

27 DE SEPTIEMBRE DE 2023

**ACTAS DE LA JORNADA
DERECHOS FUNDAMENTALES Y SEGURIDAD**
ORGANIZADA EN EL MARCO DE LAS AYUDAS A CONGRESOS, JORNADAS Y SEMINARIOS (2023)
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

DIRECTOR: PABLO FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO
SECRETARIA: M^ª ÁNGELES CANO LINARES
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

DERECHOS FUNDAMENTALES Y SEGURIDAD

Miércoles 27 de septiembre 2023

Aula 164 Edificio Departamental

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Campus de Vicálvaro-Madrid

Dirección: Pablo Javier Fernández de Casadevante Mayordomo

Secretaría: M^a Ángeles Cano Linares

ACTAS DE LA JORNADA: DERECHOS FUNDAMENTALES Y SEGURIDAD

ÍNDICE

PRESENTACIÓN DE LAS ACTAS DE LA JORNADA DERECHOS FUNDAMENTALES Y SEGURIDAD

PABLO JAVIER FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, págs. 5-6.

PONENCIAS

PABLO JAVIER FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO

- El control de los flujos migratorios irregulares como elemento integrante de la seguridad del Estado: la polémica en torno a las “devoluciones en caliente” en España, págs. 7-10.

GABRIELA C. COBO DEL ROSAL PÉREZ

- Aproximación histórica a los delitos contra la Constitución, págs. 11-18.

ANA I. CARRERAS

- Convulsión en España en el ejercicio de la interpretación legislativa, págs. 19-24.

LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN

- Menores delincuentes: acerca de la Ley 5/2000, de 12 de enero, págs. 25-31.

JUAN ANTONIO SUÑÉ

- Telemedicina como instrumento implementación del derecho a la salud, págs. 32-38.

ROCÍO PARICIO DEL CASTILLO

- Vulneración derechos de la infancia tras la irrupción de la pandemia de Covid-19, págs. 39-45.

ACTAS DE LA JORNADA: DERECHOS FUNDAMENTALES Y SEGURIDAD

PRESENTACIÓN DE LAS ACTAS DE LA JORNADA DERECHOS FUNDAMENTALES Y SEGURIDAD

Quisiera con estas breves notas preliminares, presentar las Actas de la Jornada Derechos Fundamentales y Seguridad integrada por los participantes del libro que tenemos previsto publicar entre todos en la Editorial Dykinson S.L.

La presente Jornada tiene como finalidad principal el debate académico previo a la elaboración del mencionado libro. El amplio tema propuesto permite que se lleve a cabo a través de un enfoque multidisciplinar que reúne a profesionales de distintas ramas del saber: que incluyen el jurídico y el científico sanitario. De tal modo que se incorporan además de juristas, profesionales del ámbito sanitario que se dedican a concretar la defensa y promoción de los derechos fundamentales precisamente cuando estamos en menor disposición de defendernos. Este enfoque multidisciplinar no es la primera vez que lo realizamos la mayoría de los participantes de esta Jornada, aunque sí la primera que lo hacemos bajo mi dirección. Muchos de los participantes en esta Jornada y en el próximo libro que tengo el privilegio de dirigir como resultado de esta Jornada, ya hemos colaborado anteriormente durante la pandemia en la V Edición del Congreso Internacional “An Education for All” en el año 2021 y que culminó con la elaboración de la obra colectiva *Derechos Fundamentales en Estado de Alarma: una aproximación multidisciplinar* publicada por la editorial Dykinson S.L. bajo la dirección y edición respectivamente de dos compañeros de esta casa, Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez y Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado.

La dificultad real de reunir con carácter presencial a los participantes de la mencionada obra colectiva a fin de informarnos recíprocamente del avance de los trabajos que preceden a la publicación de nuestras investigaciones ha sido suplida por el encomiable esfuerzo de todos los participantes a quienes agradezco la puntualidad y esmero en hacernos llegar sus ponencias. Particularmente debo dar las gracias a la Secretaria de la Jornada, Dña. M^a Ángeles Cano Linares, profesora titular de Historia del Derecho Internacional Público de esta Universidad, a quien debo agradecer los esfuerzos realizados para la correcta recepción y difusión de las notas informativas, programas y ponencias a fin de que esta Jornada se celebrara convenientemente en tiempo y en forma.

El criterio que se ha seguido a la hora de ordenar las Actas, al igual que se hiciera en el programa y desarrollo de la Jornada, ha respondido en primer lugar a favorecer la presencialidad de los participantes, la inmediatez

ACTAS DE LA JORNADA: DERECHOS FUNDAMENTALES Y SEGURIDAD

del diálogo y las posibilidades reales del visionado de las ponencias en directo o en diferido. Este criterio es el que ha determinado dicho orden que, en segundo lugar, se ha combinado con el criterio que ordena las ponencias por materias. El carácter multidisciplinar de los trabajos ha permitido que ello fuera posible. Condicionados por dichas posibilidades reales desde un prisma netamente jurídico se abordan los siguientes temas: Pablo Javier Fernández de Casadevante Mayordomo. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad Rey Juan Carlos, "El control de los flujos migratorios irregulares como elemento integrante de la seguridad del Estado: la polémica en torno a las "devoluciones en caliente" en España"; Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez. Profesora titular de Historia del Derecho y de las Instituciones, Universidad Rey Juan Carlos, "Aproximación histórica a los delitos contra la Constitución"; Ana I. Carreras. Profesora Asociada, Universidad Rey Juan Carlos; Leyre Sáenz de Pipaón del Rosal, C.U.N.E.F. Universidad, "Menores delincuentes: acerca de la Ley 5/2000, de 12 de enero". Las dos últimas ponencias tratan de dos temas estudiados desde la medicina: Juan Antonio Suñé, Hospital Central de la Defensa "Gómez Ulla" de Madrid, trata el tema de la "Telemedicina como instrumento implementación del derecho a la salud" y Rocío Paricio del Castillo, Médico Cirujana, Universidad Complutense de Madrid, con su ponencia titulada "Vulneración derechos de la infancia tras la irrupción de la pandemia de Covid-19".

