad esencialmente social, entendiendo por ello la orientación real que los ciudadanos tienen de la inseguridad, la que perciben y transmiten. Esa inseguridad es siempre una inseguridad subjetiva y es por ello una construcción social, en la que se concreta el grado de seguridad o inseguridad en que se encuentra la comunidad. Así pues, desde este prisma, cuando hablamos de inseguridad nos referimos a un sentimiento.

Actualmente el modelo de seguridad que se precie, persigue como principales objetivos, la mejora de la sensación de inseguridad por parte de la población, el incremento de satisfacción con respecto a la intervención policial, mayor control social sobre la misma y la incorporación de los ciudadanos a la producción de seguridad. Para la consecución de tales fines, se involucra a la comunidad en la responsabilidad de disminuir los delitos (prevención comunitaria) y, lo que aún resulta más novedoso, en la evaluación de las acciones policiales.

Ello implica, lógicamente, algunos cambios organizativos, entre los que destaca la descentralización del mando y el establecimiento de nuevos mecanismos de cooperación (RICO y CHINCHILLA, 2002).

Este modelo parece no haber el no haber demostrado su eficacia a la hora de reducir la delincuencia, aunque si ha obtenido resultados positivos en lo que se refiere a la reducción del desorden y del sentimiento de inseguridad y, además, ha supuesto una notable mejora de la imagen de la policía ante la ciudadanía, así como la mayor satisfacción respecto de los servicios que ésta presta, constatando que el miedo y la preocupación por el delito funcionan de manera independiente respecto de los índices reales de delincuencia (VIDALES, 2012).

El profesor de la Universidad de Wisconsin Herman Goldstein impulsó un enfoque de carácter técnico denominado Policía Orientada a la Solución de Problemas (PSP), lo que también se ha denominado enfoque orientado al análisis, basado en la naturaleza

preventiva de la respuesta al problema criminal, en la que se buscan nuevas respuestas que no dependan de la acción del sistema de justicia penal, involucrando a otros organismos, distintos de la policía, en el apoyo a la planificación y ejecución de esta estrategia.

Para Goldstein la ejecución de la política de seguridad pública orientada a la solución de problemas criminales, debe conllevar el compromiso de implementar una nueva estrategia que, rigurosamente evaluada en su efectividad, debe proporcionar subsecuentemente sus resultados en un cuerpo o base de datos de conocimientos, de forma tal que coadyuven no únicamente a los cuerpos de policía en el cumplimiento de sus actividades diarias, sino también, en la profesionalización de la función de la policía en el área de la reducción del problema criminal en sus comunidades (GOLDSTEIN, 1977).

Su innovación reside en introducir un método científico y la aplicación del modelo SARA (scanning, analysis, response y assessment) con el que la policía busca los problemas en la comunidad, analiza las dinámicas de estos problemas de manera concienzuda y sistemática, diseña una respuesta adecuada al problema definido y analizado, y de ese modo evalúa el efecto de la respuesta al problema identificado (GREENE, 2000).

Adicionalmente se considera que la policía de tolerancia cero representa un nuevo enfoque de las políticas de seguridad ciudadana, si bien puede compartirse el argumento de que este estilo policial es, de hecho, el resultado de malinterpretar y poner en práctica de manera errónea los modelos de policía de proximidad y policía orientada a la solución de problemas, tesis mantenida por Dennis P. Rosenbaum et al, (1998).

6 La importancia de las Políticas Públicas en el ámbito de la Seguridad Ciudadana

Una de las mayores preocupaciones de los ciudadanos es la seguridad, hecho que aparece reflejado en los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas de manera recurrente cada año, resultando ser una de sus principales inquietudes junto a otras de similar relevancia como son el paro, la situación económica del país, la corrupción política, etc.

Según jurisprudencia ¹ del Tribunal Constitucional, la seguridad pública engloba tanto el orden público, entendido como la necesaria protección que requiere el libre ejercicio de los derechos fundamentales, así como la seguridad ciudadana, que supone la protección de personas y bienes frente a las acciones violentas, agresiones o situaciones de peligro.

Por todo lo anteriormente expuesto, debido a los primordiales derechos que la seguridad pública debe proteger y garantizar, así como por el continuo requerimiento de la sociedad para que las instituciones aumenten sus esfuerzos para prevenir, limitar y si es posible reducir las acciones delictivas que tienen lugar en todo el territorio nacional, las políticas públicas en el ámbito de la seguridad ciudadana son un pilar fundamental del poder ejecutivo a la hora de no sufrir un excesivo desgaste durante la legislatura en la que se encuentran gobernando.

7 Teorías ecológicas y delincuencia urbana

Como venimos insistiendo, podemos afirmar que la seguridad pública se administra entonces mediante las instituciones gubernamentales, que son las encargadas del mantenimiento de la paz; orden público y prevención situacional del delito. Este

paradigma ha sido predominante (seguridad pública) a lo largo del tiempo, y fue hasta 1980 cuando distintos países adoptaron medidas innovadoras donde Políticas públicas de seguridad en España (DELGADO, 2020:2022:2023). Análisis desde perspectivas criminológicas involucraban procesos más integrales, apelando a líneas operativas de la seguridad, dando cabida a lo que generalmente se conoce como seguridad ciudadana.

La seguridad ciudadana pretende restablecer el tejido social como un elemento para prevenir delitos y generar entornos seguros. Se podría sostener que las estrategias preventivas desempeñan un papel muy importante. Es por ello que la sistematización, la correcta generación y el análisis de información delictiva son sumamente importantes para el diseño de las estrategias preventivas. Es de suma importancia conocer qué medidas ha adoptado o, mejor dicho, las políticas que con base a sus características sociales y culturales el Gobierno de España ha preferido establecer para combatir la delincuencia, donde en los últimos años, las políticas han ido orientadas más que a combatir el crimen como tal, a tratar de mejorar la prevención, percepción que tienen los ciudadanos y a generar espacios de mayor tranquilidad y confianza. En cuanto a la evaluación de las políticas públicas de seguridad están deberán acomodarse a estándares que aseguren su calidad, viabilidad y resultados(DELGADO, 2022:2023).

En esencia y de manera generalizada entre otros se aconsejan para políticas públicas en seguridad acudir a estándares como el que representa para la unión europea el "Proyecto Beccaria". El Programa Beccaria, adopta el nombre de reformador del derecho penal italiano, y uno de los fundadores de la ilustración europea, también en el ámbito penal. Pionero de la política penal moderna,

¹ En este sentido puede verse la sentencia de 8 de julio de 1982 (STC 33/1982) e idéntico criterio han seguido

las sentencias 117/1984, de 5 de diciembre, 104/1989, de 8 de junio y 59/90, de 29 de marzo.

Cesare Beccaria (1738-1794) acuñó el dicho: “Es mejor prevenir los delitos que luego tener que castigarlos”. Los estándares Beccaria han sido elaborados en el marco de gestión de calidad en la prevención de la delincuencia, y fueron promovidos por la Comisión Europea y se entienden como una recomendación para obtener una mayor calidad en el trabajo de la prevención de la delincuencia (BECCARIA ESTÁNDARDS, 2007).

El estándar Beccaria pone a disposición de los entes involucrados que se dedican a prevenir la criminalidad, pautas claras y concisas que aseguren la calidad de los proyectos implementados, debiéndose garantizar el conjunto de ítems para conseguir ofrecer garantía suficiente para consolidar cualquier proyecto orientado a la prevención de la delincuencia, debiéndose orientar de la forma siguiente (BECCARIA ESTÁNDARDS, 2007):

- a) la planificación, ejecución y revisión de los proyectos para prevenir la delincuencia se orienten en función de los criterios de calidad que apuntan la ciencia y la bibliografía especializadas;
- b) los proyectos se conciban de tal manera que se puedan evaluar;
- c) los expertos científicos, posean una base técnica para valorar la efectividad y la calidad de los proyectos.

En España las políticas públicas de seguridad ciudadana más numerosas versan sobre convivencia urbana (23 de las 104 políticas identificadas desde el inicio del periodo democrático en España), seguidas de las que usaban la mediación (16) y las englobadas bajo el epígrafe de ciudad de noche y drogas (un total de 10 y 9, respectivamente). De entre estos, 24 fueron los únicos programas con información documental al respecto sobre su desarrollo y resultados, de los cuales, solo 7 (menos de 1/3) se realizaron utilizando criterios de evaluación rigurosos como el observado, estándar Beccaria.

La conclusión de esta revisión según Garrido Genovés, cuando refiere a términos de la “dualidad criminología del crimen versus

criminología del criminal” (o criminología positivista versus criminología de la elección racional: prevención situacional y ambiental) es que las políticas de seguridad navegan entre ambos mundos, muchas veces sin un rumbo definido, interviniendo en políticas sociales amplias, donde la prevención afecta a los individuos, pero también actuando en la llamada estructura de oportunidad del delito, dificultando mediante la actuación policial, que los delincuentes potenciales accedan a consumir con éxito el delito (GARRIDO GENOVÉS, 2018).

8 Ejes estratégicos de las políticas públicas en materia de seguridad

Los altos niveles de violencia a nivel internacional han hecho que los gobiernos en los últimos años busquen soluciones rápidas, una de ellas es el desembolso de sus recursos para fortalecer las instituciones encargadas de la seguridad. Considerando los aportes de Stiglitz (2000), la seguridad pública es un elemento considerado como un “bien público puro”, es decir, un factor que no se le puede negar a ningún ciudadano o establecer diferencias entre ellos mismos. Si se plantea un análisis retrospectivo, el gasto público en seguridad ciudadana a nivel internacional generalmente presenta aumentos año a año, son muy pocos los países que presentan disminuciones o que han mantenido un gasto constante. A menudo interpretadas como “consecuencia del movimiento crítico hacia la eficacia de los distintos instrumentos penales, definido en el contexto anglo-americano como Nothing Works”. Vicente Garrido (2018) al respecto, señala este concepto como un argumento erróneo mantenido por los positivistas al confundir los resultados obtenidos en los años 70 y 80 del pasado siglo con respecto al tratamiento de los delincuentes (la llamada doctrina del ‘nada funciona’, popularizada por Martinson, 1974), que arrojaron pobres expectativas de éxito, con nuestra capacidad para reducir la comisión de los actos delictivos: “En virtud de la evidencia disponible en aquellos años, era razonable pensar que poco o nada podía

lograrse para reducir la criminalidad, pero de esto no se deducía que no se podía hacer nada para reducir el delito". (GARRIDO GENOVÉS, 2018).

Desafortunadamente, las estrategias de aumentar los presupuestos no han arrojado los resultados esperados y es por ello que la inversión pública en materia de seguridad es sin duda, uno de los grandes debates que han estado presentes en los últimos años a nivel internacional. Hay quienes argumentan que un mayor gasto refleja una mayor eficiencia. Pero también hay quienes sostienen que un mayor gasto en defensa, seguridad y justicia es improductivo y ambiguo, ya que limita los recursos que bien se podrían destinar a otras áreas de mayor impacto social que al largo plazo influirían positivamente en el combate al crimen, a manera de prevención del delito (DELGADO, 2022:2023).

Lo que la realidad nos muestra, es que desafortunadamente no ha existido una política o un plan de acción lo suficientemente eficiente que pueda poner fin a la delincuencia (LIZ, 2018; 2020). En este punto de la discusión, la evidencia empírica sobre la relación e impacto del gasto público en seguridad y la actividad delictiva parece no tener un resultado único. Por lo tanto, estos resultados deben verse siempre con cautela, ya que las causas de la actividad delictiva son múltiples e incluso pueden llegar a estar interrelacionadas. Por ello, dependerá de cada análisis empírico señalar los alcances de cada medición estadística o econométrica, y de la metodología utilizada (DELGADO, 2022:2023).

En este sentido, desde la teoría se recomienda encontrar los múltiples determinantes de la actividad delictiva y aplicar la metodología que mejor se adapte a la naturaleza de la información disponible. Es evidente que erradicar por completo la inseguridad es una asignatura sumamente compleja, por ello, es de carácter urgente presentar una línea de acción distinta a las ya conocidas y utilizadas históricamente. De acuerdo con lo anterior y debido a la necesidad de disminuir la

delincuencia, el discurso debe enfocarse ahora en las políticas preventiva, la importancia para los gobiernos radica en no cambiar de políticas solamente por verse superados y buscar una solución próxima y tosca, sino continuar con lo que se trabajó anteriormente y, además, con miras al futuro mediante las prácticas preventivas, sin olvidar que dichas medidas representan un desafío mayor (STIGLITZ, 2000).

Por otra parte es muy preocupante que el trabajo de la rehabilitación se haya olvidado, es decir, si consideramos que la policía actuó eficientemente y puso a disposición de las autoridades competentes al delincuente, se espera que cumpla su condena, pero, que se trabaje en iniciativas de rehabilitación (PAYÁ, DELGADO y MAZURIER, 2020; PAYA Y LUQUE, 2021).

9 Conclusiones

La seguridad ciudadana es un concepto subjetivo, que depende de la percepción que los ciudadanos obtengan sobre un determinado lugar, por lo que una adecuada política criminal donde intervengan miembros del control social informal (familia, escuela), así como la participación del control social formal (Justicia, policía), cuando todos los medios empleados por el colectivo anterior, resulten ineficaces para tratar de dar una solución al problema delictivo que presente. Las políticas de seguridad ciudadana determinadas por el poder político democráticamente establecido, pretenden dar una respuesta social a las demandas ciudadanas relativas a las incidencias que vulneran o menoscaban sus derechos y que así mismo dificultan su normal convivencia (LIZ, 2018; 2020).. En el momento actual no se explicita un modelo de política de seguridad ciudadana en el que de manera coordinada se avance en los diferentes frentes que tiene incidencia en la misma, posiblemente porque cualquier tipo de reforma que hubiese sido necesario abordar se habría encontrado con la imposibilidad de su financiación. No obstante la convivencia de elementos provenientes de

los diferentes enfoques, el profesional o legalista, el enfoque en el orden, el enfoque en la comunidad o el enfoque en el análisis, se está demostrando como el más efectivo para desarrollar una política de seguridad ciudadana que garantice los derechos y libertades de los ciudadanos, mejorando sus condiciones de vida, dentro de un espacio de libertad seguridad y justicia. Por su parte, la policía debe asumir su responsabilidad social, superando la estrecha concepción de ser un organismo especializado en la seguridad y el cumplimiento de las leyes, operando al margen de la voluntad y sensibilidad de los ciudadanos, para convertirse en un agente social integrado con la comunidad a la que sirve en sus problemas y sus necesidades. El éxito de la policía como servicio público está directamente relacionado con la relación que sus agentes lleguen a mantener con las comunidades y los grupos sociales. El trabajo policial debe entonces enfocarse a la solución de problemas a través de un comportamiento profesional que cumpla con los principios de la justicia procedimental, en sus relaciones con la comunidad para lograr efectiva colaboración en las soluciones que se propongan.

Para prevenir el delito los poderes públicos deben recurrir a la Criminología y complementar sus agendas de seguridad pública mediante modelos de prevención situacional, comprometiéndose a aplicar medidas adecuadas basadas en los hallazgos científicos y evaluando siempre sus resultados mediante estándares de calidad, para ser eficientes en el uso de los recursos públicos. Se anhela por la generalidad de las políticas públicas en seguridad poder plasmar una propuesta a manera de aproximación a medio-largo plazo con el fin de reducir la incidencia delictiva, pero necesariamente, concibiendo al fenómeno delictivo como una actividad que en mayor o menor medida, continuara estando presente en las sociedades. Mediante la aplicación por los agentes involucrados de estándares como el observado “estándar Beccaria”, puesto que es una herramienta usualmente aplicada por los

investigadores, y no siempre trasladándose al ciclo de las políticas públicas.

En definitiva, el papel de la gobernanza de la seguridad y la creación y gestión de políticas públicas de seguridad debe estar en permanente revisión, pero no hay que olvidar que la inseguridad y la convivencia representa una de las principales preocupaciones de nuestra sociedad, y que esa necesidad de la ciudadanía por sentirse segura no debe ser objeto de rentabilidad política, bien al contrario, la seguridad debe ser sinónimo de servicio público en la resolución de problemas y conflictos, de prevención y de educación compartida en el cumplimiento de los objetivos acordes a las exigencias depositadas en la agenda política de seguridad.

Referencias

- ACOSTA GALLO, PABLO. (2006). Las nuevas amenazas a la seguridad y el concepto de orden público en democracia. *Revista General de Derecho Administrativo* nº 11, p. 2
- ACOSTA GALLO, PABLO. (2005). La necesaria redefinición jurídico-política de los conceptos de seguridad nacional y orden público. VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y buen gobierno. http://www.recp.es/uploads/files/congresos/congreso_07/area03/GT09/web09.pdf
- AGUADO i CUDOLA, VICENÇ (2006) “Estudio preliminar: La seguridad como sistema al servicio de la ciudadanía”. *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, num.16. p. 37. <http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/130213/179651>
- BARATTA, ALESSANDRO. (2001) El concepto actual de seguridad en Europa. *Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP)*, núm. 8, pp. 17-30
- BROTAT i JUBERT, RICARD. (2002). “Un concepto de seguridad ciudadana, *Revista Catalana de Sociologia*. http://www.dipalicante.es/formacion/es/mercado/almacen/BROTAT_seguridad_ciudadana.PDF

- CURBET HEREU, JAUME. (2005). “La ciutat, hàbitat de la inseguretat”, en AA.VV., Habitatge, cohesió social i sostenibilitat, Informe 2005 de l’Observatori del Risc, Institut d’Estudis de la Seguretat, 2005, pp. 23-48,
- CURBET HEREU, JAUME. (2006). La globalización de la (in)seguridad. Ed. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Págs. 41 y ss.
- DE LA MOTA OREJA, IGNACIO. (1995). Manual de autoprotección ciudadana. Edit. Limusa. Balderas. 1995. Págs. 7-8.
- DELGADO MORÁN, JUAN, JOSÉ. (2022). Criminología aplicada a la seguridad. Perspectiva desde la Gestión del Riesgo. Editorial Sotec, 2022.
- DELGADO MORÁN, JUAN JOSÉ. (2023). Políticas públicas de seguridad en España. Análisis desde perspectivas criminológicas. *Revista Opinião Jurídica, Fortaleza*, v. 21, n. 37, p. 183-211, maio/ago. <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v21i37.p183-211.2023>
- ESCOLA, MARC (2000). “Eficacia y sistemas de calidad en la Policía”. Instituto Superior de Estudios de la Gobernabilidad y la Seguridad. Vitoria, 2000.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS y LIZ RIVAS, LENNY. (2019). Tratamiento basado en resiliencia tras escenarios de exclusión social. En “Los nuevos escenarios en las relaciones internacionales; retos, amenazas y oportunidades”. Thomson Reuters/Aranzadi. p. 715-726.
- GOLDSTEIN, HERMAN. (1977). Policing A Free Society. CLEW Publications. Wisconsin University.
- GREENE, JACK. (2000) “La policía de proximidad en Estados Unidos: cambios en la naturaleza, estructura y funciones de la policía”. Traducción Giménez-Salinas. (https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/213798_spanish/ch7_esp.pdf)
- IZU BELLOSO, MIGUEL .JOSÉ. (1988). Los Conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978. *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 958, 1978, p. 244.
- LABRA DIAZ, CYNTHIA. (2011). El modelo de policía comunitaria: el caso chileno. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*. vol. 3, n° 1, año 2,p.p. 49-61. <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V2N1-art37>
- LAGRANGE, HUGUES. (1996). La civilité à l’épreuve: crime et sentiment d’in-sécurité. *Revue française de sociologie*. 37-4 pp. 656-658. <https://doi.org/10.2307/3322144>
- LIZ RIVAS, LENNY. (2018). Algunas bases neurológicas sobre la violencia y la agresión. En: MERCADER, Emilio José García; SANTOS, Claudio (coord.). Conflictos y diplomacia, desarrollo y paz, globalización y medio ambiente. Thomson Reuters/Aranzadi. p. 943-955.
- LIZ RIVAS, LENNY. (2020). Internalizing and externalizing behavior problems in the development of social competence in children. Cuadernos de psicobiología de la agresión: educación y prevención, Universidad Complutense de Madrid, Dykinson, p 91-102.
- MAGUIRE, EDWARD. (2000). “La Función Policial Orientada a La Resolución De Conflictos” [“Problem-Oriented Policing”] Pp. 99-113 in Seguridad Pública y Policía en el Comienzo del Siglo XXI [Public Security and the Police in the 21st Century]. Publicaciones de la Fundación Policía Española, Colección Estudios de Seguridad.
- MANUEL CASTELLS, IGNACIO QUINTANA, JORDI BORJA I SEBASTIÀ, y ROBERTO DORADO. (1990). Las grandes ciudades en la década de los noventa”. Editorial Sistema, pp. 581-594
- MASTROFSKY, STEPHEN. (2001). “La ciudad segura” en “La Ciudad y la Seguridad de sus habitantes”. Publicaciones de la Fundación Policía Española. Madrid, 2001.
- NEILD, RACHEL. (2000). Policía Comunitaria. Temas y debates en la reforma de la seguridad pública. Washington Office On Latin America. WOLA.

- PAYÁ-SANTOS CLAUDIO AUGUSTO., DELGADO MORÁN JUAN. JOSÉ, & MAZURIER PABLO. ANDRÉS. (2018). Individual terrorism as a response to the distorted phenomenon of cultural identity. En J. Ramírez & G. Abad-Quintanal (Eds.), Cross-cultural dialogue as a conflict management strategy. *Advanced sciences and technologies for security applications*. (pp. 34-45). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77231-8_4
- PAYÁ-SANTOS CLAUDIO AUGUSTO., & LUQUE-JUÁREZ, JOSÉ. MARÍA. (2021). El sistema de inteligencia criminal ante las nuevas amenazas y oportunidades del ciberespacio. *Revista Científica General José María Córdova*, 19(36), 1121-1136. <https://doi.org/10.21830/19006586.855>
- RAMIREZ, ANTONIO. (2005). "Estrategias sociales de policía". Editorial Dykinson.
- RECASENS I BRUNET, AMADEU. (2000). Elementos emergentes de inseguridad ciudadana. *Revista Catalana de Seguridad Pública*, nº 6-7, 2000, pp. 13-35.
- RICO, JOSÉ. MARÍA, Y CHINCHILLA, LAURA. (2002). "Seguridad ciudadana en América Latina: hacia una política integral". México: Siglo Veintiuno Editores, 2002, pp 43.
- RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. (2002). Victimología: estudio de la víctima. Edit. Porrúa. México. P. 6.
- SOTO NAVARRO, SUSANA. (2005). La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-09, 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>.
- SZABO, DENIS. (2000). "Policía Comunitaria y Mediación" en "Seguridad Pública y Policía en el comienzo del siglo XXI". Publicaciones de la Fundación Policía Española. Madrid, 2000.
- TAMAYO Y SAEZ, MANUEL. (1997). "El análisis de las políticas públicas" en "La nueva administración pública". Bañón, R., Carillo, E. Alianza Universidad; 1997. Pp.2-22
- VIDALES RODRIGUEZ, CATALINA. (2012). Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 32. págs. 469-502
- VILLAR OIARZABAL, JOSÉ. ANTONIO. (2009). Estados de comunicación: una aproximación a la posible comunicología. Edit. Cultiva. Pp. 57-60.
- WILSON, JAMES. (1968). "Varieties of Police Behavior. The Management of Law and Order in Eight Communities." Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/9780674045200>



La seguridad privada en España y su evolución en materia legislativa

Private security in Spain and its legislative evolution

José Ángel Pastor Sánchez

UCAM Universidad Católica de Murcia

japastor@ucam.edu

ORCID. 0000-0003-1068-8980

Resumen

En el presente artículo vamos a observar el origen y evolución de la seguridad privada, desde las primeras figuras surgidas en una época de notoria inseguridad para cubrir ciertas necesidades donde el Estado no alcanzaba hasta nuestros días, así como la legislación reguladora de sus competencias que necesariamente ha ido derivando de la misma. También se tratarán aspectos futuros acerca las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado a raíz del tema COVID-19 y su respectiva pandemia, con los consecuentes daños que ha conllevado. Se hará un especial hincapié en la guardia civil, su actuación, y su cooperación y colaboración para con el resto de los cuerpos de seguridad, tanto de ámbito público como privado. Finalmente se tocarán aspectos relacionados con el terrorismo, así como policías europeas, Europol y Eurojust.