27 de septiembre de 2023, San Vicente de Paúl.

.....

ASILO Y PROTECCIÓN SUBSIDIARIA EN ESPAÑA: ASPECTOS JURÍDICOS CONTROVERTIDOS

PABLO FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO
Profesor Titular de Derecho Constitucional
(Universidad Rey Juan Carlos)

Esta ponencia se centra en el control de los flujos migratorios irregulares en España y, más concretamente, en la figura de las “devoluciones en caliente” o “rechazos en frontera”, en cuanto que mecanismo jurídico objeto de especial controversia a nivel del Derecho Constitucional español y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para comprender el problema en su justa dimensión, lo primero es partir de la Constitución española como la norma doméstica de referencia en la materia. Un Texto que reconoce a los extranjeros el disfrute de “las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley” –artículo 13.1 CE–, excepción hecha de los derechos políticos. Y, es que, “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales” –artículo 13.2 CE–.

A partir de ahí, y en virtud del desarrollo legal obrado sobre dichos preceptos, el estatuto jurídico de las personas extranjeras acaba estableciendo una diferenciación general entre aquellas que cuentan con residencia legal en España y las que no disponen de ella. En cuanto a las primeras, gozan de la gran mayoría de los derechos fundamentales constitucionalizados, a excepción de algunos únicamente disfrutables por los nacionales. En cambio, a las segundas se les reconocen determinados derechos inherentes a la persona pero no otros, empezando por la ausencia del propio derecho a entrar y residir en España –artículo 19 CE–, excepción hecha de los ciudadanos nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea.

Centrándonos en el caso de los extranjeros no comunitarios, su entrada en territorio español se encuentra sujeta al cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 25 LOEx y 4 del Reglamento 557/2011, de 20 de abril. Unas exigencias que, de no ser observadas, justificarán la activación de una serie de procedimientos legales para la salida obligada de la persona extranjera, ello en consonancia con lo establecido en la Directiva

2008/115/CE. Pues bien, dentro de esas figuras destacamos, como ya se ha dicho, la del “rechazo en frontera”, en cuanto que régimen específico aplicable para el control de fronteras en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, según establece la disposición final primera de la LOPSC, por la que se introduce una disposición adicional décima en la LOEx. Una práctica que dificulta claramente la capacidad del derecho de todo extranjero a solicitar protección internacional y en relación con la cual han tenido ocasión de pronunciarse tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional español.

Respecto a lo primero, la decisión de referencia la constituye la STEDH de 13 de febrero de 2020, *Asunto N.D. y N.T. contra España*, dictada por la Gran Sala al analizar la aplicación del CEDH al supuesto concreto planteado. Así, para el TEDH, no existe vulneración de los artículos 4 del Protocolo N.º 4 CEDH –prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros– ni 13 CEDH –derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional– si, como entiende que sucedió en el caso de autos, el Estado ofrece opciones de acceso legal real y efectivo, y los demandantes no las hubieran empleado pese a no concurrir razones de peso que impidieran la utilización de dichos procedimientos –STEDH de 13 de febrero de 2020, *Asunto N.D. y N.T. contra España*, Gran Sala, párrafo 211–. Una solución, la alcanzada por el TEDH, objeto de duras críticas por gran parte de la doctrina, que entiende que tendría que haberse entrado en la disquisición sobre qué debe entenderse por un acceso real y efectivo a los instrumentos legales disponibles, atendiendo para ello a las circunstancias particulares de unas personas extranjeras que, bajo las reglas actuales, difícilmente podrán explicarse si no es ante los tribunales y con un retraso considerable.

En cuanto al control de constitucionalidad efectuado sobre la disposición final primera de la LOPSC, por la que se introduce una disposición adicional décima en la LOEx, el Tribunal Constitucional optó por una sentencia interpretativa que, en contra de lo que cupiera pensar en un principio, no avala las “devoluciones en caliente”, entendidas como entregas inmediatas exentas de todo procedimiento. Por el contrario, lo que el Alto Tribunal hace es condicionar la conformidad a Derecho del precepto al cumplimiento de una serie de condiciones que bien pueden resumirse de la siguiente manera: a) aplicabilidad a las entradas individualizadas; b) control judicial pleno; y c) cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España en la materia –STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8 C)–. A partir de ahí, y dado que, a su parecer, la nueva normativa se limita a indicar dónde deben formalizarse las solicitudes, exigiendo además la existencia de procedimientos de entrada reales y efectivos, para el Alto Tribunal, la disposición adicional décima de la LOEx “en nada excepciona” el régimen jurídico en materia de asilo y protección subsidiaria, al que se encuentra

vinculada la garantía del principio de no devolución –STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8 C)–.