Palabras clave: FCSE; Guarda rural; Guardia Civil; Seguridad privada; Terrorismo; Europol; Eurojust.

Abstract

In this article we are going to see the origin and evolution of private security, from the first figures that emerged in a time of notorious insecurity to cover certain needs where the State did not reach until today, as well as the legislation regulating its competences that has necessarily been derived from it. Future aspects about the state security forces and bodies will also be discussed as a result of the COVID-19 issue and its respective pandemic, with the consequent damages that it has entailed. Special emphasis will be placed on the civil guard, its action, and its cooperation and collaboration with the rest of the security forces, both public and private. Finally aspects related to terrorism will be touched, as well as European police, Europol and Eurojust.

Key words: FCSE; Rural Guard; Civil Guard; Private Security; Terrorism; Europol; Eurojust.

1 Introducción

Uno de los grandes valores en cualquier sociedad, siempre ha sido la seguridad, y en esa necesidad, es donde podemos encontrar el verdadero origen de la seguridad privada. La continua demanda de la población de unos niveles de seguridad cada vez más elevados, junto con la ausencia de recursos del Estado de proporcionarla en todos y cada uno de sus aspectos, ha provocado que se hayan ido creando organismos privados paralelos al monopolio que tiene el Estado sobre la seguridad en su territorio. Por este motivo comenzaron a surgir determinadas figuras, en un principio rudimentarias orientadas a zonas rurales y agrícolas, que fueron evolucionando a figuras más complejas, formadas, con normativas legales que, salvaguardaban sus actuaciones y se reforzaban en consonancia con el gran éxito que obtenían, este tipo de servicios complementarios a la seguridad pública.

Con el paso de los años esta evolución se fue transformando e introduciendo en nuevas zonas geográficas, extrapolándose al contexto urbano, siendo de gran ayuda para las propias Administraciones públicas percepción de inseguridad, ligados a la sensación como antes se ha mencionado de que los recursos públicos resultaban escasos frente a la demanda de seguridad, así pues, surgieron diferentes empresas que ofertaban productos y servicios de seguridad que podían calmar esta sensación de inseguridad subjetiva, además atendían con mayor premura las necesidades particulares de la población que la seguridad pública (Framis, 2014).

Aunque el inicio fue marcado por un crecimiento más bien desordenado y sin limitaciones, enseguida se promulgó una nueva ley que regulara el sector privado, así como sus actividades frente a la seguridad pública. Este rápido crecimiento de oferta y demanda de servicios de seguridad privada estaba ligado al resto de causas comunes entre los países europeos colindantes (Button, 1997). Este aumento es debido a la

conurrencia de múltiples factores entre los que se destaca, una crisis en el estado del bienestar de los países europeos, acompañado de un movimiento de diversos sectores hacia la privatización de servicios públicos, ausencia de confianza en las instituciones represivas y preventivas de la criminalidad, cambios urbanísticos y de la ordenación de la actividad social incrementando el uso de espacios privados de uso público (como por ejemplo; urbanizaciones, centros comerciales, o centros de ocio), finalmente, entre los factores más importantes se encuentra la preocupación y el miedo palpable de la época de los ciudadanos, así como el sentimiento de inseguridad reinante de la población.

Sin lugar a duda, un gran punto de inflexión en la aplicación de la Seguridad Privada se produce con los atentados del 11 de septiembre en Estados Unidos, momento que marca una nueva etapa donde se producen múltiples atentados con mayor impacto social y económico del que se estaba acostumbrado al que le siguen los perpetrados en Alemania y otros países, cambiaron totalmente la percepción europea de la seguridad. Consecuentemente, hay una seguridad antes y una después del 11 de septiembre del año 2001, aparece la Globalización Criminal y los atentados Terroristas Yihadistas. A partir de ese momento, se debe mirar y analizar estos sucesos de otra manera, sobre todo en lo referente a riesgos y amenazas, sin olvidar las consecuencias potenciales (Martínez, 2005).

2. Evolución de la seguridad privada en España

Ante la inseguridad de la época durante el reinado de los reyes católicos y la necesidad de abordar todos los puntos donde las autoridades no llegaban, en aras de mejorar la seguridad y el orden social, S.M la Reina Isabel II el 8 de noviembre de 1849 aprobó el Reglamento por el que se crearían los primeros Guardas Jurados que serían la antesala a lo que hoy conocemos como vigilantes de seguridad, que debían ser

(Reglamento para los guardas municipales y particulares del campo de todos los pueblos del reino, 10 de noviembre de 1849):

hombres de buen criterio y prestigio entre sus gentes, que cuidaran como suyo lo que era de los demás y en los campos existe, pues no cuanto hay en el campo es de todos...

Este Real Decreto del Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras Públicas otorgó a los propietarios de fincas rústicas la potestad para protegerse mediante la contratación de guardas de campo, ya sea a nivel individual o creando asociaciones con otros propietarios de campo, con el fin de evitar la quema de cosechas y montes, corta y desgaje de árboles, hurto de reses, destrucción de viñedos.

Primeramente, su principal misión era vigilar cotos, villas, fincas, parques y pequeñas áreas rurales privadas. Eran considerados agentes de la autoridad, distinguiéndolos de los guardas municipales, y de los guardas de campo no jurados, que eran meros trabajadores particulares de los terratenientes. El Guardajurado actuó desde 1876 (Real Orden, 12 de agosto 1876), en estrecha colaboración con el cuerpo de la Guardia Civil, el guarda jurado hacía las tareas de control y salvaguardia, que táctica y logísticamente, la Guardia Civil no podía hacer, y para ello, contando con un Guardajurado tenían un refuerzo de la ley, en toda villa, parque, plaza y monte.

Tras los buenos resultados obtenidos de los guardas Jurados, aparece la figura del sereno como muestra de un movimiento en la seguridad, de lo rural a lo urbano, hemos de recordar que se trataba de una figura que en las noches se encargaba de abrir a los vecinos las puertas de los edificios, desempeñando una función similar en nuestros tiempos actuales a la de "portero nocturno", salvaguardando además la seguridad de los barrios cuyos fines eran evitar altercados, avisar a los bomberos en casos de incendio y controlar el alumbrado público (Insaurrealde, 2007).

En su camino de la conquista sobre todo el escenario geográfico, fue cuando, las empresas privadas se dieron realmente cuenta de las ventajas que tenían este tipo de servicios, y de cómo podrían beneficiar dado la cantidad de sabotajes, robos y hurtos, además de pequeños actos de vandalismo que a la larga les hacían perder importantes sumas de dinero. Durante la dictadura de Franco se creó un decreto ley que autorizó el uso de seguridad interna propia dentro de las empresas. Las primeras en incorporar sus propios guardas jurados dentro de sus plantillas fueron las petrolíferas, así fue como CAMPSA creó su primer cuerpo privado de guardas jurados armados con el famosos chopo, revólver y el cinturón de balas. Con el paso del tiempo esta figura del guarda jurado acabó por incorporarse también a empresas con activos de gran valor como por ejemplo los bancos. La primera reglamentación de guardas jurados para nuestros días en empresas bancarias sería un decreto del ministerio de gobernación (Real Decreto de 10 de mayo de 1946, Boletín Oficial del Estado).

Tras el fin de la dictadura por la muerte de Franco, llegaría la Constitución de 1978, que empezaría a generar gran objeto de debate e increpaciones entre el pueblo español ya que se cuestionaba la consideración legal de agentes de la autoridad a los Guardas Jurados. Aunque se trataba de una época ambigua en plena y clara transición hacia una democracia y se empezó a notar que la gente iba perdiendo el miedo y un poco el respeto hacia esta figura. Paradójicamente, los Vigilantes Jurados a través de empresas de seguridad privada empiezan a extenderse hacia otros puestos de trabajo como en centros comerciales, urbanizaciones privadas y otros ámbitos (García Fuentes, 2020).

Fue en 1992 con la aprobación de la Ley de Seguridad Privada 23/1992 (Ley 23/1992, Boletín Oficial del Estado), donde se reguló con total claridad las funciones del Vigilante de Seguridad, antiguo Guarda Jurado, ya que integra finalmente a los Guardas Jurados con las Fuerzas con Cuerpos de Seguridad públicos

como complementarios de los mismos, por tanto, pierden su posición de agentes de la autoridad, y quedando claro el deber de auxilio, colaboración y coordinación con la Seguridad Pública.

Es importante mencionar esta ley porque genera muchos cambios, puesto que no contempla el carácter de agente de la autoridad anteriormente mencionado, diferencia la habilitación de vigilante de las licencias de armas, crea las especialidades de escolta privado y vigilante de explosivos, así como las figuras de jefes de seguridad y directores de seguridad, sigue manteniendo como especialidades de vigilantes de seguridad las variantes de pescarías marítimas, piscifactorías, caza. Y por primera vez se deja de depender de la guardia civil (salvo en materias de armas, explosivos y guardas de campo) y pasa a ser del cuerpo nacional de policía.

Como última evolución, la nueva Ley de Seguridad Privada (Ley 5/2014) que entró en vigor el 5 de abril de 2014, viene a establecer un marco legal más actualizado para el sector, adaptándolo y resolviendo las incidencias que ha ido generando por su notable crecimiento. Los cambios con las nuevas tecnologías, además también actualiza el vínculo entre los Vigilantes Privados y las Fuerzas de Seguridad del Estado, pasando este de subordinación, a un vínculo de colaboración y coordinación (Ridaura Martínez, 2015).

3 Marco legal de la seguridad privada

La principal normativa actualmente es la vigente Ley 5/2014 de Seguridad privada que viene a sustituir la anterior Ley 23/1992, el reglamento que lo regula está desarrollado, pero aún no se ha aprobado al momento de la redacción de estas páginas. Mientras tanto el reglamento de 1994 (Real Decreto 2364/1994) sigue vigente siempre y cuando no existan situaciones de contraposición con lo dispuesto en ella

3.1. Ley Orgánica 23/1992 de 30 de julio, de seguridad privada

Mediante esta Ley 23/1992 de Seguridad Privada, se aporta una respuesta a determinadas necesidades que dado el pasar de los años se habían generado a nivel de seguridad en general, no sólo la privada. El reglamento de esta ley fue aprobado por el Real Decreto 2364/1994, aunque modificada posteriormente por el Real Decreto-Ley 2/1999.

El motivo general de esta ley era la misma dinámica que se lleva tratando en el artículo, la actualización de la normativa en materia de seguridad privada dada la creciente evolución de la sociedad que se iba modernizando a pasos agigantados en los últimos años, así como la derogación de normativas más antiguas que se estaban quedando un tanto obsoletas, en los cuales en múltiples casos dejaba un vacío legal y en otros directamente se contradecía.

Otro de los motivos, este mas de carácter político se trataba sin duda de la llegada de los Juegos Olímpicos de Barcelona y la “Expo-92” El gobierno español quería presentar una imagen ya no solo con la Unión Europea sino a escala global internacional de una España moderna, actualizada y europea, puesto que la imagen que se tenía por aquel entonces estaba manchada por el sistema militar y policial que impuso la dictadura de Franco (Martin, 2019).

Hay que contextualizar un poco en el sentido de que aquella época distaba muy lejos aún de los atentados terrorista acontecidos en Nueva York en 2001 y por tanto de la visión tan normalizada que hoy día tenemos de policías armados en la calle, por eso y como adelanto veremos la retirada de la figura del Vigilante armado en las calles, para destinarlo exclusivamente en el interior de edificios públicos y el transporte de fondos. Hay que recordar que por aquel entonces los vigilantes de seguridad se comportaban como una policía paralela, atribuyéndose trabajo y competencias de la “policía verdadera” sin

apenas respuesta o control del Estado, donde accedían aquellas personas que las empresas privadas designaran sin necesidad de formación o experiencia alguna en el sector.

Los cambios fundamentales en correlación a los motivos expuestos con anterioridad a los que se sumaría alguno más de carácter político de la ley 23/1992 de seguridad privada se pueden concretar en los siguientes puntos (Rodríguez, 2020):

1.- La aclaración ya desde la Exposición de Motivos y el artículo 1 de la definición de seguridad, así como su control, que será ejercidos exclusivamente por la seguridad pública; además la consideración del vigilante de seguridad privada como agente complementario y subordinado a la seguridad pública.

2.- Ese estatus complementario de la seguridad privada viene reforzado por la doctrina del Tribunal Superior de justicia de las Comunidades Europeas al considerar que “las empresas y el personal de seguridad privada no participan directa y específicamente en el ejercicio del poder público”.¹

3.- En el artículo 2 establece que la seguridad privada queda sujeta al Cuerpo Nacional de Policía.

4.- Otra de las modificaciones importante fue la de atribuir los servicios de seguridad privada exclusivamente a empresas de seguridad privada, teniendo por tanto que tener una plantilla de personal, erradicando por fin la posibilidad de contratar agentes de seguridad privada de manera particular por el propietario. Sólo podían con esta ley, los Guardas Particulares de Campo, los Guardapescas Marítimos y los Guardas de Caza, ser contratados por el empresario.

5.- En esta ley se aclaran las figuras que conformaran el sector de la seguridad privada; los Vigilantes de Seguridad, los jefes de Seguridad, los Escoltas Privados, los Guardas Particulares del Campo y los Detectives Privados. Estos últimos dejan de tener su legislación propia para incluirse en seguridad privada.

6.- El Artículo 10 establece la capacitación y habilitación del personal. Aunque solamente menciona “superar las pruebas oportunas”, por tanto, al no exigir un nivel académico mínimo o un grado de formación profesional abre la veda a una oportunidad económica un tanto ambigua donde nacen los centros de formación privados. También cabe destacar que debido a la inactividad de la profesión por un tiempo igual o superior a dos años se te inhabilita de tu profesión, teniendo entonces que volver a examinarte.

7.- En el artículo 14 encontramos otro de los cambios sustanciales, a partir de esta ley la licencia y porte de armas se excluye de la habilitación como agente de seguridad privada, por tanto si se quiere acceder a determinados servicios donde sea necesario el porte de armas, deberán de manera particular obtener dicha licencia y mantenerla, aunque las armas utilizadas durante el servicio pertenecen a la empresa y no a los agentes por tanto va “rotando” por quien se encuentre trabajando en ese turno.

8.- En el artículo 20 cabe destacar otra novedad, no pueden ejercer las funciones de detectives privados aquellos funcionarios en activo de las Administraciones Públicas o que lo hayan estado durante los dos años previos a la solicitud.

Se adhiere como especialidades de vigilante a Escoltas privados y Vigilantes de Explosivos, como especialidades de Guarda Particular de Campo a los Guardas de Caza y Guardapescas

¹ SsTJCE: Asunto: C-144/97, Comisión/España 29/10/98 EDJ 1998/19949; Asunto: C283/99, Comisión/Italia 9/03/99 EDJ 2001/7450; Asunto: C-355/98, Comisión/Bélgica, 9/03/00, EDJ 2000/2767 y Asunto: C-

171/02, Comisión/Portugal, 29/04/04, EDJ 2004/12088.

Marítimos, y al director de Seguridad como especialidad de jefe de Seguridad. Matizando para cada una de las figuras los requisitos necesarios.

Otra cosa a resaltar en la presente ley es el establecimiento de una formación permanente y continua como anteriormente habíamos adelantado para mantener la acreditación de vigilante de seguridad posterior a la inicial que te da acceso al empleo; si cabe la opción de destacar, una de las disconformidades del personal de seguridad privada fue la imposición de la obtención de una puntuación mínima durante las prácticas de tiro para mantener sus respectivas licencias de armas y con ello paralelamente, el trabajo. Requisito por el cual se generó un murmullo y ambiente de crispación entre los profesionales de esta profesión ya que, al resto del personal armado, véase a los militares, los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no se les exige.

Se regulariza el transporte de fondos por vía marítima y aérea. Se ajustan las competencias y situaciones de intervención de los vigilantes en el exterior de inmuebles y fuera de servicio, delimita su prestación de servicio en todo tipo de establecimientos.

Se establece una dependencia orgánica del personal de seguridad privada sobre la Dirección General de la Policía, creando la Unidad Central de Seguridad Privada con sus unidades provinciales. Los Guardias Particulares de Campo seguían dependiendo funcionalmente, como hasta entonces, de la Guardia Civil, incluyendo también sus especialidades de Guardas de Caza y Guardapescas.

Se trata del tema la protección de personas, hasta ahora ninguna legislación lo había abordado con claridad, demarcándola exclusivamente para Escolta privado, exponiendo así sus atribuciones y limitaciones.

En cuanto a la figura que hemos mencionado en párrafos anteriores, el Detective Privado,

tanto la Ley 23/1992 como el RD 2364/1994 dejan definitivamente esta profesión ligada al ámbito y legislación de la Seguridad Privada.

3.2. Cambios sustanciales con la Ley Orgánica 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada

Las modificaciones que se han propuesto en la nueva ley, además de mejorar y resolver problemas técnicos, de gestión y operativos, profundiza decididamente en el actual modelo español de seguridad privada (complementaria, subordinada, colaboradora y controlada por la seguridad pública), posicionándose más por un papel preventivo a favor de la seguridad general. Este cambio de visión es el que posteriormente inspirará los preceptos a los que se dedica hoy en día la investigación privada (Ginés Rosado, 2016). Las circunstancias que provocan dichos cambios son:

- Como objetivo prioritario se encuentra la cooperación y corresponsabilidad en la prevención y persecución de hechos ilícitos.
- Estudia los actores que participan en la actividad de seguridad privada, sus funciones y sus roles.
- Define las formas de colaboración entre entes públicos y privados.
- Trata sobre el control administrativo de la seguridad privada: infracciones y sanciones.

Con el propósito de no generar interferencias y duplicidades, se crean mecanismos de coordinación institucional, se aclara el reparto de las diferentes competencias autonómicas y estatales, se consolida la competencia exclusiva del Estado en materia legislativa y normativa y se sitúan en la órbita ejecutiva las competencias de las comunidades autónomas. Se unifica todo el sector con una ley generalista, reguladora de todas las materias que conforman la seguridad privada, con una distribución de materias que comprenden desde lo más general hasta lo más específico (Torrente, 2016).

Deja claro uno de los puntos fuertes de la ley, la relación de coordinación y colaboración entre las FFCCSE y el personal de seguridad privada, con el único reto de mejorar la prestación de un servicio de seguridad pública y privada de interés general, gracias a la fluidez en el intercambio de información, siempre por supuesto con total garantía legal (Delgado, 2016; 2023).

Respecto a la regulación de empresas de seguridad y despachos de detectives, más concretamente a los registros de estos, se unifica en un nuevo Registro Nacional de Seguridad Privada.

Quedan reguladas cuestiones anteriormente solucionadas en base al reglamento, ambiguas, como por ejemplo las funciones de algunos miembros del personal de seguridad privada, ya que la anterior Ley 23/1992, de 30 de julio, tan sólo regulaba las funciones de los vigilantes de seguridad y los detectives privados. Además, esta nueva ley modificó el nombre de los guardas particulares del campo, para pasar a llamarlos, más adecuadamente, como guardas rurales.

Por otra parte, se modifica el requisito de la nacionalidad española o de un Estado de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo para poder efectuar servicios de seguridad privada, ahora se amplía este precepto a nacionales de terceros Estados que tengan suscrito con España un convenio internacional en el que se contemple tal posibilidad a los nacionales de ambos Estados.

Por primera vez se regula, las medidas de seguridad, así como la especificación de la forma de prestación de los principales servicios de seguridad (vigilancia y protección, protección personal, depósitos y transportes de seguridad, e investigación privada). Asunto de especial interés, puesto que las actividades de videovigilancia y de investigación privada, puesto que dichos servicios tratan muy cercanamente la intimidad de los ciudadanos.

A partir de ahora, las actuaciones de control e inspección sobre las entidades, el personal y

las medidas de seguridad, quedarán fiscalizadas, así como la obligación de colaboración por parte de los afectados.

Del mismo modo, se resolvieron algunas cuestiones respecto a las carencias del régimen sancionador. Actualmente ha quedado un marco sancionador donde se diferencia entre infracciones cometidas por las entidades, el personal o los usuarios de seguridad privada, incluyendo, además, los centros de formación en la materia. Se regulan todas las conductas que tengan ánimo de desarrollar actividades de seguridad privada ilegales o no inscritas en el registro con ánimo de despejar el sector de toda posibilidad de intrusismo laboral (Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada).

4 Coordinación y colaboración: Guardia civil

Uno de los fundamentos principales del éxito en materia seguridad ciudadana se encuentra en las bases de coordinación y colaboración que la guardia civil establece tanto con el sector privado, es decir, seguridad privada; como con el sector público, policía local y policía nacional.

El intercambio bidireccional de la información resulta clave para la averiguación intendente de los hechos sobre todo cuando se trata de casos donde el cuerpo policial que llega primero no tiene las competencias atribuidas, ya sea por nivel territorial, material...

Según la Ley 40/2015, la administración pública debe respetar en todas sus actuaciones y relaciones, entre otros, los principios de buena fe, confianza legítima y lealtad institucional, así también como los de cooperación, colaboración y coordinación policial.

El mencionado deber de lealtad institucional, aunque no viene descrito en nuestra Constitución, se trata de un principio considerado por el Tribunal Constitucional como un deber político y jurídico. Dependiendo de la perspectiva el mismo se podría denominar de diferentes maneras

como deber de lealtad constitucional, principio general de cooperación, auxilio recíproco, mutua lealtad o deber general de cooperación (Cámara, 2007:76).

Tal y como indica el art. 3 de la Ley Orgánica 2/1986, la comunicación interpolicial se basará en el principio de cooperación recíproca y su coordinación se realizará mediante los órganos establecidos en dicha ley, que son las Juntas Locales de Seguridad, las Juntas de Seguridad de las Comunidades Autónomas y el Consejo de Política de Seguridad.

Para finalizar aclarar que este principio comentado en el párrafo anterior es la consecuencia de lo establecido en el art. 103 de la Constitución (del Estado, Boletín Oficial, 1978) que define los principios fundamentales por los que debe regirse las Administraciones Públicas.

Para la comunicación fluida entre Guardia Civil y el sector privado de la seguridad se estableció el Plan COOPERA, con el objetivo de mejorar las sinergias en casos donde las competencias sean comunes, sobre todo para delimitar que tipo de contenidos debían ser transmitidos entre ambos cuerpos y que herramientas poner a disposición el uno del otro (Liz y Delgado, 2019).

Pueden adherirse al Plan COOPERA, aquellos departamentos y empresas de seguridad legalmente constituidos, las instituciones y organizaciones públicas o privadas vinculadas profesionalmente al sector de la seguridad privada que dispongan de un responsable en materia de seguridad, los despachos de detectives privados legalmente inscritos en el registro nacional de seguridad privada, las asociaciones y colegios profesionales de detectives privados, las asociaciones, fundaciones y otras organizaciones de tipo asociativo o federativo que agrupen a personas físicas o jurídicas cuya actividad o intereses guarden relación directa con el ámbito de la seguridad privada, los responsables de seguridad de las instalaciones consideradas como Infraestructuras críticas, los fabricantes de medios de seguridad y las

consultorías y asesorías en el ámbito de la seguridad privada (Llácer, 2019).

Cabe destacar que este contacto entre Guardia Civil y el sector de seguridad privada se realiza bajo dos niveles:

- Directivo: A nivel central, donde se contactaría con el Servicio de Protección y Seguridad (SEPROSE) y los directores o Responsables de seguridad.
- Operativo: A nivel provincial, donde se contactaría con las Comandancias y los respectivos responsables territoriales designados en su despliegue facilitado por los responsables de seguridad.

En este plan estratégico donde se pretende potenciar el apoyo operativo mutuo mediante el intercambio de información entre diferentes cuerpos de seguridad destacamos los grupos de coordinación a cargo de la guardia civil, se tratan de grupos internos mixtos permanentes cuyo rango de actuación esta delimitado sectorialmente, su función principal es velar por el mantenimiento del interés y la oportunidad en los flujos de información. Deben fijar mínimo una reunión semestral a nivel operativo, y una reunión anual a nivel directivo, manteniendo obviamente un contacto directo permanente (Borredá, 2010).

4.1. Coordinación y colaboración: Terrorismo

Como se adelantó al principio del artículo, los atentados terroristas acontecidos en septiembre de 2001 en EEUU marcaron un antes y después a nivel mundial en políticas de criminalidad, a raíz de ello se despertó un terror global en la población hacia el yihadismo concretamente, y en lo que a temas policiales respecta se pusieron a rodar diversos mecanismos destinados a la lucha contra el terrorismo, como la Euroorden (ley 3/2003, de 14 de Marzo, sobre la orden europea de detención y entrega); un instrumento de cooperación jurídica internacional por el cual se habilita la entrega de un estado miembro a otro al autor de un

delito que se haya refugiado en él, siempre en virtud de una resolución judicial. También se formaron los Equipos de Investigación Conjunta (Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea) formados por dos o más estados miembros de la UE, se empezó a articular el concepto de terrorismo y se creó Eurojust. Aunque bien es cierto que todo este impulso que se cogió inicialmente se fue diluyendo debido a que la implantación de estos instrumentos en los respectivos países fue muy lenta (Fernández, 2006).

Sin embargo, el atentado en Madrid de marzo de 2004, el primero en zona europea tras la implantación de estos mecanismos sirvió como catalizador para poner en marcha nuevas ideas e iniciativas para seguir luchando contra el terrorismo. En la convocatoria especial del Consejo Europeo, el 24 de marzo de 2004 se adoptó la “Declaración de lucha contra el terrorismo” (Thieux, 2004), donde se pone en conocimiento las diferentes áreas que la UE debe mejorar y destaca que los Estados miembros implementen de manera efectiva una serie de medidas. Sus principales características son las siguientes:

- Cláusula de solidaridad: se acuerda la obligación de mostrar compromiso político por parte de todos los Estados Miembros para actuar de manera conjunta en caso de atentado terrorista.
- Estrategia de Seguridad: desarrollar una estrategia europea a largo plazo para combatir contra todos los factores que favorecen el terrorismo, y se manifiesta la necesidad de desarrollar un marco conceptual de contribución de la política europea de seguridad y defensa (PESD) en la lucha antiterrorista.
- Asistencia y compensación a las víctimas.
- Afianzar la cooperación existente: Muchas medidas acordadas en el “Plan de Acción en la Lucha contra el Terrorismo” no habían sido instauradas efectivamente aún en muchos Estados miembros. Se deben tomar medidas

en la gestión de la información, el control del tráfico de datos, el intercambio de información en casos de condenas por actos terroristas, las investigaciones transfronterizas, un registro europeo de condenas, una base de datos de material forense y la simplificación de los sistemas de intercambio de información y de inteligencia entre las autoridades de los Estados miembros (Payá, 2016; 2021).

Se persevera en la idea de hacer que los gobiernos nacionales utilicen correctamente las instituciones europeas, así como sus recursos, concretamente en la Unidad Operativa de los jefes de Policía de los Estados miembros en materia de terrorismo, Eurojust y Europol. También se tantean nuevas medidas que amplíen la funcionalidad del Sistema de Información de Schengen (SIS), y seguir progresando en el Sistema de Información de Visados.

- Reforzar el control de documentos en la frontera: con la creación de la Agencia Europea de Fronteras (cuya sede se encuentra en Polonia y la cual se haya en funcionamiento desde mayo de 2005: cuyo objetivo es ayudar a cumplir las disposiciones comunitarias en materia de gestión de las fronteras exteriores y coordinar las acciones de los Estados miembros).
- Directrices generales de la Unión Europea para materializar una idea común en la lucha contra el terrorismo.
- Objetivos determinantes para la mejora del Plan de acción de la UE en materia de lucha contra el terrorismo, como por ejemplo; fortalecer el consenso internacional y mejorar los esfuerzos internacionales para la lucha contra el terrorismo, restringir el acceso de los terroristas a recursos financieros y otros recursos económicos, maximizar la capacidad de los órganos de la UE y de los Estados miembros de detectar, investigar y procesar terroristas y prevenir ataques terroristas, proteger la seguridad de los transportes internacionales y garantizar sistemas eficaces de control fronterizo, reforzar la capacidad de Estados miembros para afrontar las

consecuencias de un ataque terrorista, reflexionar sobre los factores que propician el apoyo al terrorismo y el reclutamiento de terroristas, enfocar actuaciones, en el marco de las relaciones exteriores de la UE, hacia terceros países prioritarios en los que es preciso mejorar la capacidad antiterrorista o su compromiso en la lucha contra el terrorismo, colaborar en materia de inteligencia: el Consejo destaca la necesidad y la importancia de la cooperación en cuestiones de inteligencia y en la mejora de la evaluación de amenazas, y exige a los Estados miembros una mejora de los mecanismos de cooperación y colaboración entre policía y los servicios de seguridad e inteligencia. De igual forma, la integración de un Centro de Situación (SitCen) facilita las evaluaciones estratégicas de las amenazas basadas en la información que se reciba por parte de los servicios policiales nacionales, prevenir la financiación del terrorismo: darle continuidad y mejora a todas aquellas acciones que vayan encaminadas a impedir el financiamiento de diversas organizaciones terroristas, establecer medidas para proteger los sistemas de transporte y a la población: debido a que son necesarias más acciones destinadas a fortalecer la capacidad interna de los Estados de minimizar las consecuencias de los ataques terroristas en su población, mejorar la cooperación internacional: apoyando el papel esencial de Naciones Unidas, a través de la adhesión e implementación total de las resoluciones del Consejo de Seguridad, las Convenciones sobre terrorismo y sus respectivos protocolos y, por último, mediante el establecimiento del puesto de Coordinador de la lucha contra el terrorismo, se decide crear el puesto de Coordinador de la lucha antiterrorista, que trabajará dentro de la Secretaría del Consejo coordinando todas las actividades del Consejo en la lucha contra el terrorismo y mantendrá una visión general sobre todos los instrumentos de la Unión con vistas a informar regularmente al Consejo sobre la aplicación de las decisiones tomadas.

4.2. Coordinación y colaboración: Europol

En primer lugar, hay que aclarar el concepto de cooperación policial como una acción o asistencia combinada entre los Estados miembros de la Unión Europea, en el amplio espectro que cubre la prevención y lucha contra la delincuencia en general, y en particular a los que, asumiendo el carácter transnacional, puede afectar a varios Estados miembros (como la trata de personas o la delincuencia económica y financiera) a los que presta atención contra los valores más básicos de las sociedades democráticas, como la de terrorismo, con el fin último de garantizar un alto nivel de protección para ciudadanos.

Como bien antes hemos anticipado Europol es una organización policial europea dedicada a apoyar los servicios competentes de los países pertenecientes a la Unión Europea, principalmente con el uso de la inteligencia e intercambio de información. Su sede se encuentra en La Haya, Holanda, su creación fue acordada en el Tratado de Maastricht, el 7 de febrero de 1992 y lleva funcionando desde el 1 de julio de 1999. Entre sus competencias se encuentran los delitos graves donde entren en juego bandas u organizaciones criminales que afecten al menos a dos países estados miembros de la Unión Europea.

Con relación a seguridad interior, la colaboración y cooperación de la Unión Europea viene de un largo proceso evolutivo si tenemos como origen el desmantelamiento de las fronteras para la libre circulación. Ciertamente es que la apertura del mercado constituyó un factor favorecedor para la delincuencia transnacional, cuya represión exigía ya una serie de medidas a nivel europeo, como un colectivo y no solo a nivel nacional.

Europol empezó enfrentándose a ello primeramente en delitos de drogas, cuando aún se llamaba EDU (Jiménez, 2011). Por mencionar algunos de los proyectos de investigación para este tipo de delitos destacamos: Ecstasy Logo System, European Illicit Laboratory Comparison System (EILCS),

el Boletín de Información sobre drogas y la elaboración en colaboración con el Centro Europeo sobre Drogas y Drogadicción del Plan de Acción sobre drogas de la UE.

En cuanto a delitos financieros, Europol desarrolló un programa que permite analizar informaciones procedentes de las transacciones sospechosas que le remitan los países miembros; han creado una red de puntos de contacto en los países y un “Early Warning System” sobre fraudes con tarjetas bancarias. Todo ello, junto al Manual de la UE sobre blanqueo de dinero, son los proyectos más destacados de esta área.

Para el robo de vehículos se ha elaborado la European Vehicle Identification Database (EuVID), un CD que recoge información e imágenes sobre los diferentes tipos de vehículos y su documentación para facilitar la investigación de este tipo de delitos (Márquez 2003).

La inmigración ilegal siempre fue el delito más perseguido por Europol, además de su participación en la elaboración del Plan de Acción contra la Inmigración Ilegal y el Tráfico de Seres Humanos en la UE, Europol ha coordinado considerables operaciones de alto impacto, entre las que destacan las impulsadas durante la presidencia española de la Comunidad, RIO y PEGASUS.

Por último el análisis y el intercambio de información son otros de los servicios esenciales de Europol, en cuanto al análisis operativo, se están llevando a cabo numerosos proyectos. Aunque actualmente OASIS es el sistema de análisis que está desarrollándose a nivel interno (Marica, 2017).

4.3. Coordinación y colaboración: Eurojust

Eurojust se trata de una organización centralizada, con personalidad jurídica propia y con presupuesto propio (SERZYSKO, 2011). Con anterioridad la Decisión Eurojust había sido objeto de modificaciones puntuales, en sus disposiciones presupuestarias y

financieras, mediante la Decisión 2003/659/JAI del Consejo, de 18 de junio, por la que se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust, DOUE nº L 245, de 29 de septiembre de 2003. Su objetivo principal es facilitar tanto a nivel jurídico como práctico la coordinación de las investigaciones judiciales de los Estados miembros europeos en delitos con repercusiones transnacionales. Para esta finalidad, encontramos el art. 3 de La Decisión (Salgado, 2019) donde se redactan los objetivos limitándolos a la mejora de la coordinación y cooperación entre las autoridades competentes y el apoyo eficaz a las mismas. De esa forma se aclara que Eurojust no ha nacido para sustituir a las autoridades competentes en las investigaciones policiales pertinentes, sino más bien como una herramienta que ponga a su disposición los recursos adecuados para fomentar un buen clima donde estas organizaciones puedan cooperar entre sí, así como prestarle la asistencia que necesiten. Tampoco abarcará todos los delitos de carácter transnacional, sólo aquellos cuya intervención sea necesaria y suponga un valor añadido, que logre una cooperación más ágil y eficaz.

En referencia a la competencia objetiva de Eurojust se trata del mismo que el de Europol, incrementando las infracciones (artículo 4.1 de la Decisión Eurojust) El ámbito de competencia material de Europol se delimita en el artículo 4.1 y en el anexo de la Decisión 2009/371/JAI, de 6 de abril, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol), DOUE nº L 121, de 15 de mayo de 2009.

A lo referido, Eurojust, a título complementario, solo podrá intervenir a instancia de parte de las autoridades competentes de los Estados miembros, y se limitan a las investigaciones y actuaciones de casos transnacionales que afecten a dos o más estados miembros a la UE; o en alguna ocasión, y como excepción, que afecte a un Estado perteneciente a la UE y a un tercero o a la propia Unión Europea.

La composición de Eurojust se articula de la siguiente forma: un miembro nacional por cada Estado miembro, con la condición de fiscal, juez o funcionario de policía con competencias equivalentes, asistido, al menos, por un suplente y un asistente.

Para finalizar, Eurojust, cuenta con una gran estructura administrativa, clave para el correcto funcionamiento del mismo organismo, así como para el desarrollo de sus actividades, dirigido por un director administrativo que, bajo la autoridad del Colegio y de su presidente, se encarga de la gestión corriente de Eurojust y de su personal.

Dependientes del Colegio y del director Administrativo se establecieron tres departamentos específicos; La Secretaría del Colegio, la Oficina de Protección de Datos y el Departamento de Prensa y Relaciones Públicas y dependientes directamente del director Administrativo nos encontramos con seis Unidades: Presupuestos y Contabilidad, Recursos Humanos, Gestión de la Información, Servicio Jurídico, Servicios Corporativos (Seguridad, Equipamiento, Servicios Generales y Manifestaciones), y Secretaría de la RJE., dirigidas cada cual por su jefe de unidad correspondiente. Además, Eurojust dispone de un auditor interno, un contable, un coordinador de seguridad y de su propio personal.

5 Conclusiones

La sociedad actual vive una etapa de constantes cambios y, muy rápidos, el sector de la Seguridad Privada se enfrenta a una exigencia multidisciplinar, que afecta a varios entornos; económico, social, demográfico, tecnológico, en una era digitalizada. Los grandes cambios, la aparición de nuevas e inopinadas demandas hacia el sector, mantiene constante su renovación y de las estrategias de seguridad. Fuertes demandas generan grandes oportunidades de negocio, una sociedad más exigente, junto con unos Estados incapaces de cubrir todas incidencias que ocurren en la Seguridad colectiva, propician un amplio abanico de retos en la

Seguridad Privada, que describimos a continuación.

La contención y el control de la propagación de una enfermedad contagiosa, nadie podía imaginarse que, en el año 2020, los agentes de seguridad privada se han tenido que enfrentar a un reto mayor que combatir la delincuencia: ni más ni menos, que el virus que provoca el COVID-19. La pandemia del Coronavirus ha marcado un antes y un después en términos de seguridad privada. Hoy, las empresas, las urbanizaciones, instituciones públicas o algunos centros comerciales se encargan, no sólo de asegurar sus dependencias de posibles actos de vandalismos, hurtos o robos, sino que además solicitan personal de seguridad privada para vigilar el control de las medidas de seguridad y procurar así, el surgimiento de nuevos brotes de COVID-19.

La lucha contra el Terrorismo, la aparición del Terrorismo principalmente Yihadista en el escenario mundial ha provocado una evolución en las técnicas de prestación de los servicios de Seguridad Privada, así como de las funciones desarrolladas en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Este particular terrorismo, del que no atiende a los factores habituales del terrorismo político tradicional, donde cualquier momento puede ser oportuno para atentar, sin un objetivo específico, más allá de la generación del caos y el mayor daño posible, ha llevado a los Estados a reformular, por un lado, sus propias estrategias de seguridad, así como la colaboración entre seguridad pública y privada (Vásquez, 2016).

El control de los movimientos antisistema, es otro reto que podemos resaltar, son los nuevos ataques que se están produciendo en los Estados, contra las propias instituciones que, alentados por las fuertes tensiones políticas, está generando una inseguridad social, fruto de la percepción de debilidad que muestran los organismos Estatales, esto requiere una excelente coordinación entre la Seguridad Pública y Privada, para mantener los niveles mínimos de seguridad y bienestar social, con acciones que en gran parte se

llevan a cabo en las vías públicas, lugares normalmente ajenos a la Seguridad Privada, pero que interactúan de forma directa con, edificios, instalaciones, y lugares donde se custodian sus bienes personales y materiales, y las situaciones requieren de una mayor destreza de los Vigilantes de Seguridad por interactuar con derechos fundamentales de los manifestantes.

El incremento de los delitos cometidos por bandas organizadas y su modus operandi, estos grupos criminales, aunque no son nuevos, están generando, una gran alarma social, especialmente en zonas y urbanizaciones acomodadas, que se sienten vulnerables y victimizables antes estos delitos. La demanda de los servicios a prestar por las empresas privadas está en aumento y precisa de los Vigilantes de Seguridad, una formación en seguridad y autoprotección que se adapte a estos tipos criminales tan particulares y peligrosos (Olmedo, 2008).

Las nuevas tecnologías y nuevos servicios a los clientes pretenden aumentar el ritmo de integración de la protección tradicional con la protección remota y móvil, apoyada por la configuración de los protocolos de seguridad que proporcionan las nuevas tecnologías. Consecuentemente, el sector deberá hacer frente al cambio poblacional desarrollando nuevas formas de identificación y en base a un nuevo escenario con mucha mayor movilidad o incluso al uso de nuevas tecnologías de identificación facial con el objetivo de prevenir la ciberdelincuencia (Payá, 2016).

La tecnología ha tenido una incidencia relevante en el sector de la seguridad privada. Tanto la vigilancia electrónica, captación de imágenes, sistemas antintrusión de última generación, prevención contra incendios, uso de drones, que han proporcionado un gran número de cambios trascendentales en el desempeño de las funciones de los vigilantes. Esta inclusión de las tecnologías configura un paradigma repleto de nuevas oportunidades, al mismo tiempo que desafíos hacia el sector. Nos brinda una oportunidad, permite

optimizar los recursos y ofrecer una mayor seguridad (Herrero, 2015).

La formación continua, este es sin duda el eje fundamental para mantener una Seguridad Privada actual y adaptada a las necesidades de los clientes, el objetivo consistiría en alcanzar un mayor grado de especialización en la profesión a través de programas educativos novedosos en las diferentes academias y universidades con el ánimo de afrontar, por ejemplo, los nuevos retos y, sobre todo, ciberdelitos, que van surgiendo en esta nueva era digital. Para ello, hay que reconsiderar el valor de la profesión en todos los ámbitos. Seguramente nos encontremos ante un panorama donde los diversos empresarios que se dedican a este sector, la vigilancia y seguridad privada, se deberán enfrentar a nuevos retos dinámicos. Estos podrían ser inmediatos, ya que el sector se encuentra en evolución constante, o pueden ser evidenciados (Iglesias, 2017).

El espionaje industrial o el robo de información se ha convertido en una muy buena opción de competencia desleal, hablando en términos empresariales, y sin lugar a duda, es el ámbito donde se abren grandes expectativas para los investigadores privados para la protección de estas informaciones confidenciales (García López, 2020).

Referencias

- ANGUITA OLMEDO, CONCEPCIÓN, & CAMPOS ZAVALA, MARÍA VICTORIA. (2008). La globalización de la inseguridad. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, (101).
- BORREDÁ, ANA (2010). " Programa Coopera" de la Guardia Civil: Un paso trascendental para la colaboración. *Seguritecnia*, (365), 52-56.
- BUTTON, MARK. (1997). Regulating Private Security- International Perspectives on Improving Accountability and Performance. Conference presented in the European Group of Public Administration Annual Conference.

- CÁMARA VILLAR, GREGORIO. (2007): “Colaboración, coordinación y cooperación”, en reformas estatutarias y distribución de competencias, Balaguer (et al.).
- Boletín Oficial del Estado, (1978). Constitución española. Madrid: Ministerio de la Presidencia. Retrieved December, 10, 2006.
- Europea, Carta Europea (1992). *El Tratado de Maastricht*. Actualidad.
- DELGADO MORÁN, JUAN JOSÉ. (2023). Políticas públicas de seguridad en España. Análisis desde perspectivas criminológicas. Revista Opinión Jurídica, Fortaleza, v. 21, n. 37, p. 183- 211, maio/ago. 2447-6641. <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v21i37.p183-211.2023>
- DELGADO MORÁN, JUAN JOSÉ. (2016) Las Cámaras de uso policial como factor de protección, o revictimización, en "Victimología e Intervención policial con víctimas de delitos". Ed. Iuris Universal.
- DOMÍNGUEZ MARTIN, RAFAEL, (2019). *El sector de la Seguridad Privada y su problemática laboral* (Doctoral dissertation, Universidad de Zaragoza).
- FERNÁNDEZ, RUBÉN JIMÉNEZ. (2006). Los equipos conjuntos de investigación. *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, ANDREA. (2014). La madurez del sector de seguridad privada en España: Análisis de su evolución legislativa. *Revista Policía y Seguridad Pública*, 53-77. <https://doi.org/10.5377/rpsp.v4i1.1555>
- GARCÍA FUENTES, DAVID. (2020). Aplicación de un modelo de costes basados en las actividades en una empresa de seguridad.
- GARCÍA LÓPEZ, JUAN CARLOS. (2020). Vigilancia tecnológica por Big Data de patentes y espionaje industrial.
- GINÉS ROSADO, JOSÉ JOAQUÍN (2016). Cambios de paradigmas de la Ley 5/2014, de 4 de abril de seguridad privada.
- HERRERO GONZÁLEZ, ENRIQUE. (2015). IV Jornada de Seguridad Privada en Cataluña: nuevos retos de la seguridad. *Seguritecnia*, (421), 14-23.
- IGLESIAS LUCIA, MONTSERRAT. (2017). La formación en seguridad privada, un activo permanente. *Seguritecnia*. (445), 28
- INSAURRALDE, EUGENIA. (2007). La industria de la seguridad privada. *Novapolis*, (2), 77-93. <https://doi.org/10.5211/iys.3.article6>
- JIMÉNEZ, FERNANDO. (2011). La lucha contra las drogas. Eje articulador de EUROPOL. *Miguel REQUENA*, 423.
- Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. Boletín Oficial del Estado, 83.
- Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada. Boletín Oficial del Estado, 186, 27116-27122.
- Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. BOE N° 63, 14 de marzo de 1986.
- LLÁCER, JORGE MONTERO (2019). Como incrementar las sinergias entre la guardia civil y las policías locales en los pequeños municipios. *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, (58), 71-89.
- MARICA, ANDREA (2017). Europol: Centros de Especialización (EC3, ECTC, EMSC). *Análisis GESI*, 30
- MÁRQUEZ, RAMÓN CORTÉS,(2003). Cuadernos de la Guardia Civil, EUROPOL: Presente y futuro. *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, (28), 11-18.
- LIZ RIVAS, LENNY y DELGADO-MORÁN, JUAN. JOSÉ. (2019). Comunicación y seguridad desde la psicología, en; Olga Sánchez González (dir). “Protocolo, comunicación y seguridad en eventos: análisis de la comunicación en seguridad”, Icono 14. pp. 11-33.
- MARTÍNEZ, EMILIO MOYANO, (2005). Todos atentados por nuestra seguridad. *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, (3), 181-185.