Se trata esta de una decisión que, como en el caso del TEDH, suscita la crítica doctrinal. Fundamentalmente, por pasar por alto la falta de previsión normativa de un procedimiento administrativo concreto que dote de unas garantías mínimas a la devolución de personas extranjeras en la valla, empezando por el propio derecho a solicitar protección internacional – artículo 58.4 LOEx–. De hecho, en esa misma cuestión ha incidido recientemente el Defensor del Pueblo español, que recomienda el desarrollo reglamentario urgente del procedimiento establecido en la LOEx, de conformidad con las tres condiciones generales contenidas en la STC 172/2020, de 19 de noviembre, y a las cuales se acaba de hacer mención.

Concluyo. El mecanismo de las “devoluciones en caliente” se enmarca dentro del reto que para España supone el control de los crecientes flujos migratorios irregulares, fenómeno de una complejidad que se ve acentuada como consecuencia de la posición geoestratégica que ocupa el país, frontera exterior de la Unión Europea y del espacio Schengen. Y si difícil es, ya de por sí, la solución a un problema con tan variadas aristas y respecto del cual los tribunales no han acabado de ser claros, más preocupante aún es el diagnóstico a futuro, dada la inexistencia de una auténtica política común que facilite la solidaridad entre los Estados europeos y que posibilite la articulación de un sistema de protección internacional sensible con el drama migratorio, a la par que sostenible. Muchas gracias por la atención.

BIBLIOGRAFÍA

- Aba Catoira, Ana. “El Tribunal Constitucional avala la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (“Ley Mordaza”): comentario de la STC 172/2020, de 19 de noviembre”, *Revista del Parlamento Vasco*, n.º 2 (2021): 172-189.
- Álvarez Conde, Enrique. y Tur Ausina, Rosario. *Derecho Constitucional*, décima edición. Madrid: Tecnos, 2021.
- Aragón Reyes, Manuel. “¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería”. *Revista Claves de la Razón Práctica*, Madrid, 2001, 11-19.
- Bilbao Ubillos, Juan María. “La llamada *Ley Mordaza*: la Ley Orgánica 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana”. *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 35 (2015): 217-260.

ACTAS DE LA JORNADA: DERECHOS FUNDAMENTALES Y SEGURIDAD

- García Mahamut, Rosario. *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- González Beilfuss, Markus. "El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del derecho público de la inmigración". *Revista catalana de dret públic*, n.º 40 (2010): 1-10.
- González-Trevijano Sánchez, Pedro. *El Estado de Derecho, una perspectiva de Derecho Comparado. España*. Bruselas: Unión Europea, 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/745677/EPRS_STU\(2023\)745677_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/745677/EPRS_STU(2023)745677_ES.pdf)
- Martínez Escamilla, Margarita. "Las «devoluciones en caliente» en el asunto N.D. y N.T. contra España (Sentencia de la Gran Sala TEDH de 13 de febrero de 2020)". *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 78-79 (2021): 309-337.
- Mayordomo Rodrigo, Virginia. "Consecuencias jurídicas para el extranjero derivadas de su estancia irregular y de la comisión de delitos". *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 107 (2012):183-222.
- Palomar Olmeda, Alberto y Vázquez Garranzo, Javier, "El derecho de asilo y la protección subsidiaria", *Tratado de extranjería: aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Coordinado por Alberto Palomar Olmeda y Pablo Benlloch Sanz. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2020: 711-763
- Sosa Navarro, Marta. "Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto N.D. y N.T contra España ante el TEDH", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 67 (2020): 1039-1061.
- Viguri Cordero, Jorge Agustín, "Los procedimientos fronterizos de protección internacional en Ceuta y Melilla: un balance crítico", *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 33 (2020): 1-38.
-

APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LOS DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN¹

GABRIELA C. COBO DEL ROSAL PÉREZ²

Profesora Titular de Historia del Derecho y de las
Instituciones

Universidad Rey Juan Carlos
gabriela.cobodelrosal@urjc.es

Quisiera agradecer al profesor Casadevante su invitación a participar en esta Jornada y felicitarle por reunir en torno a la futura obra colectiva que esperamos finalizar en poco tiempo a especialistas de tanta dedicación. Con la mayoría de los participantes en esta Jornada ya hemos trabajado anteriormente durante la pandemia en un Congreso con el éxito añadido de que nuestro trabajo culminara en una obra colectiva. Celebro sinceramente volvamos a reunirnos y además en mejores circunstancias.

La siguiente reflexión gira, como su título indica, en torno a los delitos contra la Constitución a la luz de su recorrido histórico. Recientemente estos delitos protagonizan un renovado debate político, pues cuando ya parecía para no pocos penalistas que estos delitos habían alcanzado su fecha de caducidad, ayer mismo, en el Congreso de los diputados, el actual presidente del partido popular, el Sr. D. Alberto Nuñez Feijóo, en su discurso ante el pleno del Congreso en el Debate sobre la investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno, anunciaba su intención de introducir en el Código Penal el delito de deslealtad constitucional, en caso de lograr la presidencia, con la evidente intención de modificar de manera sustancial el contenido actual de estos delitos. Sin embargo, se trata éste de un debate político en el que aquí no se pretende entrar. Aquí quisiera focalizar esta comunicación brevemente en tres aspectos que interactúan entre sí: el recorrido histórico de este delito; la metodología y perspectiva con que se abordará el trabajo, y,

¹ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

² Doctora en Derecho. De proyección internacional, cuenta con estancias de formación académica, docentes y de investigación en prestigiosas universidades como la Universidad Karl-Franzens Graz; la Universidad Degli Studi di Milano; la Universidad de Harvard o la Universidad San Marcos. Autora de varios trabajos en materia de codificación penal con visión histórica e Historia del Derecho Penal publicados en editoriales de reconocido prestigio. orcid.org/0000-0001-8515-4743

finalmente de manera sintética las principales claves del interesante y rico debate doctrinal que el tema suscita. Y es que la sola existencia de estos delitos contra la Constitución en la actualidad despierta una controversia doctrinal tocante a la misma naturaleza del Derecho Penal.