- PAYÁ SANTOS, CLAUDIO. AUGUSTO, y LUQUE-JUÁREZ, JOSÉ. MARÍA. (2021). El sistema de inteligencia criminal ante las nuevas amenazas y oportunidades del ciberespacio. *Revista Científica General José María Córdova*, 19(36), 1121-1136. <https://doi.org/10.21830/19006586.855>
- PAYÁ SANTOS, CLAUDIO. AUGUSTO, y DELGADO-MORÁN, JUAN. JOSÉ. (2016). El uso del ciberespacio para infringir el terror. *Estudios en Seguridad y Defensa*, 11(22), 91-108. <https://doi.org/10.25062/1900-8325.211>
- PAYÁ SANTOS, CLAUDIO. AUGUSTO., DELGADO-MORÁN JUAN. JOSÉ. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JUAN. CARLOS. (2016). Idoneidad de la video vigilancia del comportamiento en eventos públicos y privados, en "Protocolo, Comunicación y Seguridad en Eventos: posibles amenazas". Ed. Icono 14.
- Real Decreto-Ley 2/1999, de 29 de enero, por el que se modifica la Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada, publicado en el BOE nº 26, de 30 de enero de 1999.
- Real Decreto 2364/1994 de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, publicado en el BOE nº 8, de 10 de enero de 1995.
- Real Decreto 5258/1946, de 10 de mayo, Boletín Oficial del Estado, 2.
- Real Orden, 12 de agosto 1876, Boletín Oficial del Estado
- Reglamento para los guardas municipales y particulares del campo de todos los pueblos del reino, 10 de noviembre de 1849, Gaceta de Madrid, num 5581, páginas 1 a 2.
- RIDAURA MARTÍNEZ, MARÍA JOSEFA, (2015). Seguridad privada y derechos fundamentales: la nueva Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. *Seguridad privada y derechos fundamentales*, 1-173.
- RODRÍGUEZ, JOSE FRANCISCO. (2020). *Análisis de la legislación española en materia de seguridad privada.* (Doctoral dissertation, Universidad Católica San Antonio de Murcia).
- SALGADO, CRISTINA ALONSO, (2019). Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust) y por la que se sustituye y deroga la Decisión 2002/187/JAI del Consejo. *Ars Iuris Salmanticensis*, 7(1), 325
- SÁNCHEZ MORENO, OLGA, PAYA SANTOS, CLAUDIO. AUGUSTO Y DELGADO-MORÁN JUAN JOSÉ. (2019). Identificación de riesgos y amenazas en eventos, en "*Revista en Ciencias Sociales y Humanidades CIVITAS*".
- SERZYSKO, AGNIESZKA., (2011). «Eurojust and the European Judicial Network on a new legal basis», ERA-Forum, nº 4 (vol. 11), pp. 585 a 660. <https://doi.org/10.1007/s12027-010-0182-8>
- SsTJCE: Asunto: C-144/97, Comisión/España 29/10/98 EDJ 1998/19949; Asunto: C283/99, Comisión/Italia 9/03/99 EDJ 2001/7450; Asunto: C-355/98, Comisión/Bélgica, 9/03/00, EDJ 2000/2767 y Asunto: C-171/02, Comisión/Portugal, 29/04/04, EDJ 2004/12088. <https://doi.org/10.1023/A:1017153630249>
- THIEUX, LAURENCE, (2004). La Unión Europea frente al terrorismo global. *Centro de Investigación para la Paz (CIP-FUHEM). Papeles*, 86, 95-103.
- TORRENTE, DIEGO (2016). *Análisis de la seguridad privada* (Vol. 375). Editorial UOC.
- VÁSQUEZ SÁNCHEZ, CHRISTIAN EDGARD, (2016) Trascendencia de los derechos fundamentales en los servicios de seguridad y vigilancia privada frente al avance del terrorismo internacional.



El derecho al debido proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz. Garantías de los comparecientes uniformados

The right to due process in the Special Jurisdiction for Peace. Guarantees for persons appearing in uniform

Sandra Liliana Martínez Galindo

Abogada Defensora Técnica de Miembros de la Fuerza Pública
zandalimar@yahoo.com
ORCID. 0009-0005-3966-356X

Elmers Freddy Velandia Pardo

Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto", Bogotá D.C., Colombia
Elmers.velandia@esdegue.edu.co
ORCID. 0000-0003-1217-9178

Resumen

En comunión con un Estado Social de Derecho, el debido proceso característico en la administración de justicia, se corresponde con el principio de legalidad adscrito tácitamente a un derecho humano; no obstante, con el advenimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), como pieza articular del Acuerdo de La Habana entre el Gobierno colombiano y Farc-Ep, la dimensión horizontal característica de este fundamento garantista, presenta vacíos de fondo y de forma que impactan a los comparecientes de la Fuerza Pública en cuanto al rigor procesal se refiere y por ende, sensible efecto sobre el ideal deseado de la verdad como pieza integral de la justicia transicional. En consecuencia, el presente artículo examina a la luz de las disposiciones legales, qué consideraciones de este instrumento jurídico validan o no el debido proceso de los uniformados para operar en consonancia con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

Palabras clave: Jurisdicción Especial para la Paz (JEP); debido proceso; desventaja procesal; integralidad jurídica; garantía legal.

Abstract

In accordance with a social state of law, the characteristic due process in the administration of justice, corresponds to the principle of legality tacitly ascribed to a human right. However, with the advent of the Special Jurisdiction for Peace, as a key piece of the Havana agreement between the colombian government and Farc-EP, the characteristic horizontal dimension of this guarantee foundation presents gaps in substance and form. This impact those appearing in the public force in terms of procedural rigor and, therefore, a significant effect on the desired ideal of truth as an integral part of transitional justice. This article examines under the legal provisions, which considerations of this legal instrument validate or not the due process of the military to operate in accordance with the comprehensive system of truth, justice, reparation and non-repetition.

Keywords: Special Jurisdiction for Peace (JEP); due process; procedural disadvantage; legal comprehensiveness; legal guarantee.

Cómo citar este trabajo: Martínez Galindo, Sandra Liliana y Velandia Pardo Elmers Freddy.. (2023). El derecho al debido proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz. Garantías de los comparecientes uniformados. Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (2), 98-111. <https://doi.org/10.46661/respublica.8284>

Recepción: 17.02.2023

Aceptación: 30.05.2023

Publicación: 30.06.2023

1 Introducción

En Colombia, con el Decreto Ley 706 de 2017 "Por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación", se empieza a dirimir un escenario en perspectiva respecto a que la Jurisdicción Especial para la Paz, sopesa cuánto de la consideración del militar como víctima del conflicto armado, redundará en credibilidad para este órgano transicional de justicia que en contexto, percibe críticas respecto a la igualdad para todos los actores del conflicto armado en lo sustancial, lo procesal y lo probatorio en su administración de justicia.

En efecto, con la Unidad de Investigación y Acusación se hace necesaria una simetría para que la justicia transicional opere sobre márgenes de confianza, credibilidad y equilibrio en su ejercicio de juzgamiento tanto a agentes del Estado, excombatientes y actores políticos en aras de proveer a las víctimas del conflicto verdad, justicia y reparación, fin último de esta jurisdicción.

La discusión legislativa precisa superar el entrabe que la dinámica de víctimas y comparecientes entraña al momento de propiciar confianza y en que los intervinientes en el sistema observen una aplicación real de lo imparcial y lo objetivo. (Mejía Azuero, 2018)

Precisamente, porque la seguridad jurídica al momento de esgrimir los derroteros con los cuales impartir justicia y esclarecer las responsabilidades requiere que se diferencie la misión constitucional de la Fuerza Pública de los actos violatorios individuales y no sistemáticos a los Derechos Humanos, es que el aporte de los análisis debe contribuir a escenarios en que la verdad, la justicia y la reparación, se privilegien sin desvirtuar el acto circunstancial desde el cual, la validación en lo sustancial, lo procesal y lo probatorio en su administración de justicia estén presentes.

En consecuencia, ese artículo se propone examinar a la luz de las disposiciones legales,

qué consideraciones de la Jurisdicción Especial para la Paz como instrumento jurídico, validan o no el debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública para operar en consonancia con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJNR, en cuanto a esclarecimiento y juzgamiento se refiere.

Para el efecto, se adelantan tres tareas específicas: (i) Relacionar las precisiones jurídicas contenidas en las leyes y normativa derivadas tras la creación de la JEP, (ii) Identificar los criterios conceptuales del militar como víctima del conflicto armado, (iii) Sopesar la presencia o ausencia de fondo y de forma de las garantías al debido proceso desde lo sustancial, lo procesal y lo probatorio observado por la JEP.

Así, se procede entonces a una revisión documental del marco legal y normativo que la jurisprudencia colombiana registra frente a justicia transicional sobre el que se soporta la JEP, así como lo promulgado en cuanto a los miembros de la Fuerza Pública como víctimas directas del conflicto armado.

Lo anterior, bajo un enfoque cualitativo conducente a aplicar método descriptivo y analítico en aras de identificar los insumos de tipo conceptual-jurídico, para los hallazgos consecuentes que deriven en conclusiones relevantes como aporte a ejercicios de investigación futuros.

2 Precisiones de la normativa

A). Del debido proceso

Al indagar por el debido proceso conviene relacionar qué normatividad asiste a este como un derecho humano cuya garantía procesal en el orden de lo civil, administrativo, penal y demás, robustece la legalidad sobre la cual impartir justicia bajo reglas de no arbitrariedad.

Consagrado en la Constitución, el Artículo 29 alude a que al debido proceso debe caracterizarle la independencia y la imparcialidad permanente.

En consecuencia, el Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el debido proceso como:

[...] el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera. (Corte I.D.H. Sentencia de 29 de enero de 1997)

Esta normativa desglosa así los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 de los Artículos 7, 9, 10, 24, 25 y 27, en cuanto a lo constitucionalmente establecido según privación de libertad, juzgamiento y dictamen. Así, el debido proceso derivado del pensamiento amparado en la condensación del pensamiento teórico y conceptual sobre el asunto jurídico del delito, engloba aspectos como:

- no incurrir en arbitrariedades en la privación de la libertad
- informar respecto al causal de detención y notificación de cargos
- trasladar al retenido ante un juez o tribunal competente para ser juzgado
- observar legalidad y retroactividad de modo que no es posible condenar por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable
- evitar imposición de pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito
- indemnizar en caso de condena errada por vacío judicial
- observar sin discriminación, igualdad de protección de la ley
- observar derecho a un recurso sencillo y rápido. (Cruz, 1989)

Lo anterior, en aras de salvaguardar el equilibrio entre el ciudadano y el Estado en el plano policial y judicial y consolidar los principios del debido proceso cifrados en: el derecho general a la Justicia, el derecho y principio general de igualdad, justicia pronta y

cumplida, el derecho a la legalidad, el derecho de defensa en general, debido proceso en materia penal. (Silva, 1993)

No obstante, cuando se trata de la Fuerza Pública, el tratamiento especial en la aplicación al debido proceso, para el compareciente militar no es integralmente equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico al no efectuarse en su totalidad diferenciado del brindado a los actores ilegales y esto porque se equipara el actuar de las Fuerzas legalmente constituidas con los desestabilizadores de la seguridad territorial.

Esto se evidencia cuando se omite el papel y razón de ser del juez natural a quien está consignado el conocimiento en profundidad de la actuación operacional. (Esteban, 2019)

Para Mejía (2016), si bien ingresa ineludiblemente a la JEP, la conducta militar en esta jurisdicción en aras de velar por los intereses de las víctimas en cuanto a la provisión y suministro de verdad se refiere, la SIVJNR en el debido proceso desestima el Derecho Operacional al presuponer de antemano total compromiso de parte del miembro de la Fuerza Pública sin que haya a lugar un examen minucioso al momento de aplicar la comisión del delito.).

B). De la víctima militar

En cuanto a la normativa sobre los miembros de la Fuerza Pública al interior del dispositivo del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SVJNR), soportado en el acto legislativo 01 del 4 de abril de 2017, es preciso remitirse a disposiciones que anteceden los elementos jurídicos sobre los cuales reposa la seguridad jurídica para el cuerpo castrense.

Desde lo universal, la normativa enuncia en el Artículo 2 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 que: los miembros de la Fuerza Pública adquieren el estatus de personas protegidas por el DIH y potenciales víctimas de delitos contra esta normatividad cuando se encuentren en situaciones previstas en el Artículo 3, Conflictos no

Internacionales". (Comité Internacional de la Cruz Roja, 1949, p. 41).

La maduración de estos casos en que los Derechos Humanos de los uniformados también compromete el rigor de la jurisprudencia y las disposiciones jurídicas, es susceptible de constante estudio y examen por cuanto se pasa a considerar todos los componentes constitucionales sobre los que se ampara la actuación en un teatro de operaciones.

Aquí entran a considerarse estimativos de la defensa, la competencia y el ejercicio en donde se ha avanzado en desvirtuar el concepto según el cual, el militar como soldado tiene ante su destino el deber de morir en defensa de la patria y exponerse a cualquier padecimiento inhumano por lo que renuncia así a su condición de ser humano por vocación y mística de su servicio.

Esta presunción como se ha venido desmontando desde lo ontológico, lo epistemológico, lo jurídico, lo sociológico y hasta lo antropológico, obviamente que resulta impactando la normativa.

En efecto, ya en 2008, la Ley de defensa técnica reflejada en la Ley 1224 de 2008, aborda la complejidad de proveer defensa gratuita a los miembros de la Fuerza Pública mas no plasma una maduración que adelante una defensoría militar en sí misma, competencia inherente en todo caso a la Justicia Penal Militar.

Siendo así, en 2010 con la Ley 1407 del 2010 se entabla la creación de una fiscalía penal militar y de un cuerpo técnico de investigación de la Justicia Penal Militar, no obstante, surgen entrabes que posteriormente, desembocan en el Artículo 24 Ley 1448 de 2011 y el Artículo 23 Ley Derecho a Artículo 25 Ley 1448 de 2011 sobre la Verdad y en que los derechos de las víctimas militares contemplan aspectos tales como el derecho a la reparación integral dado que sus familiares y la sociedad en general tienen el derecho imprescriptible e inalienable de conocer la verdad acerca de los motivos y las

circunstancias en que se cometieron las violaciones de que trata el Artículo 3 de esta ley.

Se destaca además que en la Ley de Víctimas (1448 de 2011), el Artículo 3 del Título 1- Disposiciones Generales, Parágrafo 1 y 2 del Artículo 3 se contempla a los miembros de la Fuerza Pública como víctimas en tanto el militar en razón de su deber constitucional dentro del marco del conflicto armado interno:

[...] si bien está suscrito a sacrificarse por su patria, nada justifica que se vea sometido al sufrimiento generado como consecuencia de un atentado, una emboscada, un ataque sorpresivo como una mina antipersona, o a tratos como los expuestos por el Artículo 4 de los Convenios de Ginebra de 1949 (...) se puede afirmar que el reconocimiento legal por parte del Gobierno colombiano del soldado como víctima del conflicto, que conlleva a garantizar procesos de verdad, justicia, reparación integral, garantías de no repetición y medidas de satisfacción que incluyan a esta población.

No hacerlo, implicaría una revictimización de estos hombres y mujeres que han sufrido de forma certera las consecuencias del conflicto. Reconocer la condición de víctima de los miembros de las Fuerzas Militares es un mecanismo, no solo de dignificación de su condición como ser humano, sino, una medida de reconocimiento simbólico por su sacrificio en pro de la construcción de un mejor país. (Gómez Llinás, 2021, pp. 5-6)

Al compareciente de la Fuerza Pública, la normativa que soporta su condición de víctima, no puede desconocer igualmente su reparación en tanto la discrecionalidad exige una completa y debida documentación por parte de la JEP para así robustecer la credibilidad en el fallo condenatorio sustraído de cualquier vicio en el debido proceso.

3 Criterios conceptuales: el militar como víctima

La debilidad jurídica de los miembros de la Fuerza Pública ante la comparecencia en los tribunales de la justicia transicional, específicamente la JEP como órgano jurídico de juzgamiento dentro del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, SIVJRNR, tiene en parte desde los órganos de juzgamiento, un origen en el desconocimiento de tipo ontológico del papel del uniformado en el orden constitucional y otro, de tipo pedagógico que termina desvirtuando la naturaleza, el fin y el efecto de su ejercicio en la preservación y salvaguarda del orden, la seguridad y la defensa.

Para Mejía & Marín (2015), el trato procesal que experimentan los uniformados tanto si están vinculados como víctimas o victimarios en razón del conflicto armado, observa un vacío de carácter holístico que trasciende lo meramente técnico y la visión reduccionista cuando solo se asume lo institucional como único argumento en rigor..

1. Desde lo ontológico

Por esto, cuando Pedraza (2015), refiere la vulnerabilidad procesal de los miembros de la Fuerza Pública, advierte en lo ontológico, el músculo sobre el cual discernir cuándo se está ante una conducta violatoria de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario y cuándo, ante un evento de tipo operacional en ejercicio legítimo de la misión. Adicionalmente, la insistencia de estimar desde lo sustancial, lo procesal y lo probatorio una constante en cuanto a sistematización de conductas violatorias de parte de la Institución castrense, es una realidad que han debido afrontar los comparecientes uniformados ante la JEP.

[...] se insta a las instituciones a que reúnan sus esfuerzos y realicen todas las labores encaminadas a garantizar los derechos de las víctimas del conflicto como centro del Acuerdo de Paz y los procesos que reivindiquen sus derechos, incluyendo la garantía de la participación igualitaria y

diferencial de los militares como víctimas en los procesos que adelanten los componentes del Sistema Integral.

Adicionalmente, se invita a superar las restricciones contenidas en la legislación, en relación con las medidas de reparación material sujetas al régimen especial de las Fuerzas Militares, ya que se evidenció que estas no fueron estructuradas en el marco de una justicia transicional y por tanto no cuentan con ese enfoque restaurador de los hechos victimizantes en el marco del conflicto. (Sanabria-Moyano & Orjuela, 2020, p. 153)

En ese entorno, Mejía (2016), enfatiza en la necesidad del conocimiento del quehacer militar al momento de asumir el ejercicio judicial y entenderlo en aras de irradiar respuesta cualificada, especialmente al sopesar los riesgos de la confrontación armada en donde el Derecho Operacional juega un papel muy importante que no debe ni puede desestimarse en los tribunales de justicia.

Es ahí cuando en opinión de Prieto (2003), las precisiones de lo que corresponde a un debido proceso no deben sustraerse del significado real que representa la garantía inserta en la seguridad jurídica.

Ahora bien, prima tener presente que la legalidad dentro del sistema jurídico otorga la confianza debida en la totalidad procedimental por lo que la observancia de las actuaciones administrativas si bien como garantía opera en principio, requiere especializar la investigación criminal pues por los delitos investigados no resulta ser un factor menor a considerar por la JEP.

Al momento de abordar al militar como víctima, no ocurre igual al dimensionarlo como victimario en cuanto a ponderación probatoria se refiere. En este último caso ocurre que gracias a que en un momento previo a la firma del Acuerdo de Paz, se puso en duda en las instancias judiciales si era válido o no constituir como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública en razón del conflicto armado, la discusión prevaleció y

prevalece pese a introducir la necesidad de aproximar lo holístico a la discusión.

Para Russi (2013), al uniformado en su derecho a la defensa, desde luego que le asiste en lo axiológico su dignidad de ser humano y como persona interviniente de una confrontación, la Justicia Especial para la Paz no puede sustraer su derecho vulnerado dentro del reconocimiento jurídico. Ya desde Sun Tzu (476-221 a. C.), cuando se enuncia que en la paz como en la guerra “cada asunto requiere un conocimiento previo”, se alude al hecho del todo por encima de las partes como factor de análisis para entender una conducta militar. Así por ejemplo, mientras autores como (Radbruch, 1959, p. 145), señalan que “No es el bien común el fin supremo del derecho, sino la justicia. El bien común es solo el fin del derecho”, Pinzón (2008), enfatiza en que:

[...] la justicia legal es un derivado de la justicia del derecho del ser, no al contrario. Hay una equivocación gigantesca cuando se hace justicia legal o humana, sin que exista, en la base del sistema social, la justicia del ser u óptica. (p. 127)

Esto, para el discernimiento que concierne al propósito central de la presente reflexión en cuanto al derecho al debido proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz hacia los miembros de la Fuerza Pública, entraña aproximar a las teorías de ontología de la justicia, conceptos como “rendición de cuentas”, “conducción de operaciones”, “reglas operacionales de distribución y asignación de mando”, en virtud de guarecer el deber ser del servicio castrense, escudriñar, interpretarlo y proyectarlo.

Lo anterior, en razón de trasladar la justicia del ser u óptica al modelo que rige a la JEP, por cuanto la imputación a los uniformados hasta el momento presenta serios vacíos en cuanto al conocimiento del eje holístico-ontológico-axiológico que asiste su ejercicio y en donde las responsabilidades según deberes y tareas asignadas de acuerdo con rangos militares, amerita de parte de los togados, una tarea de profundización de la razón de ser de la

conducta operacional dentro del teatro de operaciones para dirimir en consecuencia, el grado de compromiso en las faltas contra los Derechos Humanos o los delitos incurridos en el conflicto armado o bien, la ausencia de actos violatorios.

Es así como para hablar de equilibrio en este modelo, se requiere igualmente en lo sustancial, lo procesal y lo probatorio, que los derechos de los comparecientes militares observe igualmente un acompañamiento igual que el brindado a los demás actores que acuden a este órgano jurisdiccional.

Bajo esa óptica, en su reflexión sobre si “¿Tiene motivos el militar para sentirse tratado como un ciudadano de segunda?”, Vidal Gómez (1993), eleva el dilema al aspecto ontología versus normatividad y emplaza el debate al lato sensu, en que en el esclarecimiento de la verdad en procesos de transición a la paz, requiere abordarse con la amplitud del ser humano, la persona y su dignidad como tal, antepuesta al rol dentro de circunstancias desestabilizadoras y de tensión interna. Generalmente, desde su apreciación, todos los actores –excepto los militares–, son tratados en sus aciertos y errores como sujetos de un Estado Social de Derecho, como seres humanos susceptibles de toda concesión en tanto que al juzgamiento militar se le sustrae de esta propiedad por vincularla en inherencia e inmanencia a un deber ser institucional en donde este es principio y fin constitucional y sus derechos subyacen a tal rigor no recibiendo tratamiento de víctimas.

Preocupa el sesgo que la filosofía jurídica identifica como sustantivo instrumentalizado en que una instancia pueda incurrir en razón a la motivación por la cual ha sido constituida (Bobbio, 1996); para el caso de la JEP, la discusión se centra en las motivaciones de una justicia politizada en que en aras de una paz duradera y sostenible gracias a transar al Estado para ceder espacios y concesiones de perdón so pretexto de reconocimiento de culpas sin pago de las mismas más que actos meramente simbólicos, los actores vulneradores de derechos terminen

exculpados en una jurisdicción creada para tal fin y en que los miembros de las Fuerzas legalmente constituidas por el contrario, sean objeto sí del rigor penal sin que haya a lugar equilibrio de juzgamiento.

Ahora bien, en los escenarios de operaciones si bien el uso desmedido de la fuerza conlleva dentro del Manual de conducción un marco sancionatorio según se adscribe al violentar el Derecho Internacional Humanitario, no colige en la Sala de Revisión y Acusaciones de la JEP, los elementos propios del teatro de operaciones sobre los que normalmente se actúa en el despliegue de Fuerzas.

Es por esto que como bien lo advierte González Bustelo (2006), al Derecho Operacional “le rigen principios de definición, estrategia y mística de los ejércitos del mundo como factor de aseguramiento de la soberanía y defensa de un Estado Social de Derecho” (p. 129).

Dentro de esta lógica, las capacidades militares insertas en el Derecho Operacional deben ser objeto de examen en las salas de verificación porque ese ejercicio contribuirá a discernir en derecho qué tanta legitimidad o no le ha asistido al militar en el conflicto armado.

Desde la doctrina militar por ejemplo, lo táctico, lo técnico, lo procedimental, lo operacional del deber ser sobre el eje axiológico que le rige, debe en todo tiempo sujetar la misión y capacidades de la Fuerza Pública a los principios, los valores y los fundamentos del orden ético en que el respeto por los Derechos Humanos rige la actuación de sus miembros bajo observancia de normas y estandarización internacional; todo lo que de ella se aparte desde luego que es susceptible de juzgamiento pero sin omisión del Derecho Operacional y sin equiparamiento de una operación constitucional a una fuera de la ley y el orden.