Esta investigación parte de tres trabajos precedentes vinculados al estudio del escenario que rodeó a estos delitos contra la Constitución en su primera aparición en la historia de la codificación penal española a través del Código Penal de 1822. Además, otras dos investigaciones en las que he podido trabajar se han centrado más precisamente en los delitos de asociación ilícita, -a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia-, por ser el delito de asociación ilícita actualmente uno de los varios delitos que componen la categoría delictiva de los delitos contra la Constitución. Es por ello que la base de esta reflexión encuentra sus fundamentos en aquellos trabajos y algunas ideas, especialmente las introductorias, se reiteran aquí sin entender ser preciso citarlas expresamente por no ser redundantes³.

Para la aproximación a este tema se exige una previa conceptualización del delito en la Historia a fin de observar cómo se han ido perfilando estos delitos contra la Constitución en el tiempo. Normalmente podríamos partir de la idea de que todos los delitos comprendidos en los Códigos Penales podrían de algún modo ser parte de esta investigación pues, aún estamos lejos de la propuesta de Radbruch por la cual renunciaba a un mejor Derecho penal y aspiraba o ensoñaba con “algo mejor que el Derecho penal”.

Con frecuencia se dice que la potestad de castigar y de juzgar es, probablemente, como describió Montesquieu, de los “poderes” el “más odioso”. Ello porque a través de sus penas ejerce, en palabras de Ferrajoli, una segunda violencia tras la violencia provocada por el propio delito⁴. De modo que, en última instancia, esta punición en sí misma contradice la convivencia pacífica a la que aspira el Estado de Derecho.

³ En tres trabajos de la autora descansa la base de la futura investigación que aquí se plantea: *Bicentenario del Código Penal de 1822. La defensa penal de la Constitución de 1812 en su contexto histórico institucional*, (Madrid: Dykinson S.L., 2021). El segundo ya enfocado en los delitos de reunión y asociación ilícita con visión histórica que está próximo a publicarse. El tercero recientemente publicado “El delito de asociación ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1972)” en *La jurisprudencia penal en España (1870-1978). Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2023), 91-128. Dicho último trabajo fue realizado al hilo del Proyecto de Investigación “Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: contribución de la jurisprudencia en la evolución de la Parte Especial (1870-1995)” (PID2019-105871GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación” encaminado al estudio de la Jurisprudencia del siglo XIX, dirigido por el profesor Aniceto Masferrer en la Universidad de Valencia.

⁴ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Trotta, 1995, 21.

La más generalizada doctrina penal actualmente observa la actividad punitiva del Estado bajo el principio *restringenda sunt odiosa*, de ahí que haya que procurar las menores restricciones posibles, en palabras de Carbonell Mateu. Desde esta perspectiva es desde la que se plantea continuar analizando estos delitos en la codificación penal española a la luz de su recorrido histórico. Es decir, se plantea continuar estudiando estos delitos sin perder de vista la propuesta de la doctrina penal por la cual se entiende que, si bien ensoñar con algo mejor que el Derecho penal es algo todavía muy lejano, al menos si se pueda aspirarse a un “Derecho penal mínimo”. Esto es, un Derecho Penal que a través de las mínimas intervenciones posibles sea capaz de tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para garantizar las libertades de los ciudadanos⁵.

Como es sabido, el Derecho Penal realiza una primera protección genérica de la Constitución a través de su propia anatomía, con la creación de toda una serie de delitos que acogen un bien jurídico protegido. De modo que todavía hoy resulta muy útil por su claridad expresiva contemplar los delitos que formula el Derecho Penal comportarse como si se tratara del negativo de una fotografía que plasma los Derechos Fundamentales protegidos en la Constitución. En segundo término, también propone una protección a la Constitución a través de la creación de los conocidos como delitos contra la Constitución cuya actual existencia ahora es controvertida.

El tema no resulta tan sencillo de concretar, siendo para ello lo primero que debe hacerse, aclarar el concepto de Constitución que utilizan los Códigos Penales históricos que distan de la concepción histórica de, por citar un ejemplo, Jovellanos, que entendía que la que la mejor Constitución de España, a pesar de ser “imperfecta”, era la de la Media Edad. La codificación en cambio ciñe su concepto de Constitución al artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789⁶. Por lo que debe acoger una mínima relación de Derechos de los ciudadanos así como la división de poderes.

La segunda actividad que entraña la concreción del tema, se evidencia pronto de la revisión rápida de la codificación penal histórica. Pues en esta actividad se observan dos cuestiones que condicionan notablemente la concreción de su objeto: la primera, ya mencionada en anteriores trabajos, es que no todos los históricos Códigos Penales contienen un Título destinado

⁵ Juan Carlos Carbonell Mateu, “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad”, 129-144, en L. Arroyo Zapatero e I. Berdugo Gómez de la Torre, (Dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, (Cuenca: La Mancha Ediciones Universidad Salamanca, 2001), 131. Quien descansa sus afirmaciones en la citada obra de Luigi Ferrajoli, *op.cit.*

⁶ Gaspar Melchor de Jovellanos, “Reflexiones sobre la democracia”, ¿Junio de 1809?. Localizable en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc086q8>

a los delitos contra la Constitución; la segunda es que tampoco todos los que contienen dicho Título definen del mismo modo estos delitos contra la Constitución ni, especialmente, por los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la misma.

Siguiendo exclusivamente su enunciado y atendiendo a la variada gama de delitos con la que se ha ido concretando dicho enunciado “Delitos contra la Constitución” tan sólo los Códigos Penales de 1822, de 1870 y de 1932 recogen expresamente tales delitos. En realidad, el Código penal de 1928 también aludía a ellos del mismo modo, si bien remitiéndose a una futura legislación especial que no llegó a ver la luz, poniendo de manifiesto el más anhelado y truncado sueño de la Dictadura, como lo fue el de legitimar su Gobierno a través de una Constitución.

Los restantes Códigos Penales, a saber 1848/50 y, el Código penal de 1944, de claro signo autoritario, carecían de unos delitos así identificados lo cual no fue obstáculo para que en ellos sí se contemplasen las acciones delictivas que atentan contra el sistema político del Estado y, específicamente, las que conforman actualmente los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de estos derechos.

Dada la variada gama de delitos que ha ido acogiendo esta categoría penal, entendí, como la mejor metodología a seguir, primeramente, acotar el marco histórico y detenerlo en el Código de 1870, y, en segundo lugar, acudir al Código Penal vigente a fin de establecer un marco concreto desde el que partir. Todo ello con la intención de objetivar el tema y rastrear estos delitos con visión retrospectiva el contenido del mismo a lo largo del tiempo. A continuación se recoge aquí la fórmula que escoge el Código vigente:

El actual Código Penal en su Título XXI recoge los delitos contra la Constitución distribuidos a lo largo de seis Capítulos: un primer Capítulo dedicado a la rebelión; un segundo Capítulo destinado a los delitos contra la Corona; un tercer Capítulo acoge los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes a través de dos Secciones que respectivamente destina a los delitos contra las instituciones del Estado Delitos contra la Corona y a la usurpación de atribuciones, respectivamente; un cuarto Capítulo se destina a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas en dos Secciones: la primera destinada a regular los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Y la segunda destinada a los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos, la segunda. El quinto Capítulo se destina a regular los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales a lo largo de tres Secciones: Sección 1.^a De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual. Sección 2.^a De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad. Sección 3.^a De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales; finalmente, el Capítulo sexto se ocupa de los ultrajes a España.

Continuando con el método planteado por el que utilizamos el vigente Código Penal como referencia, se observa que de la sola estructura de los

Códigos Penales históricos podría decirse que el legislador decimonónico parece interactuar con el legislador actual. Y es que el actual Código Penal en su estructura sigue, probablemente, al Código de 1822, que es el único que parte de un Título Preliminar. Aunque bueno, dicha fórmula también fue acogida por el Código de 1928 de la Dictadura de Primo de Rivera, que por demás parece no haber existido. El legislador actual, seguramente no siguió al del 1928, y acogió nuevamente la estructura del de 1822 que incorporaba el Título Preliminar.

Podría aventurarse uno a deducir de la actual ubicación de estos delitos en el Código vigente, ubicados al final de su articulado, que el legislador los contempla como unos delitos que tienen una menor incidencia en la órbita penal, o que así debería ser, y en este caso concreto, puede que evidencie la tendencia marcada en la doctrina penal más señera a conferir al Derecho penal un papel residual en estos temas. Ello con el fin de no invadir otros ámbitos jurídicos. Todo lo cual puede que haya propiciado que, normalmente, en los Grados la mayoría de los penalistas no den este tema por entender que es, tangencial.

Este papel residual que entiende al Derecho Penal como *ultima ratio* contrasta en cambio con lo ocurrido en nuestra pasada codificación penal donde, significativamente, en el Código Penal de 1822. En este Código y salvado el Título Preliminar, que además era mucho más breve que el actual, estos delitos los recoge prácticamente en el frontispicio, evidenciando de este modo el histórico protagonismo del Derecho penal a la hora tanto de consolidar el principio constitucional como de defenderlo, si bien lo hace acogiendo unas categorías penales distintas a las que atiende el actual Código. Y es que en los delitos contra la Constitución del Código Penal de 1822 se preocupaba el legislador fundamentalmente por limitar la arbitrariedad de las autoridades en el ejercicio del poder:

Así destina su Parte Primera a *Los delitos contra la sociedad*, en su Título Primero: De los delitos contra la Constitución y orden político de la Monarquía, lo estructura a lo largo de cuatro Capítulos que se ocupan de los siguientes delitos: contra la libertad de la Nación; contra el Rey, la Reina o el Príncipe heredero; contra la religión del Estado y, finalmente, contra la libertad individual de los españoles, Hay que rastrear en el Código para localizar actividades delictivas actualmente contempladas como delitos contra la Constitución, y por ejemplo, se debe acudir a los delitos del Título III *De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público* donde ya nos encontramos con los motines o tumultos, asonadas u otras conmociones populares donde ya sí se alude a las reuniones ilegales con y sin armas, actualmente ubicados dentro de esta amplia categoría delictiva.

En los Códigos de 1848 y el del 50, como indicábamos, no se recogen la categoría de delitos contra la Constitución, por encontrarse bajo la autoridad del texto de 1845, de signo más autoritario. Para rastrear el

recorrido histórico de las conductas delictivas descritas por el vigente Código, es preciso acudir, por ejemplo, en el mismo Libro II, e igual Título III *Delitos contra la seguridad interior del Estado* al Capítulo IV donde sí se ocupa de las asociaciones ilícitas, si bien lo hace de un modo muy distinto a como se hará en el siguiente Código.