En su estudio sobre “Componentes ontológicos en la caracterización de la Fuerza Pública como víctima en el Conflicto Armado”, Pedraza (2015) refiere cómo:

Los Derechos Humanos aplicados no desde la Fuerza Pública sino para la Fuerza Pública, no se cumplen a cabalidad ni la concepción frente a estos guarda total proporción y respeto hacia los uniformados que ofrendan su vida por la patria o bien, se retiran del servicio por enfermedad o secuelas dejadas por el combate. (p. 52)

Tal realidad de conformidad con lo examinado por Vidal Gómez (1993), cuando en razón de su ejercicio, la vulnerabilidad procesal se hace evidente toda vez que en el sistema acusatorio se termina priorizando la judicialización de modo que el desdibuje de los acontecimientos determina su condena.

No se trata como anota Stevenson (2005), de desconocer la gravedad de las faltas operacionales frente al DIH y los DD.HH. o ignorar la comparecencia de los militares para responder por estas faltas, desde luego que esto tiene que ser una constante del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRNR, de lo que se desdice es que lo ontológico dentro del debido proceso tiene que interpelar cada etapa de juzgamiento para dirimir del modo más imparcial posible, qué se asume como responsabilidad y compromete la conducta violatoria del uniformado y qué como deber y acción legítima.

Por su parte, desconocer a los militares como víctimas implica desconocer que antes que ser un efectivo de la Fuerza Pública está el ser humano y que tal condición como ontos, no admite en palabras de Hartmann (1964), “contradicción o discusión inserta en tanto el ser como deber ser es antes que el ser deber por lo que la naturaleza adscrita no es susceptible de negación” (p. 79); para el caso de los miembros de la Fuerza Pública, sus derechos a seguridad jurídica y seguridad integral también pueden ser lesionados como los de cualquier civil de modo que como uniformados no pueden ser despojados de su condición de ciudadanos por lo que sus derechos al debido proceso también han de considerarse.

Las militares también pueden ser concebidos como víctimas del conflicto; en primer lugar, por su naturaleza como seres humanos consagrados en la Conferencia de San Francisco de 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948; y en segundo lugar, por la violación de los principios del Derecho Internacional Humanitario (DIH) es decir, del Jus ad bello (derecho hacer guerra) y el Jus in bello (consagrados en los Convenios de Ginebra y en el Segundo Protocolo Adicional de 1977. En este último, en donde se ahonda las circunstancias relativas al Conflicto Armado No Internacional (CANI).

Para tal fin, es clave profundizar sobre el concepto “Militar Víctima” y sobre la dignificación del soldado como ser humano y ciudadano. El siguiente escrito, busca ampliar la definición y hacer aclaraciones al fenómeno. (Gómez Llinás, 2021, pp. 1-2)

Hasta aquí el examen al aspecto ontológico que debe estar inserto en el debido proceso; se pasa ahora al aspecto pedagógico frente a lo operacional para que en esta garantía jurídica se asuma esta aproximación a fin de no desfallecer en el propósito de fallar en Derecho.

2. Desde lo pedagógico

En el marco de la justicia transicional, el derecho al debido proceso tiene para el militar un asidero que más que blindarlo jurídicamente de sesgos derivados de interpretaciones y juicios subjetivos, pondera el significado del Derecho Operacional como pieza fundamental para entender qué actuación vulnera y transgrede los límites del DIH y de los DD.HH. y cuál por el contrario, se ajusta al mandato constitucional.

No obstante, se adolece de suficiencia pedagógica frente al quehacer castrense lo que conlleva a desvirtuar situaciones, circunstancias y modos de enfrentar la acción ilegal armada y por ende, a endilgarle un atributo sistemático que por supuesto no es característico de su doctrina.

Deslindarse del fin último de las capacidades militares al servicio de las operaciones propias de la confrontación interna es un hecho temerario al momento de indagar judicialmente por lo ocurrido en combate. (Schnabel & Ehrhart, 2005).

Así, en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia, como garantía constitucional, los postulados en defensa de la dignidad humana consagrados en la Constitución, operan desde lo judicial como derroteros en que los comparecientes sienten confianza para que los juicios avancen del modo más objetivo y transparente posible, sin embargo, para el caso de los miembros de la Fuerza Pública convocados a los estrados a fin de esclarecer la verdad de su intervención en el conflicto armado, la sentencia justa queda en entredicho cuando otros actores absorben el principio de la cosa juzgada mientras que a los uniformados se les desestima el acervo probatorio.

Tal situación se deriva en parte, por la ausencia de pedagogía respecto al Derecho Operacional que Bouthol (1975) define grosso modo como la contextualización del quehacer bélico de modo adecuado para sopesar el uso de la fuerza.

Para Mejía: “... toda actuación militar o policial con incidencia operacional está protegida por una presunción legal, por el orden constitucional y legal; por ello existe un DOPER constitucional y un DOPER administrativo” (p. 42).

Desde esta óptica, no puede desconocerse que en Colombia la tensión interna ha afectado a la Fuerza Pública por el accionar de los grupos armados organizados.

El saldo no es en nada desestimable: 403.352 uniformados como víctimas, es decir el 4,36% del total de población víctima en el país. (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2022)

Esta realidad desglosada reporta en consecuencia que:

70.980 son policías y el 95% de los hechos victimizantes, se relacionan con los siguientes

eventos: Desplazamiento forzado: 62.901 policías (69,3%); Homicidio: 13.246 (14,8%); Amenazas: 5.173 (5,7%); Actos terroristas: 2.669 (2,9%); Desaparición forzada: 477 (1,9%) o 114 policías continúan desaparecidos. Cifras de la Policía Nacional indican que, del total de víctimas reconocidas 55.413 están retirados; 13.160 están en servicio activo; 2.407 fallecieron y 2.818 policías víctimas, registran alguna condición de discapacidad. El 45,8% de los casos se presentaron entre 1998 y 2006; y las zonas con mayor cantidad de policías víctimas son: Antioquia (15.350), Valle del Cauca (6.439), Nariño (5.361) y Cauca (5.173). (Caracol Radio, 2022)

Todas las conductas operacionales tienen una razón en orden y tiempo y un sentido de planeamiento, maniobra y fin que cuando se violan los protocolos o se vulneran los DD.HH. el DIH, tienen que considerarse al momento de juzgar estas actuaciones dado que las líneas de subordinación y mando observan responsabilidades propias del mandato constitucional pero igualmente, en un teatro de operaciones en que la confrontación encara situaciones diversas, el límite entre la precisión del objetivo y los errores de cálculo es muy tenue por lo que urge discernirlos componentes que el Derecho Operacional ofrece para sopesar las fallas en los escenarios de guerra.

[...] el DOPER en consecuencia no se circunscribe simplemente a una compilación de normas de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario utilizadas en el ámbito militar, sino a un entendimiento del quehacer operacional militar desde la misión constitucional, legal y reglamentaria de un Estado, con repercusiones eventuales a nivel de una actuación penal, administrativa e incluso eventualmente en una comisión de la verdad. (Mejía, 2016, p. 42)

Por lo anterior, es necesario forjar pedagogía frente a la naturaleza, sentido axiológico y alcance del Derecho Operacional como parte de la seguridad jurídica en los procesos que comprometen la actuación de los miembros

de la Fuerza Pública; en efecto, la tarea judicial exige que su interpretación suministre suficiencia sustancial para adelantar investigaciones ajustadas a Derecho que precisen del conocimiento de las operaciones militares.

4 Las valoración de fondo y de forma de las garantías al debido proceso

1º) Lo sustancial

En la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP, al sopesar los hechos de los militares por causa directa o indirecta con el conflicto armado interno, la recepción de informes ha desestimado un flujo informativo importante de los componentes operacionales ineludibles al momento de acometer juzgamiento y pronunciamiento resolutive.

En ese sentido, la identificación de gravedad de casos, intervenciones y actuaciones de los miembros de la Fuerza Pública, presentan en lo sustancial, una dolencia procedimental por parte de la JEP, en las tareas que tienen que ver con la diferencia entre la individualización y la sistematización de la actuación militar.

Tal vacío entraña incurrir fácilmente, al momento de atribuir responsabilidades violatorias al DIH y a los DD.HH., en una descalificación del Derecho Operacional y de la doctrina militar dado el desconocimiento de lo que en terreno combativo implica un teatro de operaciones.

Como le asiste a la hermenéutica, el aspecto sustancial en el debido proceso permea lo definido como el derecho a la prueba (Alvarado-Velloso, 2004), más si el sustento de los hechos inicia con el error de omitir el flujo informativo que los intervinientes de la Fuerza Pública tienen por aportar a la verdad, obviamente se erosiona la base de todo el debido proceso en tanto los insumos como la carga probatoria, la prueba de oficio, la carga dinámica de la prueba y la medida cautelar probatoria, se diluye causando ruptura entre

lo sustancial y lo resolutivo. (Parra-Quijano, 2007)

Asimismo, cuando se examina en la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas tales actuaciones, el vacío en lo sustancial implica una clara afectación al debido proceso de los uniformados que no por amnistías, indultos, beneficios, han de admitir en todos los casos y como sistemáticos, hechos violatorios si bien registrados, no todos con acopio irrefutable de violación al DIH.

En esa medida, no procede desconocer la sustancia de los hechos dentro de la actuación decisoria de las operaciones militares. Ineludiblemente, el Derecho Operacional debe incorporarse en su esencia, alcance y dictamen a estas salas de la JEP para resolver en derecho lo que en materia de esclarecimiento de la verdad corresponde. Su rol coadyuva para que desde la JEP, se aproxime todo el cúmulo de aristas del contexto operacional inserto en el eje doctrinario castrense.

Figura 1. Operaciones militares en zonas en conflicto



Fuente: Elaboración propia con base en Mindefensa (2020)

Nota. Del cúmulo de operaciones militares en territorio nacional antes y después de 2016, se registra un nuevo reto por confrontación con disidencias y grupos criminales.

Figura 2. Operaciones militares en zonas en conflicto.

CON INTERVENCIÓN MILITAR
Operaciones consumadas

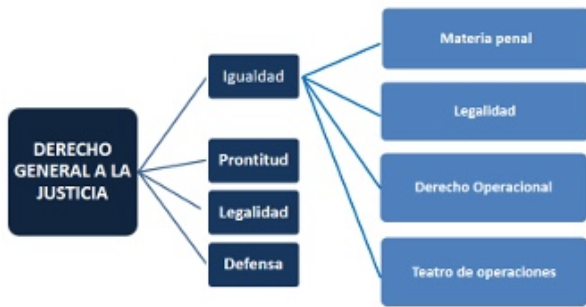


Fuente: Elaboración propia con base en Mindefensa (2020)

2º) Lo procesal

Compete a la JEP insistir en la importancia de la forma como se concibió en la Ley cada aspecto de la dinámica procesal, esto es, hacer prevalecer las fases de indagación, juzgamiento y pronunciamiento sin que haya a lugar inconsistencias ni de tipo sustancial ni de tipo procedimental.

Figura 3. Identificación insumos del debido proceso en la JEP



Fuente: Elaboración propia con base en Sanabria-Moyano & Orjuela (2020).

En la fase investigativa, la seguridad jurídica de los uniformados presenta serios vacíos tanto en rigor como en recepción pues se desconoce igualmente en esta parte del proceso, las reglas de enfrentamiento que toman en cuenta los principios de precaución, distinción y proporcionalidad los que permiten a los mandos superiores determinar el despliegue de una fuerza militar y cuánta fuerza aplicar así como los límites de actuación de un comandante específico. (Comando General Fuerzas Militares (b), 2009)

Urge que en el marco de la JEP en comunión con su observancia del DIH, la etapa procesal no desconozca las reglas operacionales sobre las que tiene sustento y reposa la actuación militar

Nota. El debido proceso ha de insertar el Derecho Operacional para mayor comprensión del teatro de operaciones

3º) Lo probatorio

Al abordar el derecho a la prueba en el proceso judicial, aspectos como la carga de la prueba, la inversión de la carga de la prueba, la prueba de oficio, la carga dinámica de la prueba y la medida cautelar probatoria, las deficiencias en este engranaje probatorio conceden omisiones cuya desventaja ante las partes no se ajustan a la lógica del acervo probatorio fidedigno en tanto no se ahonda en la valoración de la doctrina militar.

Sopesar lo probatorio en un escenario hipotético que parte solo de criterios infundados, equivale a desdibujar los hechos

en su dimensión real, vulnerando así el derecho a la prueba.

Figura 4. Asignación de responsabilidades a uniformados.



Fuente: Elaboración propia con base en JEP (2020)

Nota. En 2011, del total de casos reportados, el 39% las experimenta el quintil 1, mientras el quintil 5, observa el 10% fuera del teatro de operaciones

Subsanar estos vacíos requiere que la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), acoja la propuesta del cuerpo castrense de observar apertura a un macrocaso sobre crímenes de las Farc contra miembros de la Fuerza Pública si de ser equilibrados con la verdad integral se trata. Así, la Fuerza Pública también víctima del conflicto interno, además de la entrega de 80 informes demanda de la esta jurisdicción una valoración de las violaciones a los Derechos Humanos a los que igualmente fueron sometidos sus miembros por parte de las Farc y en que 403 mil uniformados resultaron afectados. (Fundación Funvides, 2022)

Tal como el desplazamiento para la población civil es una realidad derivada de la atrocidad y barbarie del conflicto y ameriza el juzgamiento de este tribunal especial de paz, asimismo, en lo que compete a los uniformados, en lo probatorio se exige sopesar la acción violenta de los grupos armados ilegales por provocar tal fenómeno en las familias de 60.000 policías afectados además de 1.766 desapariciones forzadas. (Ministerio de Defensa, 2022).

5 Conclusiones

Tras la revisión documental del marco legal y normativo de la justicia transicional sobre el que se soporta la JEP, así como lo promulgado en cuanto a los miembros de la Fuerza Pública como víctimas directas del conflicto armado, se concluye cómo en la JEP no se procede en rigor con la observancia al debido proceso en cuanto a garantías sustanciales, procesales y probatorias se refiere, incurriendo en serias falencias que desdibujan la igualdad de garantías a que tiene derecho el militar como víctima directa del conflicto armado.

Por cuenta de la confrontación armada, la validación del debido proceso de los miembros de la Fuerza Pública dentro de la JEP, adolece de falencias que conllevan a encarar un reto respecto a las disposiciones legales en lo sustancial, lo procesal y lo probatorio en tanto en aras del esclarecimiento y juzgamiento de la actuación militar, estos servidores públicos en calidad de comparecientes encuentran velados sus aportes a la verdad so prejuicio anticipado de compromiso y culpa. El causal de notificación de cargos no sopesa integralmente si la condena por acciones u omisiones según el derecho aplicable, es irrestricto y su no admisión de recurso obedece a condena errada por vacío judicial.

Por tanto, el debido proceso observado desde la JEP hacia los comparecientes de la Fuerza Pública, es susceptible de correctivos en lo que compete a procedimientos equitativos y en donde la transparencia en el juicio justo, lejos de sesgos o juicios a priori, observe probidad de los derechos sustantivos sin lugar a una justicia politizada sino imparcial y veraz.

Contribuiría a subsanar esta falencia, el Derecho Operacional pues tanto en la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas como en la Sala de Revisión y Acusaciones de la JEP, la racionalidad está llamada a construir verdad a partir de un actuar procedimental íntegro, impoluto y por demás no contradictorio.

Referencias

- ALVARADO-VELLOSO, ADOLFO. (2004). Debido proceso versus pruebas de oficio. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1ª ed.
- BOBBIO, NORBERTO., (1992). El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona: editorial Gedisa.
- BOUTHOL, GASTON. (1975). La guerra. Barcelona: Oikos-Tau.
- Caracol Radio (9 de abril de 2022). 403.352 uniformados han sido víctimas en medio del conflicto armado. https://caracol.com.co/radio/2022/04/09/judicial/1649524209_016079.html
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2022). Reflexiones y experiencias en torno a la pedagogía del conflicto armado. Bogotá
- Comando General Fuerzas Militares (b). (2009). Manual FF.MM3-41 Público. Manual de Derecho Operacional. Bogotá: Primera Edición.
- Comando General Fuerzas Militares (2008). Directrices del Comando General de las FF.MM. sobre Derechos Humanos y DIH en Colombia
- Congreso de la República (10 de junio de 2011). Ley 1448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n.º 48.096.
- Congreso de la República. *Decreto Ley 706 de 2017* "Por el cual se aplica un tratamiento especial a los miembros de la Fuerza Pública en desarrollo de los principios de prevalencia e inescindibilidad del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación"
- Congreso de la República. Ley 1407 de 2010 (agosto 17): Por la cual se expide el Código Penal Militar. *Colección Textos de Jurisprudencia*.
- Congreso de la República. Ley de Víctimas (1448 de 2011): Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

- Corte I.D.H. Caso Castillo Páez. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrs. 82 y 83.
- CRUZ CASTRO, FERNANDO. (1989). La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho. San José (Costa Rica): ILANUD, pp. 61, 62.
- DELGADO-MORÁN JUAN. JOSÉ., JIMÉNEZ-REINA JONATHAN., CREMADES-GUISADO ÁLVARO. (2020) Analytical Approach to Emergent Hybrid Threats Phenomena. Case Study: EU and Colombia. In: Ramírez J., Biziewski J. (eds) A Shift in the Security Paradigm. Advanced Sciences and Technologies for Security Applications. Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-030-43253-9_5
- ESTEBAN RINCÓN, LENIN. MANUEL. (2019). Justicia Penal Militar- Justicia Especial- Conflicto De Jurisdicción. Trabajo para optar al título de Especialista en Derecho Procesal. Universidad Libre Seccional Cúcuta. Disponible en <https://repository.unilibre.edu.co>.
- GÓMEZ LLINÁS, DANIEL. ALEJANDRO. (2021). Instituto de Estudios Geoestratégicos y Asuntos Políticos, IGEPAP, Universidad Militar Nueva Granada <https://repository.unimilitar.edu.co>
- GONZÁLEZ BUSTELO, MABEL. (2006). “Proliferación de armas ligeras y crisis del Estado: retos para la reconstrucción posbélica”. España: Fride.
- GÓMEZ, JUAN. (2006) Las reglas de enfrentamiento y la posibilidad de su elaboración, difusión y aplicación en Colombia. Fuerza Armada Nacional. Recuperado el 18 de septiembre de 2014, <https://www.fac.mil.co/?idcategoria=7205>
- GÓMEZ DE TRACEVEDO, VIDAL. (1993) “¿Tiene motivos el militar para sentirse tratado como un ciudadano de segunda?” en Seminario de Derecho de quinto curso: Derechos fundamentales y Fuerzas Armadas” AGM, Zaragoza.
- HARTMANN, NICOLAI. (1964). *Ontología V. Filosofía de la naturaleza. Teoría especial de las categorías. Las categorías organológicas. El pensar teleológico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Jurisdicción Especial para los agentes del Estado (Diciembre 19, 2015). Recuperado el 18 de junio de 2016, <http://www.indepaz.org.co>
- MEJÍA AZUERO, JEAN. CARLO. (2016a). El soldado ciudadano como víctima en el conflicto armado colombiano: descripción desde el Derecho Internacional Humanitario. *Ambiente Jurídico*, (20), 165-200.
- MEJÍA AZUERO, JEAN. CARLO. (2016b). El Derecho Operacional como solución para el entendimiento del conflicto armado. *Revista Fuerzas Armadas*, No. 278. Bogotá: Escuela Superior de Guerra. <https://doi.org/10.25062/0120-0631.628>
- MEJÍA AZUERO, JEAN. CARLO. & MARÍN RAMÍREZ, ADRIANA. LUCÍA. (2015). Miembros de las Fuerzas Armadas como víctimas. Enfoques desde la justicia transicional en Colombia. Ibáñez.
- PARRA-QUIJANO, JAIRO. (2007). Manual de derecho probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado. Bogotá: 16ª ed., Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- PAYÁ-SANTOS CLAUDIO. AUGUSTO., DELGADO-MORÁN JUAN. JOSÉ., MAZURIER PABLO. ANDRÉS. (2018). Individual Terrorism as a Response to the Distorted Phenomenon of Cultural Identity. In: Ramírez J., Abad-Quintanal G. (eds) Cross-Cultural Dialogue as a Conflict Management Strategy. Advanced Sciences and Technologies for Security Applications. Springer, Cham ISSN:1613-5113. https://doi.org/10.1007/978-3-319-77231-8_4
- PEDRAZA RUBIO, NELSON. ANTONIO. (2015). Componentes ontológicos en la caracterización de la Fuerza Pública como víctima en el conflicto armado

- colombiano. *Estudios en Seguridad y Defensa*, 10(19), 51-60. <https://doi.org/10.25062/1900-8325.66>
- PINZÓN CHACÓN, ARIEL. (2008). Crítica a la teoría de la justicia desde la ontología. *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 1(1), 109-128. <https://doi.org/10.25058/1794600X.5>
- PRIETO MONROY, CARLOS. ADOLFO.. (2003). El proceso y el debido proceso. *Vniversitas*, 811-823. Recuperado el 01 de julio de 2020, de <https://www.redalyc.org/pdf/825/82510622.pdf>
- RADBRUCH, GUSTAV. (1959). *Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.
- RUSSI. (2013). "Del derecho a la defensa del militar". *Memorias Primer Congreso de Victimología*. Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile.
- SANABRIA-MOYANO, JESÚS. EDUARDO., & ORJUELA, NATALIA. BELTRAN. (2020). Las garantías del militar como víctima en la Jurisdicción Especial para la Paz. *Revista Científica General José María Córdova*, 18(29). <https://doi.org/10.21830/19006586.540>
- SCHNABEL A ALBRECHT., EHRHART, HANS-GEORG. (2005). "La sociedad, el postconflicto y los militares: cambios y problemas de la reforma del sector seguridad". En: Schnabel, Albrecht y Ehrhart, Hans (Editores). *Security Sector Reform and Post-Conflict Peacebuilding*. United Nations University Press p. 28.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS. MARÍA. (1993). La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre víctima-dogmática. En: *Cuadernos de Derecho Judicial, La Victimología*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 15
- STEVENSON, JONATHAN. (2005). *Cero verdades a medias, el reto de rehacer la paz y sostenerla*. Londres: Instituto de Estudios Estratégicos.
- SUN TZU. (2005). *El arte de la guerra; los trece capítulos*. Versión española de la traducción francesa de Amiot de Esteve Serra (colección Los Pequeños Libros de la Sabiduría). Barcelona: José J. de Olañeta
- TAPIAS DÍAZ, FERNANDO, Y DELGADO-MORÁN JUAN. JOSÉ. (2017) "Lucha de realidad en Colombia" en *Análisis de la seguridad internacional desde perspectivas académicas*. Thomson Reuters Aranzadi.



El metaverso como forma de trabajo. Riesgos, y oportunidades. Una mirada al derecho internacional

The metaverse as a way of working. Risks, challenges. A look at international law

Miriam Judit Gómez Romero

UCAM Universidad Católica de Murcia
mjgomez@ucam.edu
ORCID 0000-0002-4733-6295

Resumen

El presente artículo analiza los aspectos jurídicos que encontraremos a partir de ahora en el marco laboral con la llegada de las nuevas formas de trabajo en la era digital y en concreto con la llegada del metaverso. De la mano de la evolución del sistema de relaciones laborales surge la preocupación del legislador por dar respuesta a la nueva realidad y es con la llegada de todas estas novedades que surgen también multitud de cuestiones legales a tener en cuenta como pueden ser: el lugar desde el que se prestan los servicios, la modalidad del contrato de trabajo, la aplicación de la legislación referente a la prevención de riesgos laborales, el surgimiento de nuevas brechas o el papel del derecho laboral sancionador entre otros.

Palabras clave: Metaverso, Derechos de los trabajadores, Elemento de extranjería, Prevención de riesgos laborales.

Abstract

This paper analyzes the legal aspects that we will find from now on in the labor framework with the arrival of new forms of work in the digital age and specifically with the arrival of the metaverse. Hand in hand with the evolution of the labor relations system, the concern of the legislator arises to respond to the new reality and it is with the arrival of all these novelties that a multitude of legal issues also arise, such as: the place from which the services are provided, the type of employment contract, the application of legislation regarding the prevention of occupational hazards, the emergence of new gaps or the role of punitive labor law, among others.

Key words: Metaverse, Workers' rights, foreign policy-international law, occupational risk prevention.

Cómo citar este trabajo: Gómez Romero, Miriam Judit. (2023). El metaverso como forma de trabajo. Riesgos, y oportunidades. Una mirada al derecho internacional. Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, (2), 112–121. <https://doi.org/10.46661/respublica.8223>

Recepción: 07.05.2023

Aceptación: 21.06.2023

Publicación: 30.06.2023

 Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

1 Introducción

En los últimos años, hemos venido asistiendo a nuevas formas de empleo o al desarrollo de algunas ya existentes debido a la aparición de las nuevas tecnologías entre las que encontramos entre otras la inteligencia artificial o la robotización y su impacto en el ámbito laboral, así asistimos además al auge del trabajo a distancia, el teletrabajo o el trabajo remoto. (Cherry, Miriam A., Beyond , 2016). Además, gracias a la aparición de estas nuevas formas de empleo surgieron oportunidades de mejora de la conciliación de vida familiar y laboral, y también posibilidades de nuevas formas de vida, y cobró importancia el apellido digital acompañando a la palabra nómada, ahora hablamos de nómadas digitales con total normalidad. Otra gran novedad de los últimos años fue la aparición de las plataformas digitales con las cuales, entre otras nuevas figuras, aparecieron los riders y con estos últimos asistimos a una serie de cuestiones legales referentes al modo de contratación, que han dado lugar a una nueva regulación específica en la materia y a famosas sentencias que ya forman parte de nuestra jurisprudencia (Todolí Signes A., 2018)

Debido a todo lo anterior, de la mano de la evolución del sistema de relaciones laborales surge la preocupación del legislador por dar respuesta a la nueva realidad y es con la llegada de todas estas novedades que surgen también multitud de cuestiones legales a tener en cuenta como pueden ser: el lugar desde el que se prestan los servicios, la modalidad del contrato de trabajo, la aplicación de la legislación referente a la prevención de riesgos laborales, el surgimiento de nuevas brechas o el papel del derecho laboral sancionador entre otros.

En este contexto, podemos decir que el metaverso es una revolución social, industrial y tecnológica que representa un enorme reto legal en general y en el ámbito de las relaciones laborales en particular (Sierra Benítez, 2022). El metaverso ha empezado a cobrar importancia y estar presente en

nuestras conversaciones, en los medios de comunicación o en los centros educativos. Por un lado, miramos hacia esta nueva realidad con curiosidad y por otro con preocupación por su irrupción en los diversos ámbitos de nuestras vidas, visto que estaremos ante un modelo de reproducción digital de nuestras dinámicas reales, así entre otras cosas afrontaremos las cuestiones relativas al trabajo o prestación de servicios en el metaverso y de sus actores, afrontaremos a su vez, las acciones que se derivan de estas situaciones, sus riesgos y las posibles sanciones. Además, abordaremos la cuestión de la interconexión entre la realidad física y la virtual.

Así surgen cuestiones generales como: ¿Qué nuevas formas de contratación surgirán a partir de la contratación laboral en el metaverso? o ¿Cómo se regularán las ya existentes? A estas y otras preguntas trataremos de dar respuesta en las siguientes líneas.

2 Nuevas modalidades de contratación y metaverso

Con la aparición de nuevas formas de trabajo aparecieron nuevas figuras jurídicas, bien son conocidas las diferencias entre contrato laboral y contrato mercantil y las características de ambos. Aunque a primera vista parezca indiferente formalizar la relación por uno u otro tipo de contrato, las diferencias son sustanciales en relación con la vinculación y obligaciones del empresario y en relación con la modalidad de acuerdo suscrito, sin embargo, hemos asistido desde hace décadas a un alto porcentaje de contratos en fraude de ley, aquellos contratos que enmascaran una relación de laboralidad sobre una relación de autonomía, nos referimos aquí a todos aquellos casos en los que el trabajador es conocido debido al fraude de ley como “falso autónomo”.

En el año 2007 y a fin de encontrar una figura intermedia entre el trabajador por cuenta ajena y el trabajador autónomo, con la entrada en vigor de la Ley 20/2007 de 11 de

julio, del Estatuto del trabajo autónomo, asistimos al nacimiento del TRADE o trabajador autónomo económicamente dependiente, el cual se caracteriza entre otras cosas por facturar el 75% o más a un solo cliente entre otros requisitos, encontrándose su relación a caballo entre el trabajador autónomo y el trabajador por cuenta ajena. Esta figura ha sido utilizada con mayor auge entre algunos colectivos como es el de los transportistas y por analogía se intentó replicar a los repartidores en el ámbito de las plataformas digitales.

Una de las cuestiones más discutidas y que ha estado en el ojo del huracán en los últimos años ha sido la de determinar qué tipo de contrato es el adecuado cuando nos referimos a trabajadores de plataformas. Aquí merece la pena destacar el caso más recurrente y reciente, es decir, el referente a las personas trabajadoras dedicadas al reparto a domicilio en el ámbito de las plataformas digitales.

Y es que la preocupación principal gira en torno a los riders hasta la llegada del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, más conocido como la ley rider, viene de la mano de la utilización de la forma correcta de contratación, visto el uso exagerado en fraude de ley en la contratación de autónomos que ya se venía utilizando y que sigue siendo utilizada por diferentes empresas, es decir, contratar a trabajadores por cuenta ajena bajo el paraguas de la regulación del trabajador autónomo, la nueva pregunta que surge entre los especialistas del derecho del trabajo es aquella de determinar la regularidad de la forma de contrato de estas personas dedicadas a la mensajería o al reparto dependientes de plataformas digitales. Estas cuestiones se han ido resolviendo después de las últimas sentencias y en este punto no podemos dejar sin

mencionar la STS 2924/2020 de 25 de septiembre de 2020 en la que el pleno de la sala de lo social del tribunal supremo declara la relación existente entre Glovo y el repartidor una relación laboral, entre otras razones la Sentencia apunta las siguientes:

- i) La empresa tomaba todas las decisiones comerciales del negocio
- ii) El precio de los servicios prestados, la forma de pago y la remuneración a los repartidores se fija exclusivamente por esa empresa
- iii) Los repartidores no perciben sus honorarios directamente de los clientes finales de la plataforma, sino que el precio del servicio lo recibe Glovo, quien posteriormente abona su retribución a los repartidores
- iv) La empresa se apropia del trabajo del repartidor para ofrecerlo a sus propios clientes
- v) El repartidor no tenía ninguna intervención en los acuerdos establecidos entre Glovo y los comercios cuyos productos se reparten, ni en la relación entre Glovo y los clientes a los que servían los pedidos (Todolí Signes A., 2018)

Todos estos factores son propios de una relación laboral y no de una relación de autonomía ni tampoco encajan con la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, por lo que por primera vez se da luz y se clarifica la situación de laboralidad de los repartidores que trabajan para plataformas digitales con especial referencia a los riders.

Tomando como precedente, la dificultad en la regularización y clasificación de las nuevas formas de empleo surgidas en años anteriores, atendiendo a la continua evolución de las nuevas tecnologías y haciendo referencia al metaverso surge el interrogante de cómo llegar a una efectiva regulación de la contratación laboral del espacio digital, es decir, ¿Cómo se trasladarán las reglas de las obligaciones y derechos del mundo real al mundo virtual o en definitiva al metaverso?.

Quizás la mayor dificultad en cuanto a la calificación y ordenación de las relaciones laborales vinculadas al metaverso se presente en las prestaciones “híbridas”, es decir aquellas amparadas por el mundo real que se desarrollan total o parcialmente en el mundo virtual. (Pombo, 2023)

Vamos a intentar trasladar la situación del rider al metaverso y ver las distintas posibilidades: Pongamos el ejemplo del repartidor de una nueva compañía que trabaja dentro del metaverso, un usuario de la plataforma realiza un pedido dentro del metaverso, y este pedido llega a través del metaverso, pero además encuentra un calco en la vida real y el rider llega a su casa, aquí surgen distintas cuestiones laborales: ¿Quién contrata al rider? ¿En qué país se encuentra radicada la empresa que lo contrata? Y por tanto ¿Cuál es la ley que rige este contrato? ¿Y el tribunal competente? ¿El trabajador en la plataforma y el rider que llega a mi puerta son el mismo? ¿Entonces cuantos contratos existen? ¿Se utilizan agencias de colocación o empresas de trabajo temporal? ¿Dónde se encuentran estas? ¿Dependiendo del tipo de contrato que obligaciones se derivan para las partes?.

Todas estas preguntas son las que deberán ser respondidas próximamente y a las que el legislador intentará anticiparse, sin embargo, es de todos sabido, que la mayor parte de las veces con el surgimiento de nuevas realidades, el legislador irá detrás de los acontecimientos pues es muy difícil anticipar y predecir la realidad que nos espera en los próximos años. En el próximo apartado se analiza la cuestión del elemento de extranjería en la relación laboral en el metaverso.

3 Metaverso, derecho del trabajo y elemento de extranjería

Una de las cuestiones en las que coinciden metaverso y teletrabajo o trabajo remoto, será la dificultad o la particularidad que se deslinda del hecho de que el trabajador pueda trabajar desde su casa o desde otros espacios, los cuales pueden situarse en un país distinto

al que se encuentra la empresa, nos referiremos así en este apartado al elemento de extranjería.

El elemento de extranjería dentro de nuestra relación laboral puede venir dado por diferentes motivos, por ejemplo, si estoy en España y presto mis servicios en España, aunque me contrate una empresa extranjera, podremos establecer la ley española como aquella que regirá el contrato y serán competentes los tribunales españoles a menos que las partes indiquen lo contrario, el problema viene cuando concurre un elemento de extranjería en la contratación laboral realizada por la empresa en el mundo real para que la persona trabajadora preste sus servicios en el metaverso. Esto ocurre cuando las partes deciden que la prestación laboral en el metaverso se realice presencialmente en otro país, en una sucursal allí ubicada, o mediante un acuerdo de teletrabajo internacional de modo permanente, esto también ocurre cuando se acuerda una relación laboral temporal como personal expatriado, o cuando directamente la empresa contrata a una persona en otro país para que desempeñe allí su actividad laboral en el metaverso.

Junto a la contratación de personas para desempeñar su trabajo por cuenta ajena en el metaverso, puede ocurrir que el contrato de trabajo se celebre dentro del propio metaverso para realizar tareas en él o, incluso, fuera del mismo. El primer caso sería, por ejemplo, una empresa virtual que contratara a un avatar para desarrollar la actividad empresarial en otro país fuera del metaverso (por ejemplo, impartición de cursos de formación, venta de los productos de la empresa, etc.). La oferta y demanda se habría encontrado en el metaverso, pero la actividad se llevaría a cabo fuera del mismo. A tal posibilidad se le puede añadir una híbrida. Contratación en el metaverso para desempeñar la actividad en el propio metaverso y, también, fuera del mismo, o contratación solo para realizar tareas dentro del metaverso. (Nogueira Guastavino, 2022)

A su vez, la parte empleadora que contrata, o el avatar persona trabajadora, pueden no ser una persona real, sino creada por inteligencia artificial por el metaverso, o por alguna de ambas partes contractuales. La pregunta entonces es si se modifican las condiciones del contrato teniendo en cuenta esta situación, y es en este punto donde deberíamos parar y pensar pues se complica demasiado la pregunta teniendo en cuenta las lagunas legales que encontraríamos en relación con este punto.

En aquellos casos donde encontramos un elemento de extranjería en la relación laboral, tendremos que prestar atención fundamentalmente a dos aspectos principales, uno será la jurisdicción competente y para ello habrá que estar a lo establecido en el Reglamento 1215/2012, más conocido como el Reglamento Bruselas I. Un reglamento de alcance general obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros. Por su parte, para la determinación de la ley aplicable, una vez determinado el foro competente, habrá de estarse a las normas de conflicto laboral reguladas en el Reglamento 593/2008 más conocido como el Reglamento Roma I, para las obligaciones contractuales.

En la medida en que el derecho individual del trabajo se rige en su mayor parte por normas imperativas, el criterio usual en los contratos individuales de trabajo es el establecido en el art. 8.2 del Reglamento Roma I, es decir, se aplicará la ley del país donde se presta habitualmente el trabajo. Se trata de uno de los criterios más adecuados en los esquemas clásicos de relación laboral en tanto aboca a la identidad entre ley aplicable al contrato y la ley laboral. De este modo, al contrato internacional de teletrabajo se le aplicarán las leyes del país del domicilio de la persona trabajadora o del lugar elegido por esta para desarrollar su trabajo inmersivo en el metaverso fuera de las fronteras nacionales.

Un criterio subsidiario del anterior sería el consistente en la aplicación de la ley del país donde esté situado el establecimiento

empresarial a través del cual haya sido contratada la persona trabajadora.

Finalmente, se prevé un último criterio que se corresponde con la conocida como cláusula de escape, o lo que es lo mismo, se aplicará la ley del país con el que la situación muestre los vínculos más estrechos, esta cláusula opera aun cuando fuera posible identificar el lugar habitual de servicios o el lugar de contratación, siempre que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato está mejor conectado con el ordenamiento de otro estado, en cuyo caso, se aplicará dicho ordenamiento.

Sobre dicha base se ha mantenido que en el teletrabajo internacional habría que tener en cuenta dónde se publica la oferta de empleo, se lleva el proceso de selección, se desarrolla la relación laboral u otros, que permitieran establecer la existencia de una relación más estrecha con el país del establecimiento del que depende funcionalmente la persona que teletrabaja y que si lo extrapolamos al tema que nos ocupa, será aquel del que depende la persona contratada para trabajar en el metaverso.

En las normas de derecho internacional privado encontramos además principios que serán aplicados en aquellas relaciones en las que se considera que una parte de la relación contractual se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad que la otra, en este ámbito encontramos por ejemplo los contratos de consumo (el consumidor contará con una mayor protección debido a su situación dentro de la relación) y los contratos de trabajo que siguen la misma línea.

Así se hace importante destacar aquí que, aun respetando la autonomía de la voluntad de las partes y la posibilidad de elección de ley aplicable, este principio de libertad de elección viene matizado por la exigencia de que el trabajador obtenga el mismo nivel de protección que con la ley aplicable en defecto de elección. Así por ejemplo y atendiendo a la ley que rige el contrato, tendremos presentes diversos puntos como la protección del trabajador o el salario mínimo

interprofesional, ¿es importante elegir por lo tanto el país que sea más protector para a parte más débil de la relación jurídica? ¿O encontraremos otros criterios que nos pueden llevar a una elección de ley diversa a aquella que suponga una mayor protección al trabajador del metaverso en este caso?.

Pensemos en las cuestiones que se pueden derivar de una elección de ley o de trabajadores en un país donde las condiciones laborales o los derechos de protección del trabajador son inferiores a las del país que contrata y pensemos en este caso en la implicación de los diversos tratados internacionales referentes a la diligencia debida y el trabajo decente.

Será conveniente pensar así mismo en la relación entre salario mínimo en los diversos países en los que contrata la empresa y en el riesgo del dumping social, entendiendo por este a la práctica de aprovechamiento y reducción de costes por parte de algunas empresas realizando una contratación del personal en países en los que el salario mínimo es más bajo y las condiciones laborales y obligaciones de seguridad social por parte del empresario son más reducidas.

De todo lo anterior se deriva otra cuestión más a tener en cuenta a la hora de analizar estas relaciones laborales en el metaverso y es aquella de la elaboración y regulación de la nómina y la del salario en el metaverso, teniendo en cuenta factores como: el salario mínimo dependiendo del país, la cotización a la seguridad social, la base reguladora, las contingencias comunes etc.

4 La Prevención de Riesgos Laborales en el Metaverso

Desde la promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, la seguridad y salud en el trabajo y las obligaciones a ello inherentes han ido tomando una trascendencia cada vez mayor. Esto se ha traducido en el incremento de las obligaciones surgidas respecto de esta materia, no solo para el empresario, sino para

toda una pluralidad de sujetos involucrados de una u otra manera en la prevención de riesgos laborales, es decir, en la protección de la seguridad y salud de trabajadores. La situación se ha ido complicando, y a su vez analizando y mejorando con la aparición de nuevas formas de trabajo o debido al auge del trabajo a distancia y al teletrabajo. Es a raíz de estas modalidades de trabajo que algunas situaciones se fueron adaptando a fin de cumplir con los requisitos de seguridad y salud en relación con los trabajadores a remoto, se realizaron así algunas adaptaciones a fin de conseguir una eficiencia en cuestión de prevención de riesgos laborales en la que todavía encontramos varias e importantes lagunas legales, a toda esta situación se le suma la llegada del metaverso, con el que nace la necesidad de una nueva regulación también en materia de prevención de riesgos laborales, así surgen de nuevo una serie de preguntas todavía sin respuesta, por ejemplo ¿Cómo realizaremos un diagnóstico en materia de prevención de riesgos laborales en el metaverso? ¿dependiendo de la forma laboral que adopte la relación contractual cómo se repartirán las responsabilidades entre las partes? Si el trabajador sufre un accidente, ¿quién responde?.

Visto que son muchas las preguntas y todavía pocas las respuestas, vamos a ir analizando y desgranando este enrevesado que pueden suponer estas nuevas relaciones laborales, así en relación con los riesgos laborales existen varias cuestiones, la primera que se nos viene a la cabeza, pensando en la relación laboral dentro del metaverso, será aquella relacionada con el uso de las gafas y de los mandos, surge así la pregunta: ¿cuántas horas debe o puede permanecer el trabajador dentro el metaverso y cuáles son los efectos físicos que esta relación de trabajo puede provocar a la vista, cuello o a las muñecas? El uso de las gafas Oculus y el hardware y software necesario hoy en día para manejarse en el metaverso, no es un uso sencillo ni se encuentra ausente de riesgos laborales, especialmente cuando se trata de trabajadores que realizan micro tareas en el

metaverso, los conocidos como metaclick workers, en los que los riesgos físicos que se pueden derivar son variados, además no podemos dejar de lado la cuestión de los riesgos psicosociales que se podrán derivar, empezando por el estrés que supone la incertidumbre en cuanto a la propia naturaleza de su relación jurídica.

Los nuevos riesgos psicosociales que pueden sufrir las personas trabajadoras que deban utilizar estos equipos para poder desarrollar su prestación laboral (por trabajar básicamente dentro del nuevo espacio virtual), como los propios riesgos físicos derivados de la posibilidad de accidentes de trabajo derivados de caídas por no disponer de los espacios adecuados para manejarse con libertad en el metaverso constituyen cuestiones sobre las que recae el deber de prevención laboral.

Si pensamos, por tanto, en algunas de las implicaciones del trabajo en el metaverso relacionadas con los riesgos laborales, deberemos tener en cuenta factores como el número de horas que pasarán estas personas trabajadoras en una situación de inmersión en otra realidad y los efectos todavía desconocidos que esto puede tener para la salud, por ejemplo para la vista, también el uso de los mandos para las muñecas, o la inmersión dentro del mundo virtual durante periodos largos de tiempo puede desembocar en problemas tanto físicos como psicológicos. No debemos dejar de lado los riesgos aun desconocidos que esto puede suponer para la salud de estas personas trabajadoras, aunque bien si algunos de estos no son todavía conocidos algunos de ellos son ya predecibles.

Como es sabido, de cada riesgo para la seguridad y salud de las personas trabajadoras es posible que se derive una enfermedad profesional o se produzca un accidente laboral, vamos a ponernos a modo de ejemplo. en la situación del trabajador que desarrolla su trabajo en el metaverso y que físicamente se encuentra trabajando desde su hogar en el que ha habilitado una sala, salón, habitación o despacho para desempeñar sus

funciones. Una vez entra en la realidad virtual en la que trabaja se sumerge en otro mundo, se sumerge en el metaverso y percibe todo su ser en otro lugar distinto al que se encuentra realmente, es decir, su avatar que es manejado por la persona física se encontrará en una realidad pero será manejado por esta persona trabajadora dentro de un espacio físico real como puede ser su despacho habilitado dentro de su casa. Todo esto supone un aumento exponencial del riesgo dentro de la casa, por lo que quizás tendríamos que pensar en un ambiente rodeado de paredes con los ángulos redondos, de modo que se eviten esquinas, deberíamos encontrarnos en un espacio sin ventanas o balcones o en el caso de existir que estos estuvieran siempre cerrados, las paredes deberían estar recubiertas con acolchado o con material especial a fin de evitar accidentes de trabajo mientras me muevo por la habitación estando dentro del metaverso, además estos espacios de trabajo deberían de ser totalmente diáfanos, es decir, necesitaremos un espacio que cumpla con las normas de prevención y para ello necesitaremos igual que en la vida real una evaluación de riesgos laborales que:

- i) Identifique los peligros por áreas y/o puestos
- ii) Detecte el tipo de daños posibles y quiénes son más susceptibles a padecerlos
- iii) Identifique las medidas preventivas

Pero, además, no debemos dejar de lado los riesgos psicosociales que se pueden derivar, es decir, riesgos derivados de las deficiencias en el diseño, la organización y la gestión del trabajo, así como de un escaso contexto social del trabajo que pueden producir resultados psicológicos, físicos y sociales negativos, como el estrés laboral, el agotamiento o la depresión, entre otros podemos prevenir algunos:

- a) Inexistente o inadecuado apoyo social entre el personal de la empresa
- b) Relaciones interpersonales malas o de poca calidad

c) Relaciones personales inexistentes (aislamiento)

d) Exposición a conflictos interpersonales, situaciones de violencia, discriminación o conductas inadecuadas

Y por tanto visto que los riesgos a los que se expondrán quiénes desarrollen su trabajo en el metaverso son los mismos con los que ya contamos en la actualidad, a los que se han sumado aquellos del trabajo remoto y a los que se le sumarán otros riesgos predecibles y otros que todavía están por descubrir, ante esta situación surgen, entre otras, la pregunta de quién será la persona o personas responsables de realizar el preceptivo diagnóstico en prevención de riesgos laborales dentro del metaverso en sus diferentes modalidades (remoto, desde casa, desde otro país, etc.) y qué ocurrirá en caso de ineficiencia de la empresa en este ámbito, o quién será el responsable de las posibles infracciones en este ámbito también en caso de externalización de la gestión de recursos humanos por parte de la empresa, en definitiva, la pregunta es, en todas o cada una de estas situaciones ¿Quiénes son los sujetos responsables en caso de infracción de la normativa laboral?.

A fin de responder a la pregunta sobre la responsabilidad de las infracciones en el ámbito laboral en España, el instrumento legal por excelencia será el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, más conocida como la LISOS, y en este sentido, la primera dificultad que nos ocupa, es aquella de la existencia del elemento de extranjería en la relación contractual, pues en ese caso, deberíamos antes establecer cuál es la ley que rige el contrato atendiendo al Reglamento Roma I y a las normas de derecho internacional privado como ha quedado explicado anteriormente.

Supongamos que aplica a una situación de trabajo remoto en el metaverso la ley española y por tanto, por seguir con el ejemplo del caso anterior, aplicaría el art. 12

de la LISOS, el cual señala como infracción grave el no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones, revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan, o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones, con el alcance y contenido establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Pues bien, en el caso de trabajo desde casa surge la cuestión sobre quien será entonces el encargado de realizar estas funciones, ¿será el delegado de prevención de la empresa? ¿Y quién será el encargado de controlar que se cumple con la normativa? Será la inspección de trabajo, sin embargo y prestando atención al caso en el que el trabajador presta sus servicios en el metaverso y de forma física se encuentra en su casa, encontramos la primera barrera para la inspección de trabajo a fin de poder ejercer como un efectivo mecanismo de control, vista la colisión con el derecho a la intimidad entre otros, al entrar en un lugar que además de centro de trabajo constituye hogar o morada.