El “Código de verano”, el de 1870, que vino para un verano y se quedó más de cincuenta, en muchos aspectos ha sido el patrón del que se ha servido el legislador posterior a la hora de concretar estos delitos.

El Código Penal de 1870 vuelve a incorporar los delitos contra la Constitución en el Título II del Libro Segundo De los delitos y sus penas. El Capítulo primero lo distribuye en cuatro Secciones donde incluye los delitos de lesa majestad contra las Cortes; el Consejo de Ministros y contra la forma de Gobierno. La cuarta Sección la destina a unas disposiciones comunes a las tres Secciones anteriores. El Capítulo segundo distribuido en cuatro Secciones acoge en las dos primeras, los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución perpetrados por particulares y funcionarios, en la tercera Sección recoge los delitos relativos al libre ejercicio de los cultos y, la última Sección incluye una disposición común a las precitadas tres Secciones.

Ejemplo de su reflejo en el legislador posterior lo es por ejemplo la fórmula seguida actualmente por el Código vigente a la hora de describir los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución, pues desde 1870 se recogen aquí a las reuniones o manifestaciones no pacíficas y a las asociaciones, evidente precedente de su actual regulación.

Centrado ahora el tema en estos delitos exclusivamente, -reunión y asociación ilícita-, a fin de acotar el tema y por referirnos al debate doctrinal que tales delitos plantean, cabe decir que la tónica planteada por el legislador de 1870 fue la de formular estos delitos a través de tipos considerados por la doctrina de abiertos en los que se castigan, por ejemplo, los actos preparatorios, por ejemplo, fórmula que pasará intacta al Código de 1932 y que proyecta su aspecto menos respetuoso con un planteamiento de intervención mínima del Derecho que, con la constante crítica de la doctrina penal, ha pasado al Código vigente.

Actualmente como se avanzó estos delitos se encuentran recogidos en la categoría de “Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución”. Dicha categoría ha sido descrita por Muñoz Conde como un variado “elenco” de delitos que encuentran como factor común exclusivamente que “su realización se

produce por la utilización abusiva de algunos de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución”⁷.

La redacción de estos delitos encuentra una poco calurosa acogida por parte de la doctrina penal. Generalmente consideran su planteamiento como excesivamente abierto, difuso y poco preciso. Incluso se replantea en este debate doctrinal su propia existencia, por entender que pueda tratarse de los últimos vestigios de un Derecho Penal que se resiste a detraer su campo de acción.

De tal modo que la imprecisión que observa la doctrina en la actual redacción de estos delitos se plantea desde la propia fórmula escogida para el Capítulo que los acoge en la que el legislador alude a estos delitos como los “relativos” a los derechos constitucionales. En ellos se recogen junto a los delitos de reunión y asociación ilícita y un tercer delito, el derecho a no ser discriminado, que encuentra en el principio de igualdad su lado positivo, si se me permite continuar con la anterior metáfora. Este último delito tiene un inexistente recorrido histórico en nuestra codificación penal y apenas puede seguirse su trayectoria sin forzar excesivamente los tipos.

El debate que suscita la actual redacción de los delitos de reunión y asociación ilícita, atañe a aspectos que afectan a la a la misma naturaleza del Derecho penal. Pues estos controvertidos delitos se encuentran en su redacción en la frontera con delitos políticos y con el delito de tenencia ilícita de armas. Además, el delito de asociaciones ilícitas ha sido absorbido por el delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales y terroristas quedando casi sin vigencia el delito de asociaciones ilícitas. Entran además en el conflictivo campo del Derecho penal en blanco o de las Leyes penales en blanco. Llegan por tanto en ocasiones a bordear si no a poner en jaque el principio de legalidad y de seguridad jurídica. También son en ocasiones fronterizos con el Derecho administrativo. Actualmente además la constitucionalidad de algunos supuestos contemplados en estos delitos no le resulta del todo clara a la doctrina, especialmente por criminalizar los actos preparatorios.

Revisada la codificación penal histórica española encuentro que el interés de esta materia resulta como poco doblemente interesante, primeramente, por no estar muy estudiado su recorrido histórico y menos todavía en su visión de conjunto, en segundo lugar, por la controversia que actualmente suscita su mera existencia entre la doctrina penal.

⁷ Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª edición revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2019 y 2/2019 con la colaboración de Carmen López Peregrín, (Tirant lo Blach: Valencia, 2019), 739.

BIBLIOGRAFÍA

Carbonell Mateu, Juan Carlos. *Derecho Penal concepto y principios constitucionales*. 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Carbonell Mateu, Juan Carlos. "Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Coordinado por Luis Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Cuenca: Universidad de Castilla Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, 2001.

Cavero Lataillade, Iñigo / Zamora Rodríguez, Tomás. *Constitucionalismo Histórico*. Madrid: Editorial Universitas, 1995.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio, Madrid: Trotta, 1995.

Muñoz Conde, Francisco. "Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte Especial)". *Derecho y Cambio Social*, 22, (año 7, 2011): 1-11.

Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª edición revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2019 y 2/2019 con la colaboración de Carmen López Peregrín. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. "Delito, pena y constitución". *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 8 (2003): 311-329.

.....

CONVULSIÓN EN ESPAÑA EN EL EJERCICIO DE LA INTERPRETACIÓN LEGISLATIVA⁸

Ana Isabel Carreras
Presencio⁹

Profesora Asociada
Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
(Universidad Rey Juan Carlos)

Abogada
ana.carreras@urjc.es

Con motivo de la invasión rusa en Ucrania, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó resolución¹⁰ por la que se ha creado una Comisión Internacional Independiente de investigación¹¹ con el fin de investigar las violaciones graves de Derecho Internacional de los derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario, que han podido ser perpetradas en el contexto de la agresión de la Federación Rusa contra Ucrania. La Comisión investiga y debe presentar conclusiones y recomendaciones, incluso se pronuncia sobre la rendición de cuentas de los responsables de estas violaciones ante el Consejo de Derechos humanos.

En efecto, su investigación se centra en principio en lo ocurrido en febrero y marzo de 2022, en cuatro regiones de Ucrania: Kiev, Chernihiv, Kharkiv y Summy, porque consta que ha habido crímenes de guerra, esto es, violaciones graves de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario, siendo las fuerzas armadas rusas en su gran mayoría responsables de estas violaciones, aunque también las fuerzas armadas ucranianas son responsables de estas violaciones al menos de dos hechos contrastados de crímenes de guerra.

⁸ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

⁹

¹⁰ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Resolución A/HRC/RES/49/1, de 4 de marzo de 2022.

¹¹ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Resolución S/34/1, de 12 de mayo de 2022.

Y esta Comisión Independiente está formada por Erik Mose, Presidente de la Comisión, ex juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ex juez del Tribunal Internacional Penal creado *ad hoc* para Ruanda, y ex juez de la Corte Suprema de Noruega. Su mandato se ha prorrogado por un periodo de un año más¹².

Pues bien, según el primer informe publicado¹³ por esta Comisión independiente, cuando las autoridades rusas controlan zonas durante periodos largos y prolongados, establecen centros de detención exclusivos donde utilizan métodos de tortura diversos, atacando a personas que se niegan a cooperar. Y según testigos y las propias víctimas, las fuerzas armadas rusas cuentan con una amplia gama de perpetradores involucrados en la comisión de hechos delictivos, como torturas, violaciones, violencia sexual y de género, siendo que estas colaboraciones lo son de servicios federales de seguridad de la Federación Rusa, la Guardia Nacional Rusa y sus Unidades, y grupos armados subordinados afiliados a las antiguas repúblicas rusas autoproclamadas¹⁴.

En verdad, después de numerosos estudios multidisciplinarios¹⁵, es ya una cuestión consolidada que la violencia sexual en conflicto armado es masiva o sistemática, perpetrada por oportunista que aprovecha la atmósfera y el caos del contexto bélico o de la crisis humanitaria, donde hay ruptura con las normas y el orden, y la prevalencia del miedo. No obstante, la oportunidad lo crea la venganza, la represalia, y el odio. Pero también la violencia sexual en conflicto armado es arma de guerra para atemorizar a la población y destruir el grupo al que pertenece la persona agredida. También es la conveniencia de destruir a individuos de grupos opuestos o la conveniencia de apoyar a un bando al que se le facilitan personas como mercancía, mediante su venta, para distintos usos finales, según la forma de su esclavitud. Y las personas agredidas son tanto mujeres y niñas como hombres y niños.

En efecto, la violencia sexual en este contexto, puede ser ordenada, autorizada, o formar parte de una estrategia como práctica por su tolerancia,

¹² Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Resolución A/HRC/RES/52/32, de 11 de abril de 2023.

¹³ Naciones Unidas. Informe A/HRC/52/CRP.4, de 29 de agosto de 2023.

¹⁴ Naciones Unidas. Informe A/HRC/52/CRP.4, de 29 de agosto de 2023, p 54.

¹⁵ Kelly Dawn Askin. *¿Puede la Corte Penal Internacional sostener una condena por delito subyacente de violación masiva sin el testimonio de la víctima?*. Foro ICC, de 26 de junio de 2012. Disponible en: <https://iccforum.com>. [Consultado el 22 de septiembre de 2023].

o por ser alentada y aprobada implícitamente o ignorada. Y es autorizada cuando habiendo leyes que la prohíben es generalizada e impune por sanciones tácitas que permiten su continuación sin cese. Y es que, está consolidado¹⁶ que la violencia sexual en conflicto armado es endémica.

En verdad, los estudios que analizan e investigan esta violencia sexual establecen que es una violencia basada en construcciones sociales según el contexto social que lo rodea. Es una forma más de perpetrarse violencia mediante actos sexuales con revestimiento de género. Y el género es la construcción social que determina el acto de violencia perpetrado según el contexto que rodea al agresor y a la víctima.

Pues bien, esa violencia perpetrada a través de actos sexuales y de género basados en construcciones sociales identificadas como cultura social, en tiempos de paz transmiten un mensaje de terror a poblaciones de países vecinos o cercanos a los conflictos armados o en crisis humanitarias, como también a poblaciones que se identifican con esas culturas sociales, convirtiendo a esa población en víctimas lejanas de la violencia por verse afectadas por el mensaje de terror y miedo que transmite. Y es que, esta población civil, en tiempo de paz, queda en una situación de vulnerabilidad resultado de múltiples factores y formas de discriminación, en desigualdad por la dinámicas estructurales y sociales que se entrecruzan y que conducen a niveles de poder, y de ejercicio de disfrute de sus derechos disminuidos y desiguales. Es una vulnerabilidad situacional derivada del entorno a diferencia de la vulnerabilidad individual derivada de las propias características de la persona que la sitúan en una situación especial de riesgo¹⁷.