Llegados a este punto, visto que se ha hecho ya referencia al preceptivo diagnóstico de prevención en riesgos laborales que se debe llevar a cabo y de la dificultad de comprobación de este, pasaremos ahora a hacer referencia a un tema estrechamente relacionado con este, es decir, el accidente laboral y la enfermedad profesional (Muñoz Ruiz, 2023).

La primera pregunta que nos surge es: ¿Cuándo se considerará un accidente laboral si estoy en mi casa? En relación con este punto, merece la pena hacer mención a la sentencia del juzgado de lo social número 1 de Cáceres del 26 de Octubre de 2022 en el que una teleoperadora que teletrabajaba desde casa en horario de 8 de la mañana a 2 de la tarde realizando su jornada sentada y delante del ordenador a las 1:45p.m va al baño de su domicilio, tropieza y de la caída se desprende un traumatismo en el codo y en la parrilla frontal derecha, esto aboca a una incapacidad

temporal como accidente no laboral, vista la situación, la trabajadora interpuso demanda ante el juzgado de lo social alegando que el accidente ocurrió dentro de su horario de trabajo, saliendo del baño de su domicilio, en trance de reanudar su actividad laboral tropezó en el pasillo, cayendo al suelo. Nadie pondría en tela de juicio la oportunidad de considerar accidente de trabajo el sufrido por un empleado en idéntica circunstancia si trabajase en una fábrica, oficina o tienda. La obligada visita al aseo para atender una necesidad fisiológica, constante el desempeño de la jornada laboral ante esta descripción de los hechos, el juzgado acabó dando la razón a la trabajadora y por tanto admitiendo el accidente como laboral. El accidente laboral aun estando dentro del domicilio no puede enervar la presunción legal, no se trata aquí de hacer de mejor condición a quien teletrabaja, al contrario, se busca evitar su desprotección. El fallo del juez acaba dando, por tanto, la razón a la trabajadora y por lo tanto el accidente viene considerado como accidente laboral.

La pregunta que nos hacemos en este punto es si se podría extrapolar esta sentencia a la misma situación en el metaverso, y el primer razonamiento será afirmar que sí, sin embargo debemos tener en cuenta otras circunstancias que podrán ocurrir en el trabajo en el metaverso, como por ejemplo, ¿qué ocurrirá en el caso en el que el trabajador deba utilizar las gafas y mandos continuamente y se pronostique que el uso continuado de los mismos puede llevar a enfermedades profesionales?, en ese caso, seguramente, después de realizar el relativo diagnóstico se tomarán o se podrán tomar medidas tales como jornadas de trabajo más largas pero intermitentes, o trabajo por objetivos e incluso podría llevar esta situación a cambiar incluso la forma del contrato. En estos casos ¿cuáles serían los factores que nos llevarían a calificar un accidente como laboral teniendo en cuenta el horario de la jornada de trabajo si este es intermitente? ¿Cómo podremos controlar que se cumple con la legislación en prevención de riesgos laborales si la autoridad

laboral encuentra barreras a la hora de poner en marcha los mecanismos de control visto que la inspección de trabajo no puede entrar en el hogar o morada a menos que haya una denuncia del propio trabajador o alguna otra parte?.

5 Conclusiones

Como se desprende de estas líneas, todavía queda mucho por vivir y legislar, en los próximos años asistiremos al surgimiento y modificación de numerosos instrumentos legales a fin de dar respuesta a los nuevos retos que se presentan con la llegada del metaverso a las relaciones laborales. Es cada vez más evidente que necesitamos una disciplina jurídica “nueva” que por su carácter dinámico pueda dar respuesta a todos estos interrogantes desde un ámbito que supere las barreras territoriales de los Estados.

Estaremos a un desarrollo referente a la nueva legislación en materias de derecho de la seguridad social y de derecho laboral, así como un desarrollo del derecho laboral sancionador con nuevos supuestos que darán lugar a nuevas infracciones y sanciones laborales.

Es, por tanto, sin duda, necesaria a una nueva regulación Comunitaria, Internacional y Nacional de los derechos y obligaciones de los trabajadores que decidan o se vean obligados a cambiar sus oficinas físicas por las oficinas virtuales, sus cuerpos por avatares y que su lugar de residencia dependa de las nuevas formas de trabajo, a fin de conseguir una protección efectiva de los derechos fundamentales de estas personas trabajador.

Referencias

- CHERRY, MIRIAM A., BEYOND. (2016). Work, Misclassification: The Digital Transformation of. 2016. s.l.: Comparative Labor Law & Policy Journal, Forthcoming, Saint Louis U. Legal Studies, Vol. Research Paper No.2.
- GARCÍA GARCÍA, RAFAEL, & GÓMEZ ROMERO, MIRIAM JUDIT. (2021). Equal pay for work of equal value, gender pay gap

and audits. Regulatory and social manifestations. In *Sexo, género y violencia* (pp. 125-134). Dykinson.

GÓMEZ ROMERO, MIRIAM JUDIT. (2015). *La relectura institucional del trabajo autónomo. un estudio de sus manifestaciones normativas*. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca.

GÓMEZ ROMERO, MIRIAM JUDIT. (2023). Condiciones laborales de los inmigrantes en España: trabajo decente, grupos vulnerables y análisis del concepto de esclavitud moderna. In *Gobernanza multinivel de los movimientos migratorios: retos y perspectivas desde el derecho* (pp. 511-527). Dykinson

MUÑOZ RUIZ, A. (2023). *Salud mental, desconexión digital y teletrabajo desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales*. Valencia : s.n., 2023.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (2022). Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo. Madrid : Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF, 2022. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3337>

POMBO, GÓMEZ ACEBO &. (2023). *Guía jurídica del metaverso*. Madrid : Tecnos, 2023.

SIERRA BENÍTEZ, E.M. (2022). Repensando la disciplina jurídico laboral: del teletrabajo al metaverso. *Libro homenaje al Profesor Dr. Juan Raso Delgue*. Madrid: Laborum et scientiae, 2022.

TODOLÍ SIGNES A. (2018). Nuevos indicios de laboralidad aplicables a las empresas que prestan servicios a través de plataformas virtuales (Gig Economy). [aut. libro] AAVV. *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación Derecho y mercado*,. s.l. : Aranzadi, 2018.



Unión Europea y medio ambiente: la construcción de un valor jurídico

The European Union and the environment: the construction of a legal value

Julio César Muñiz Pérez

Universidad Nacional de Educación a Distancia UNED
juliocesar.muniz@der.uned.es
ORCID 0000-0001-9571-5866

Resumen

La Unión Europea desarrolla tempranamente la perspectiva ambiental en sus políticas de tal forma que la configuración del medio ambiente como valor jurídico de la Unión va de la mano de la internacionalización general, como fenómeno histórico, del movimiento ecologista. De este modo se desarrolla lo que podemos definir como política ambiental de la Unión Europea, pero a ésta debemos añadir la transversalidad de la materia, determinando a otras políticas entre las que destaca la política energética o la política pesquera. Esto la convierte en un ámbito notablemente interdisciplinar y con gran potencial en el desarrollo de nuevos proyectos comunitarios. De hecho, se están produciendo importantes avances a nivel internacional, lográndose la gestión ambiental del mar desde la perspectiva de la protección del mercado interior.

Palabras clave: Política ambiental, Medio ambiente, Biodiversidad.

Abstract

The European Union develops the environmental policy early in its History. A history that follow the international configuration of the environment as a legal value of the Unión. It's an example of the general internationalization, as historical phenomenon, of the environmental movement. In this way, what we can define as environmental policy of the European Union. But forward this policy we must add the transversality of the matter, determining other policies, among which energy policy or fisheries policy stands out. In fact, fisheries policy presents one of the greatest advances at an international level, achieving the environmental management of the sea from the perspective of market protection.

Key words: Environment, Environmental Policy, Biodiversity, Fisheries.

1 Introducción

El nacimiento y expansión del ámbito competencial de la Unión Europea manifiesta la interconexión de las áreas económicas y comerciales con ámbitos diversos y crecientes o, en otras palabras. De este modo, el nacimiento y desarrollo de las distintas políticas europeas, desarrolladas con carácter compartido o exclusivo por parte de la Unión, se fundamentan de forma primaria en la protección del mercado interior. El punto de inicio lo constituye la instauración del mercado común, y a partir de él surgen constantes nuevos ámbitos de actuación que conocemos como “políticas de la Unión”. Esta afirmación, es particularmente clara cuando afrontamos el análisis del nacimiento de las primeras políticas, la aspiración a un espacio sin fronteras, la libre circulación de mercancías, capitales, servicios y personas ha generado a su vez la necesidad de establecer diversas competencias adicionales para evitar distorsiones del mercado o proteger de riesgos generados por esta creciente integración.

De este modo planteamos un análisis del nacimiento de la política ambiental de la Unión desde la perspectiva de las manifestaciones concretas de la misma, sin atribuir una competencia excluyente a la Unión (a diferencia de otras políticas que se atribuyen con carácter preferente o exclusivo a la Unión). Para ello partimos del nacimiento de la preocupación ambiental en los Estados Unidos, hasta llegar a su incorporación como valor por parte del Derecho originario de la Unión y la plasmación concreta de algunas de las áreas de regulación sobre la misma.

2 El ámbito de aplicación de la “cláusula Romeo y Julieta”

A pesar de que el medio ambiente, entendiendo por tal al conjunto de elementos que nos rodea, es determinante en la historia, cultura y evolución del ser humano, a pesar de la constante interacción del ser humano con su entorno y su dependencia para su misma

existencia, como valor jurídico ha tenido una manifestación relativamente reciente.

De hecho, las primeras puestas en valor del medio ambiente están vinculadas, como fenómeno histórico, al plano religioso. La naturaleza ha constituido uno de los elementos más inspiradores para el ser humano, que ha dotado a elementos naturales singulares de sacralidad. Los ejemplos son innumerables, desde las cuevas de Altamira o los bosques sagrados del mundo pagano a la naturaleza cristiana configurada como “*itinerarium mentis in Deum*” de san Buenaventura. Del *beatus ille* virgiliano al romanticismo del *Sturm und Drang*.

Sin embargo, esta influencia de la naturaleza en la cultura, la religión y el pensamiento no se materializa como un valor jurídico digno de protección hasta el siglo XIX. En este sentido, será la Revolución industrial, alejando al hombre del campo, la que marque el cambio en la explotación de los recursos naturales y la concepción sobre los mismos.

Puede resultar paradójico que esa sensibilidad ecológica juridificada no parte de comunidades indígenas, rurales o agrícolas. El movimiento “conservacionista”, como señala Lizana Avia (2007, p. 79) se desarrolla a través de dos corrientes filosóficas durante el siglo XIX, preservacionismo (que retoman ese carácter romántico y religioso de la naturaleza) y los conservacionistas o utilitaristas. Éstos son los que promocionarán el establecimiento de la figura de protección de los parques nacionales, con la creación en 1872 del parque de Yellowstone y al que sigue una larga cascada de parques nacionales junto a la internacionalización de la figura.

Los Parques nacionales podríamos decir que constituyen la principal materialización de una nueva y creciente sensibilidad ecológica por parte de las sociedades occidentales, a la que responden primero los Estados y, tras la segunda guerra mundial distintos Organismos Internacionales.

Especialmente entre los años 50 y 70 se desarrolla propiamente una “conciencia

ambiental”, hasta materializarse tanto en el programa específico de Naciones Unidas, como en la constitución de distintas ONG’s como Greenpeace.

Dentro de este desarrollo de este nuevo objetivo de protección del medio ambiente no sólo se realizan políticas activas, como la regulación de espacios naturales, la regulación urbanística, sino que también se adoptan formas de desincentivación de las actividades nocivas asimilando la teoría que Pigou (1932, p. 289) plantea relativa a las externalidades negativas y que analizamos en otro lugar (Muñiz 2016, p. 442).

Dentro de las vías adoptadas para lograr tal desincentivación está la incorporación de una política fiscal desincentivadora, utilizada para orientar la iniciativa privada a soluciones menos contaminantes y creándose la categoría tributaria del impuesto ambiental. Una política que tiene su eco en la OCDE, planteando conocidos principios del Derecho ambiental como el “quien contamina paga”, y que será asumida precisamente por las Comunidades Europeas.

De hecho, la OCDE manifestará una preocupación creciente por la transferencia de costes ambientales en el comercio, la industria, el transporte,... con proyectos que en múltiples ocasiones refuerzan actuaciones más amplias a nivel internacional, acompañando, por ejemplo, a planes simultáneos de la ONU.

Precisamente, Naciones Unidas creará en 1972, a raíz de la Conferencia de Estocolmo, el Programa de Naciones Unidas para el medio ambiente. Además, se han creado otras organizaciones menores más especializadas sobre riesgos específico como el Cambio Climático, el problema del agua y la desertificación o la protección de la biodiversidad. En este contexto podemos destacar la Organización Mundial del Medio Ambiente.

3 El medio ambiente como valor Jurídico en la Unión Europea

La primera incorporación de la cuestión ambiental en los tratados constitutivos la encontramos tempranamente con los Tratados de Roma de 1957. De este modo, el interés por la materia por parte de la Unión se adelanta a la famosa declaración de Estocolmo, aunque caminará en gran medida de la mano de la mano de otras organizaciones internacionales, particularmente Naciones Unidas y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

En la estructura original del tratado de las Comunidades no se previa referencia alguna al ambiente, y durante más de dos lustros la atención del legislador europeo se reservó a tutelar el ambiente sólo desde la (por otra parte muy importante) perspectiva económica del mismo. En este sentido tenemos la directiva 67/548/CEE de 27 de junio de 1967, actual reglamento 1272/2008 referido a sustancias peligrosas ante la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales. Otro ejemplo es la directiva 70/220CEE de 20 de marzo de 1970, actual Reglamento 715/2007 de 20 de junio, relativa a contaminación atmosférica.

En una segunda fase, durante los años sesenta, momento en el que las medidas internas de carácter ambiental en países como Estados Unidos ya estaban plenamente consolidadas, se produce la creciente colaboración a nivel internacional. Aquí tenemos el nacimiento de la Conferencia de Estocolmo de 1972, y los primeros programas de acción. De hecho, el recurso a los programas de acción se sigue utilizando, siendo adoptado el vigente a través de la Decisión de Parlamento y consejo 1386/2013.

La declaración expresa y plena con la que se asume la materia ambiental como valor jurídico de la Unión podemos considerar que es con el Acto Único Europeo de 1986, de hecho incorporado en el Tratado de las Comunidades con un título específico

destinado a la tutela del ambiente, los otrora artículos 130R, S y T, actuales 191 a 193 del TFUE. Supone la primera vez que se configura una normativa específica para el ambiente y con ello se definen objetivos, principios e instrumentos de actuación comunitaria. A partir de este momento, los sucesivos Tratados mantendrán o aún atribuirán mayor importancia a la materia hasta el punto de poder considerarla como una auténtica política comunitaria.

De hecho, dentro del actual sistema de toma de decisiones, el artículo 192 del TFUE establece los procedimientos disponibles para desarrollar esta política. Las acciones para desarrollar los objetivos del artículo 91 (por procedimiento ordinario), en base al cual, por ejemplo, ha sido creada la Agencia Europea del medio ambiente- También mediante el procedimiento ordinario se aprobarán los programas de acción general. Para adoptar disposiciones de sectores específicos, dependiendo del sector encontramos disposiciones fiscales, sobre recursos hídricos y fuentes de energía (por unanimidad, aunque facilita acordar la decisión mediante el procedimiento ordinario).

Una mención especial merece el tratamiento europeo de la fiscalidad como forma de protección ambiental al que acabamos de hacer referencia. Es asumido por el artículo 2.2 del Reglamento 691/2011 relativo a las cuentas económicas europeas medioambientales, define impuesto ambiental como aquel que recae sobre “algún material que tiene un impacto negativo, comprobado y específico sobre el medio ambiente y que se identifique como un impuesto en el Sistema Europeo de Cuentas”, a lo que podemos añadir diferentes informes y trabajos como el de Eurostat relativo a los impuestos ambientales como guía estadística y ejemplo de uso.

La razón de este interés de la Unión en el ámbito concreto de la fiscalidad ambiental es el riesgo general de la fiscalidad, y particularmente de la fiscalidad ambiental, para introducir distorsiones en el mercado

interior y, bajo la cobertura del establecimiento de un impuesto ecológico, se esconda en realidad una intencionalidad de carácter proteccionista por parte de ese Estado. Temática que nos lleva, una vez más, a la constante reiteración (aunque imposible en la práctica) de la necesidad de integración de la esfera fiscal y tributaria en la Unión.

Además de configurarla como política propia, debemos considerar que el propio Tratado establece que debe ser integrada en otras políticas con el objetivo de lograr un crecimiento sostenible.

De este modo llegamos a la situación vigente, como materia regulada dentro del Título XX del TFUE, artículos 191 a 193 en las que se señalan objetivos (salvaguardia, tutela y mejora de la calidad del ambiente, protección de la salud humana, utilización racional de los recursos naturales, promoción en el plano internacional de medidas destinadas a resolver los problemas ambientales a nivel regional o mundial y, especialmente, a combatir el cambio climático), así como un conjunto de principios inspiradores.

Los principios son enunciados en el artículo 191.2 y son el principio de acción preventiva, el principio de la corrección de los daños ambientales el principio quien contamina paga y el principio de precaución.

El principio de acción preventiva obliga a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir efectos nocivos en el ambiente bajo la concepción de que es más rentable económicamente evitar los daños que recuperar la situación inicial. Este principio de acción preventiva es desarrollado de forma específica en la directiva 2011/92/UE, por la que se prevé que las principales actividades estén sujetas a una valoración del impacto ambiental como requisito previo a la realización del proyecto (agrícola, industrial o de infraestructuras). Este procedimiento se vio reforzado a través de la incorporación de la Valoración ambiental estratégica con la que se analiza de forma preventiva los efectos que puedan producir en el ambiente la realización de ciertas actividades.

El principio de la corrección del daño ambiental impone la obligación de eliminar de forma inmediata cualquier fuente de contaminación una vez que se detecte la existencia de daño ambiental. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión ha en diferentes ocasiones señalado que podría suponer una limitación a la libre circulación de bienes y mercancías, aceptando (por ejemplo en la causa C-2/90).

El principio quien contamina paga, por la que se establece la obligación a quien produzca un daño ambiental a eliminar a su costa los efectos y resarcir dicho daño a la comunidad. De hecho, este principio procede de la influencia de otras Organizaciones Internacionales y particularmente de la Recomendación 74/436 a la que haremos referencia al hablar de la acción exterior.

Finalmente, el principio de precaución nace como creación jurisprudencial ante la epidemia de las “vacas locas”. Ante la petición de Reino Unido y varios granjeros, para dejar sin efecto por contrario al libre intercambio de bienes y mercancías la suspensión cautelar de importaciones de carne de vacuno, el alto Tribunal utiliza este principio por primera vez para generar una nueva excepción, en base tanto a la tutela del ambiente como (y sobre todo) a la protección de la salud pública. (entre otras muchas la causa C-157/96).

Esto nos conduce a realizar un apunte de la acción exterior en este ámbito, puesto que las Comunidades Europeas ya asumieron en la segunda fase (de los años 60) el desafío ambiental planteado en otros foros internacionales (ONU Y OCDE fundamentalmente), manifestándose en la Declaración de las Comunidades de 1973 y reiterado por la Recomendación 74/436 del Euratom. En estas declaraciones se aceptan principios que se configuran como rectores de la política ambiental, como el ya citado “quien contamina paga”. (un principio que, sin embargo, ha recibido críticas de una parte de la doctrina (Rozo Gutiérrez 2013 o Alonso González (1995) por considerar que este principio supone aceptar la actividad

contaminante y resulta, en muchas ocasiones, insuficientemente desalentadora de la generación del daño.

De este modo podemos observar la participación de la Unión Europea en los principales acuerdos internacionales de carácter ambiental, entre los que cabe destacar el importante Tratado para la protección de la Diversidad Biológica de 1992, y que supuso expandir a nivel mundial la protección del medio ambiente en general y de la biodiversidad en particular.

Su importancia nos conduce a analizarlo brevemente.

4 El Convenio ONU para la protección de la biodiversidad

El Convenio de Naciones Unidas para la protección de la biodiversidad tiene su punto inicial de partida en la Conferencia de Nairobi de 1992, en la que se adopta el texto sobre la Convención. El 5 de junio de ese año se iniciaría la Convención de Río intitulada como Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, entrando en vigor el texto del tratado el 29 de diciembre de 1993. Constituye un paso clave en la conservación de la diversidad biológica, la sostenibilidad y el uso equitativo de las fuentes genéticas; pero es fundamental un análisis más detallado de un texto que sigue vigente, a partir del cual poder establecer si se producen avances o retrocesos.

El objeto del documento con carácter general podemos centrarlo en la cooperación internacional (art. 5) dirigida a la protección de la biodiversidad, “desarrollar capacidades científicas, técnicas e institucionales para lograr un entendimiento básico que permita planificar y aplicar las medidas adecuadas”, esto es, un intercambio de información científica y técnica, así como colaboración, para determinar y atacar las causas de pérdida de la diversidad biológica.

En primer lugar, el Convenio sobre Diversidad biológica de 1992 supone la manifestación de una serie de valores entre los que destaca el

valor de la diversidad biológica como “interés común de toda la humanidad”. Destacan entre sus disposiciones las referentes a la investigación y capacitación (art. 12) o el intercambio de información para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica (art. 17), la cooperación científica y técnica (art. 18).

Debemos destacar también la obligación de facilitar el “acceso a los recursos genéticos (15.2) abriendo la puerta a acuerdos internacionales de intercambio de recursos genéticos o de sus beneficios (art. 19), entre los que destaca el Tratado internacional sobre Recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, y se relaciona con la investigación y producción de Organismos Modificados Genéticamente (OMG). La biotecnología se recoge de forma expresa en el art. 16, como la obligación de facilitar a otras partes el acceso a tecnologías pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos, pero se salva la tecnología sujeta a patentes o propiedad intelectual, (asegurando dicha propiedad). Una obligación que queda indeterminada al remitir a la normativa interna y a las negociaciones específicas de cada acuerdo particular. (Note nuestro lector que frente a algunas posiciones contrarias a la investigación genética y al uso de OMG, ningún atisbo existe en la normativa en tal dirección).

Sin embargo, también se señalan algunos aspectos que manifiestan las limitaciones del Convenio. Ya en el preámbulo se afirma “que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos” atribuyéndoles a continuación la responsabilidad “de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de los recursos biológicos”, afirmación que se reitera en el artículo 3, o la afirmación de los derechos soberanos sobre los recursos naturales (art. 15.1). De este modo, los Estados no ceden soberanía alguna ni pierden capacidad de decisión. Esta falta de

cesión se fortalece cuando se señala que las medidas generales de conservación y utilización sostenible las realizará “cada parte contratante, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares” (art. 6), aunque ciertamente impone la obligación de elaborar planes o programas a nivel nacional y la incorporación de la biodiversidad en las políticas públicas nacionales.

Entre las obligaciones que impone este convenio a los Estados firmantes encontramos que buena parte de ellas son indefinidas, ya que están matizadas con expresiones como “en la medida de lo posible” o “con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares”, lo que da amplia libertad de adaptación y discrecionalidad para los Estados y genera una evidente inseguridad jurídica a la hora de poder exigir la aplicación del Convenio aunque tiene el gran mérito de que viene a obligar a los Estados signatarios a establecer una política ambiental (de hecho la aparición de un “ministerio de medio ambiente” se produce en España en 1993, con el Ministerio de Obras públicas, transportes y Medio Ambiente asumido por Josep Borrell y debemos vincularlo a la ratificación del propio Convenio).

Entre otras disposiciones los Estados se obligan a la incorporación de políticas públicas dirigidas a la conservación y sostenibilidad de la diversidad biológica, la identificación de componentes, de riesgos; se obligan a realizar listados de actividades perjudiciales, establecer un sistema de áreas protegidas, regular los recursos biológicos para asegurar un uso sostenible, promover un desarrollo ambiental adecuado, actuaciones de recuperación de ecosistemas, de especies amenazadas. Un conjunto de medidas que podemos configurar como medidas básicas para desarrollar por parte de los Estados una política ambiental.

Mención especial merecen las disposiciones relativas a recursos financieros (art. 20 y ss.) en el que se apunta ya hacia la constitución de la actual categoría de subsidios ambientales al señalar que “cada Parte Contratante se

compromete a proporcionar, con arreglo a su capacidad, apoyo e incentivos financieros respecto de las actividades que tengan la finalidad de alcanzar los objetivos del presente Convenio". Además, establece obligaciones de financiación y apoyo a los países en vías de desarrollo en este ámbito. A estos efectos se crea un mecanismo de suministro de recursos financieros, como subvenciones y préstamos ventajosos (art. 21), siendo dependiente de la Conferencia de las Partes a los efectos del Convenio (órgano que se configura en el propio tratado y al que se atribuye el control y gestión del mismo).

Cabe señalar alguna cuestión llamativa adicional. Así, en el documento, en el preámbulo establece que "no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza", que debemos relacionar, evidentemente, con el calentamiento global, en un momento en el que la propia Convención de Río trata sobre el cambio climático.

También resulta llamativa la articulación de un sistema de resolución de controversias configurando una norma en cascada que establece en su tercer nivel una peculiar *fork clause* o cláusula encrucijada, por la que el Estado parte deberá elegir un sistema de solución obligatorio (27.3), finalizando con la conciliación como procedimiento de cierre del sistema. Este sistema sería la vía para sancionar posibles incumplimientos, pero, dada la generalidad de las obligaciones que se establecen así como la ausencia de sanción por incumplimiento, estamos ante un tratado que descansa plenamente sobre la voluntad de los Estados.

Finalmente, debemos destacar la articulación de un sistema para avanzar en la protección ambiental. Es la incorporación de un instrumento de avance a través de los protocolos, (arts. 28 y ss.) por las que el propio tratado podrá modificarse a través de este instrumento. Estas modificaciones vía protocolo, (como es habitual en el Derecho internacional) deben ser nuevamente

aceptadas por cada uno de los Estados, pero se incorporan directamente al Convenio (art. 30), hasta el punto de que una parte no podrá formar parte de un protocolo sin aceptar el Convenio (art. 32). Dentro de esta tipología contamos con el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología o el Protocolo Nagoya sobre recursos genéticos.

También podemos destacar planes estratégicos para la biodiversidad (2011-2020 por ejemplo) o el plan estratégico a largo plazo denominado "Visión para 2050" con las "metas de Aichi" para la diversidad biológica (por las que se establecen cinco objetivos: abordar las causas subyacentes de la pérdida de diversidad biológica mediante la incorporación de la diversidad biológica como política transversal, reducir presión directa sobre diversidad y promover su uso sostenible, mejorar la situación de la diversidad biológica salvaguardando los ecosistemas, las especies y la diversidad genética, aumentar los beneficios de la diversidad biológica y los servicios de los ecosistemas para todos y mejorar la aplicación a través de la planificación participativa, la gestión de los conocimientos y la creación de capacidad).

Sería demasiado prolijo enumerar todas las políticas que distintas organizaciones internacionales han desarrollado que se relacionan con el objeto de este convenio (y que se apoyan en él directa o indirectamente) y su Conferencia de partes, que culminan hoy en la Agenda 2030 de la Asamblea General para el desarrollo sostenible.

Así, el gran mérito del Convenio de 1992 fue impulsar en todos los Estados signatarios políticas ambientales en sus territorios y la incorporación universal del Medio ambiente como bien jurídico digno de protección a nivel global y ha configurado un foro intergubernamental permanente para la protección ambiental integral. De hecho, el gran triunfo es lograr esos objetivos sin exigir renuncias de soberanía ni establecer sistemas coactivos más allá del procedimiento de resolución de controversias al que hemos

hecho referencia. Ni se cede soberanía, ni se establecen obligaciones concretas, ni un sistema de sanciones en caso de incumplimiento ni es necesario atribuir a un órgano las competencias de ejecución de esas sanciones... Todo descansa en el viejo principio del voluntarismo internacional.

Así, tanto por la presencia de la Unión en este convenio (única organización internacional firmante del mismo), como por la producción normativa que lo asume como punto de referencia, o como por la incorporación de buena parte de los programas ambientales que desarrolla Naciones Unidas desde perspectiva Europea, por ejemplo la "EU biodiversity strategy for 2030" que va de la mano de la Agenda para el desarrollo sostenible 2030, o el proyecto 2030 en materia de biodiversidad y protección de los océanos.

5 Las Políticas Ambientales de la Unión

Desde la configuración que acabamos de ver podemos considerar como hace Martinelli (2019) que la Política Ambiental de la Unión está constituida de un conjunto de medidas cuyo objetivo es la protección del ambiente, con una noción amplia de ambiente en la que se incluye el agua, el aire, el suelo, la fauna y la flora, el territorio o los espacios naturales. Incluso, el paisaje podemos considerar que forma parte del mismo.

De este modo, más que una política ambiental estamos ante un ámbito que, por sus características, se configura como un elemento transversal de las restantes políticas de la Unión. Un factor a tener en cuenta a la hora de desarrollar las restantes políticas que viene definido en este mismo sentido por el artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión al afirmar que "las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible".

Este artículo 11 del Tratado de Funcionamiento vigente supone la declaración de la aspiración de un crecimiento económico sostenible, pero pueden plantearse dudas de qué podemos entender como tal. La definición de "desarrollo sostenible" que podemos asumir en el plano internacional podemos identificarla con la establecida en el informe Brundtland de 1987. En este informe de Naciones Unidas, con base en la resolución 38/161 de la Asamblea general, volvemos a encontrar la afirmación de la conexión entre el desarrollo y el ambiente, así como la imposibilidad de separar ambas esferas. En este contexto, desarrollo sostenible lo podemos entender como la administración de los recursos del medio ambiente de modo que se asegure un progreso humano y una supervivencia duraderas, que aseguren la sostenibilidad del presente y de las futuras generaciones (Brundtland G. H. (pres) p. 16).

Esta declaración ha conducido, como ámbitos propios de la política ambiental de la Unión varios sectores de intervención. Particularmente: la contaminación atmosférica y del agua, el tratamiento de los desechos, la protección de fauna y flora o la contaminación acústica.

Frente a la contaminación atmosférica la Unión ha adoptado la Convención sobre la contaminación atmosférica a larga distancia en 1979, y que llevó a instituir el programa EMEP, dirigido a controlar el transporte por el movimiento natural de la atmósfera a grandes distancias de sustancias contaminantes. Así, se prevén medidas dirigidas a reducir la concentración de plomo en la atmósfera que condujo a la obligación de incorporar catalizadores en los vehículos de automoción. Más actualmente, y en el mismo sentido, tenemos la regulación de los clorofluorocarbonados (CFC), regulados mediante los Reglamentos 1005/2009 y 1088/2013.

En materia de desechos y basuras cabe destacar directivas como la 2008/98 modificada mediante el Reglamento

1357/2014. Establece un marco normativo dirigido a proteger el ambiente y la salud humana previniendo o reduciendo los impactos negativos de la producción y de la gestión de los residuos, incluyendo un paquete de medidas entre las que podemos citar el fomento del reciclaje.

En materia de fauna y flora sobresale la directiva 92/43 CEE “Habitat”, con la que se crea la red natura 2000, así como el Reglamento 338/97, “Cites”, por el que se establece la protección y conservación de especies animales o vegetales silvestres en vía de extinción, o el Reglamento 995/2010, referente a aprovechamientos forestales, o el Reglamento 1523/2007 contra el comercio de pieles de gatos y perros y de los productos que los contengan. La Directiva 2009/147/CE persigue proteger los pájaros, reduciendo las especies cinegéticas, o la Directiva 2010/63/UE sobre la protección de los animales utilizados con fines científicos.

La contaminación acústica es acaso la última de las políticas específicas y está regulada por el Reglamento 1137/2008, por la que se determina y se gestiona los problemas de ruido. Aspectos que afectan a aeropuertos (Directiva 2002/30/CE) y en el afán de evitar un aumento generalizado de los niveles de ruido.

En relación con la contaminación del agua podemos destacar la directiva 2006/11/CE con la que se intenta impedir el vertido de sustancias particularmente dañosas, así como a reducir la concentración de otros elementos menos peligrosos. La directiva 2000/60 configura un marco común para la acción de la Unión en materia de aguas desde la aspiración de contribuir a garantizar la calidad de las aguas superficiales y subterráneas, reducir la contaminación del agua, proteger las aguas territoriales y marinas o cumplir acuerdos internacionales dentro de esta materia.

De hecho, hacer referencia a la importancia de los Acuerdos internacionales, (aunque ya apuntada) manifiesta la coordinación de esta política con el ámbito internacional. Así, la

Convención marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático llevó a la aprobación de los Acuerdos de París, generando un plan de acción global dirigido a frenar el calentamiento al que se incorpora la Unión.

Pero como ya hemos señalado, la materia ambiental goza de una fuerte transversalidad, y tomamos como ejemplo la protección del medio marino que está en estos momentos en proceso de ser aprobada en Naciones Unidas.

6 Un ejemplo de transversalidad: Política pesquera y protección de los océanos

La política pesquera de la Unión tiene su fundamento en un área notablemente alejada (a priori) de lo ambiental. Sus productos están incluidos dentro de los enumerados en el artículo 38 TFUE como sometidos al mercado interno y, por tanto, sujetos a una política común.

Debemos tener presente que esta política, al igual que la Política Agrícola Común, se configuran en cuando al sector primario de la Unión como forma de evitar distorsiones y, particularmente, que el mercado interior sufra de desequilibrios o, dada la libre competencia, se produjesen distorsiones artificiales de los precios y la pérdida adquisitiva de los trabajadores de estos sectores.

Entre sus objetivos fundamentales encontramos cuestiones como asegurar una renta adecuada a los trabajadores del sector, garantizar la estabilidad de los precios, asegurar un precio razonable para los consumidores, pero también otros como garantizar a todos los pescadores el libre acceso, en condiciones iguales, a todas las zonas de pesca de la Unión, la gestión racional y la conservación de los recursos piscícolas.

Esta cuestión, disciplinada en el Reglamento 1380/2013 desde el objetivo de hacer de la pesca una actividad sostenible ambientalmente junto a lograr unos niveles económicos adecuados para sus trabajadores. En este contexto se crea el FEAMP o Fondo

européico para asuntos marítimos y pesqueros (Reglamento 508/2014) junto a otros.

Sin entrar en más detalle en lo que al régimen de la política pesquera común se refiere, cabe señalar que esta regulación del ámbito marino constituye, desde la perspectiva ambiental, una de las más avanzadas del mundo.

En este sentido, consideramos fundamental relacionar la política pesquera de la Unión con el tratado para proteger los océanos y la biodiversidad en alta mar que está (mientras se escriben estas líneas) en proceso de elaboración en Naciones Unidas.

Nos referimos al nuevo proyecto de Convenio de 2020 sobre diversidad, subtítulo "más allá de las fronteras nacionales".

Es un convenio que ya había sido reclamado desde algunos foros (Greenpeace 2019) señalando entre las principales amenazas los plásticos, el comercio y la pesca y explotación del fondo marino. Pero sin duda destacan algunos textos, aunque no vinculantes y que forman parte del *soft law* comunitario, de la Unión Europea. Ámbito en el que encontramos variedad de dictámenes, conclusiones y documentos, (habitualmente de carácter no vinculante, por eso hablamos de *soft law*) emitidos por tanto por Consejo, Comisión como Parlamento europeo. Podemos destacar en este sentido la "Resolución del Parlamento Europeo de 16 de enero de 2018 sobre la gobernanza internacional de los océanos: una agenda para el futuro de nuestros océanos en el contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para 2030", los informes de situación de la política marítima de la Unión o las Conclusiones del Consejo de 24 de marzo de 2017 sobre "Gobernanza internacional de los océanos, una agenda para el futuro de los océanos".

También la OCDE ha manifestado interés en este ámbito con la publicación de listas de contaminantes cuyo uso se desaconseja, o varias publicaciones referentes a la necesidad de explotar los océanos de forma más sostenible (OECD 2020 OECD 2016,...).

El nuevo proyecto podemos destacarlo porque se configura, al menos aparentemente, como un Convenio separado del Convenio referido sobre biodiversidad (recordemos la posibilidad de configurarse como protocolo del primero). No obstante, pervive la opción de que se configure como un protocolo del general de protección a la diversidad de 1992, o que las funciones relativas al mismo sean asumidas por la misma secretaría ya creada por el Convenio de 1992. De este modo se evitaría la creación de una autoridad adicional a la citada (con sede en Montreal) y la coordinación más plena entre ambos objetivos. Sin duda, destacarlo como un Convenio propio tiene por objeto realzar la importancia que tiene regular los océanos, aunque la vinculación con el Convenio sobre biodiversidad de 1992 se manifiesta imprescindible.

La necesidad y justificación de este nuevo Convenio, específico sobre el ámbito marino, está en las limitaciones que supone el Convenio de 1992, ya que éste se limita a obligar a los Estados a adoptar una serie de políticas y actuaciones de protección sobre su propio territorio, pero, precisamente por esta razón, quedaban al margen los amplios espacios marinos más allá del mar territorial, zona económica exclusiva o plataforma continental.

Dando por conocidos estos conceptos jurídicos que delimitan la soberanía de los Estados ribereños en el ámbito marino, queda manifiesto que una ingente superficie quedaba desprotegida del primer convenio. Aquí está la gran importancia de este proyecto.

Desde la perspectiva fiscal debemos considerar la relevancia que está adquiriendo, como herramienta de gestión ambiental, pero también con gran potencial desde la perspectiva de la fiscalidad, la creciente creación de Catastros marinos. Una nueva tipología catastral que permite gestionar y dar seguridad jurídica a la posible expansión de la actividad económica a los océanos.

La regulación de los espacios marinos constituye sin duda uno de los temas clásicos del Derecho Internacional público, con la introducción con el principio de libertad de los mares introducido en el siglo XVII para limitar abusos y garantizar el comercio. Es precisamente el comercio marítimo una de las áreas que más atención reciba, con el Convenio sobre Derecho del Mar que aspira a asegurar el uso pacífico, cooperativo y jurídicamente definido de los mares y océanos. Con la exploración submarina, a partir de mediados del siglo XX, surgen nuevas necesidades de delimitar posibles derechos de explotación de los fondos marinos, con la consiguiente creación del Comité de Naciones Unidas sobre los Fondos Marinos, o la prohibición de uso de armas nucleares en éstos, culminando en la Conferencia de Estocolmo por la que los recursos más allá de las jurisdicciones nacionales son patrimonio (teórico) de toda la Humanidad.

En 1982 se aprueba la Convención de los Derechos del Mar que resuelve muchos problemas del momento, como es la libertad de navegación, fija los límites territoriales del mar a 12 millas, las zonas económicas exclusivas a 200 millas, crea normas para regular los derechos a la explotación de la plataforma continental a 350 millas (aquí de hecho se produce una divergencia entre el concepto geográfico de plataforma continental y el concepto jurídico) crea una autoridad internacional de los fondos marinos o busca establecer mecanismos de resolución de conflictos entre Estados.

Pero una vez más, y salvo algunas cuestiones puntuales sobre explotación o pruebas nucleares, la materia ambiental queda al margen de esos textos. Ciertamente existen otros tratados, como el Convenio de Oslo, el Convenio OSPAR o el convenio de Barcelona. Debemos destacar, sin duda, por su paralelismo al proteger el mar internacional, el Tratado de Londres de 1996, (en vigor desde 2006) relativo a vertidos de buques .

Pero la principal vía de protección de mares y océanos la encontramos en los Convenios y

planes de acción de carácter regional desarrollados habitualmente en el marco del Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA). Son Convenios en los que participan los Estados ribereños geográficamente localizados y que disciplinan objetivos ambientales sobre esos ámbitos; Sin embargo, no deja de ser paradójica la existencia de unos convenios que regulan un ámbito sobre el que, siguiendo el tratado de Derecho del mar citado, excede del ámbito de soberanía de éstos.

Con estos planes de acción regionales se intenta atajar la degradación de océanos y zonas costeras a través de la colaboración de los Estados ribereños, es decir, a través de la coordinación y la adopción de medidas comunes. Su importancia en mares como el Mediterráneo es absoluta, por la cercanía de ambas Riberas. Este proyecto comenzó en 1974 y ha supuesto hasta el momento la única actuación decidida desde Naciones Unidas para proteger los hábitats costeros y el ambiente marino. Actualmente suman 18 planes regionales. Éstos podemos dividirlos en dos categorías, los administrados por Naciones Unidas, entre los que encontramos: Caribe, Este asiático, África oriental, y Occidental, Mediterráneo, Pacífico Noroeste y mar Caspio; y los no administrados por Naciones Unidas: Mar Negro, Pacífico Nordeste, Mar Rojo y golfo de Adén, Mar de Arabia (mejor zona marina ROPME, por las siglas de la organización regional de protección del ambiente marino que rodea la península arábiga), mares del sur, Pacífico sudeste y Región pacífico. A estos podemos añadir programas regionales independientes, referidos a las regiones ártica y antártica, mar báltico o Atlántico Nordeste.

Sin entrar en estos programas (cosa que hacemos en otro lugar), cabe destacar cómo los mismos vienen a configurar sistemas de gestión compartida y colaboración en materia marítima ambiental que se manifiestan como menos avanzados que la política pesquera común. Ésta, goza de unas competencias cedidas por los Estados soberanos que muy

difícilmente se logran en este tipo de acuerdos y programas regionales e imposibles se antojan a nivel global. Es por ello conveniente destacar la fuerte utilidad de la estructura marco de la Unión en materia de política pesquera como herramienta de gestión y protección de los océanos a nivel regional.

Pongamos como ejemplo el programa especial de la región Pacífico sudeste, programa creado en 1952 por Chile, Ecuador y Perú y al que se adhirió posteriormente Colombia. Acaso uno de los aspectos más destacables es la articulación en su seno de un Plan Operativo dirigido a la conservación y ordenamiento de los recursos pesqueros, con el ánimo de la conservación de ciertas especies (tiburones, rayas y quimeras). En este programa tendemos a atisbar un modelo incipiente de lo que en la Unión Europea constituye la política pesquera común (entre cuyos objetivos fundamentales volvemos a encontrar la conservación y racionalización de la explotación de los recursos pesqueros), pero, a diferencia de la Unión, fuera de estructuras de integración (y a pesar de que podría activarse la Comunidad Andina de Naciones en este caso concreto), y manifiesta algunas diferencias en las fórmulas utilizadas para lograr los mismos objetivos.

En definitiva, este ejemplo manifiesta una vez más la estrecha relación entre medio ambiente y desarrollo económico (más o menos sostenible). Buscamos trazar así un paralelismo entre este acuerdo regional y sus objetivos con el nacimiento de la Política Pesquera Común de la Unión Europea, que nace en 1983 cuyo objetivo es la conservación de los recursos pesqueros. Es evidente que la regulación europea de la materia es más extensa, al disciplinar los productos de mercado con normas de calidad relativas a talla, peso, embalaje, presentación o etiquetado (cuestiones que podrían distorsionar el mercado interior si no se regulase debidamente), así como la fijación de capturas máximas, sistema de precios adaptado al precio de mercado, así como importaciones del exterior controladas en

función de la demanda o la creación de un fondo europeo para asuntos marítimos y pesqueros (Reglamento 2017/1787). Pero la Comisión Permanente del Pacífico Sur, como sistema marítimo regional y alianza entre países, podría configurarse como una interesante vía alternativa para avanzar en la integración económica de los países que lo conforman y como forma de intensificar su peso específico en el área Pacífico.

7 Conclusiones

Podemos considerar la política ambiental de la Unión Europea como una política autónoma, aunque con importante influencia en otros ámbitos. Es por ello que afirmamos el carácter transversal de la protección ambiental y el desarrollo sostenible, con el que esta perspectiva se hace común a otros sectores. De este modo tenemos unos sectores propios de la política ambiental, como la contaminación atmosférica, la contaminación del agua, los desechos, la protección de fauna y flora o la contaminación acústica. Pero impacta en otras políticas autónomas como la política de la Energía, en la Política Agrícola Común o, como hemos desarrollado más en detalle, en la Política pesquera común. Además, el desarrollo de la fiscalidad ambiental o fiscalidad verde, con la creación de nuevos tributos con finalidad extrafiscal, también impacta en este ámbito.

En este último análisis cabe destacar cómo la Unión se configura como una herramienta de primer nivel a la hora de lograr la colaboración de los Estados en la consecución de la protección ambiental. Así, la política pesquera como herramienta de protección de los recursos pesqueros, consideramos resulta un buen ejemplo de cómo un ámbito que actualmente se está intentando proteger mediante la adopción (al momento de escribir estas líneas todavía en proceso) del Nuevo tratado sobre diversidad en alta mar y de una importancia que excede de las presentes líneas y merece un trabajo específico.

De este modo, el análisis de la política ambiental de la Unión Europea constituye en

gran medida el análisis del nacimiento de un valor jurídico a proteger, manifiesta la mutabilidad de los valores jurídicos y fundamenta una concepción del Derecho desde la axiología jurídica en dinámica histórica. En un proceso en el que se abren nuevas e importantes vías de desarrollo, como la construcción de un catastro marítimo a nivel europeo, que cubra las aguas jurisdiccionales de los Estados miembros.

ecología integral y Medio Ambiente, UCAM: p. 437-460.

PIGOU, ARTHUR. CECIL., (2002). *The Economics of Welfare*, 1º ed. New York: Routledge.
<https://doi.org/10.4324/9781351304368>

Referencias

ECHEITA, GERARDO. (2008). Inclusión y exclusión educativa. “Voz y quebranto”. *REICE. Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 6 (2), pp. 9-18.

MARTINELLI, FRANCESCO. (2019). *Le politiche dell'Unione europea*. Alexandria, Napoli: Gruppo editoriale Simone.

BRUNDTLAND, GRO. HARLEN. (pres.) (1987). Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo “Nuestro futuro común”, A742/427, 4 agosto 1987, Asamblea general de Naciones Unidas, Cuadragésimo segundo período de sesiones.

LIZANA AVIA, MIGUEL. (2007), Fauna y conservación de la naturaleza en España: una visión histórica. En Ramos Castellanos, P. (coord..) (2007), *Uso eficiente y sostenible de los recursos naturales*. Salamanca: Universidad de Salamanca.

MAZURIER, PABLO. ANDRÉS., DELGADO MORÁN, JUAN. JOSÉ., PAYÁ-SANTOS, CLAUDIO. AUGUSTO. (2020). The meta-tragedy of the Commons. Climate change and the securitization of the Arctic region. En J. Ramírez & J. Biziewski (Eds.), *Security and Defence in Europe. Advanced sciences and technologies for security applications*. (pp. 63-74). Springer.
https://doi.org/10.1007/978-3-030-12293-5_5

MUÑIZ PÉREZ, JULIO. CESAR. (2016). Los impuestos ambientales como instrumento de protección del Medio ambiente. En *Actas Congreso Internacional Laudato Sí de*