En efecto, en tiempos de paz, hay población civil que, afectada por la violencia ejercida en contextos bélicos y en crisis humanitarias cercanos, sale huyendo de sus países, provocando su desplazamiento forzado. Un instrumento ideal intencionado para generar apatridias por falta de nacionalidad o imposibilidad de acreditar su identidad jurídica tras pérdida o sustracción de sus documentos de identificación, lo que facilita su mercantilización. Y es que, estas personas por su vulnerabilidad situacional caen en manos de redes organizadas con una programación de mercantilización de la persona ya cosificada. Desde entonces ya no es

¹⁶ Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resoluciones: 1325 (2000); 1820 (2008); 1888 (2009); 1889 (2009); y 1960 (2010).

¹⁷ España. Fiscalía General del Estado. Memoria Ejercicio 2022. Disponible en: <http://www.fiscal.es> [Consultado el 22 de septiembre de 2023].

persona, su dignidad humana está soterrada. Es mercancía para venderse en origen. Mercancía para venderse en destino. O mercancía para trasladar de origen a destino y destinar a distintas formas de explotación, incluso finalmente su venta.

Así las cosas, esta forma de violentar se perpetra intencionadamente de forma distinta contra hombres y mujeres en base a las construcciones sociales que rodean al agresor y a la víctima. Y es que, el agresor se identifica con la víctima por la construcción social que les rodea, lo que conlleva una dimensión de género distinta para la víctima, hombre o mujer. Esto es, el impacto de la violencia es distinto en el hombre y en la mujer. Por ello, se recomienda¹⁸ recopilar datos y hacer análisis de género de estadísticas desagregadas. Y porque los hombres, en contextos bélicos sufren, tortura, asesinatos, y desplazamientos forzados en mayor número que las mujeres. No obstante, las mujeres pueden sufrir un impacto diferenciado de violencia derivado de esas torturas, asesinatos y desplazamientos forzados sufridos por los varones, que no sufrirían si no se hubieran dado esas situaciones intencionadas y programadas en los varones. En definitiva, *los distintos motivos de discriminación pueden causar o agravar el impacto de determinadas violencias de derechos humanos*¹⁹.

Pues bien, en atención a lo que se acaba de exponer, traemos la situación de España porque consideramos una paradoja la reciente aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual²⁰. Una ley que ha traído consigo, consideramos por su precipitación y asombrosa falta de previsión, unos datos inasumibles de reducción de condenas y de excarcelaciones a culpables de delitos contra la libertad sexual. Esto es, y hasta su rectificación aprobada el 5 de octubre de 2022²¹ por la enorme conmoción social provocada, según datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial a septiembre de 2023²², se han producido 1.205 reducciones de pena a condenados por delitos sexuales y 121 excarcelaciones. Y porque la norma, insistimos, de forma asombrosa, no dispone de una regla transitoria para que las condenas firmes anteriores a su entrada en vigor no queden afectadas por reciprocidad como ley más

¹⁸ Naciones Unidas. Alto Comisionado para los derechos humanos de Naciones Unidas. Integración de la perspectiva de género en las investigaciones de derechos humanos. Guía y Práctica. 2019. Disponible en: <http://www.ohchr.org> [Consultado el 22 de septiembre de 2023].

¹⁹ *Ut supra*, p 55.

²⁰ España. BOE nº 215. Entrada en vigor el 7 de octubre de 2022.

²¹ España. BOE nº239, de 5 de octubre de 2022.

²² España. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

favorable, según mandato imperativo del artículo 2.2 del Código Penal²³, viéndose reducidas o incluso cumplidas de forma fugaz. Y desde luego, y lo que aquí interesa, este nuevo²⁴ despropósito del legislador español, ha provocado en cascada una convulsión en el ejercicio de la interpretación de la ley mencionada por los distintos órganos judiciales con labor decisoria en aplicación penológica, incluido el Tribunal Supremo, como revisor de sentencias firmes.

En efecto, únicamente con una primera aproximación, no siendo el lugar este para adentrarse más, y sólo respecto del delito de violación, tras la entrada en vigor de la ley, el delito era sancionado según el artículo 178 y 179 del Código penal a una pena de entre 6 y 12 años de privación de libertad. Y sin embargo, con la entrada en vigor de la nueva ley, el arco penológico de la pena de prisión se ha fijado entre 4 y 12 años. Esto es, el marco penológico aplicable de la nueva ley es inferior, por tener un mínimo más bajo que la norma anterior. Así, toda condena impuesta que lo haya sido, tanto en su mitad superior como en su mitad inferior ha de calcularse entre 4 y 12 años, lo que lógicamente conlleva a reducciones matemáticas, al menos desde la pena impuesta de 9 de prisión²⁵. No obstante, son motivos también de revisión con la nueva ley, la innecesaria apreciación de violencia o intimidación que implicaba una penología mayor, y el consentimiento de la víctima, que con la nueva ley sólo se entenderá que se ha dado cuando se haya manifestado libremente mediante actos que en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. Esto es, para acordar la existencia del delito no es necesario apreciar una falta de consentimiento expreso, sino apreciar una falta de consentimiento tácito, “según las circunstancias del caso”, de ahí su parafraseada nomenclatura como “ley del sí es sí”. En positivo, y tras su interpretación jurisprudencial por el Tribunal Supremo, no existe el subjetivismo del autor sobre que la mujer consiente el acto sexual, sino que debe quedar evidenciado, atendidas las circunstancias del caso²⁶.

BIBLIOGRAFÍA

²³ España. BOE nº 281. Entrada en vigor el 24 de mayo de 1996.

²⁴ Vid, Carreras Presencio, A I. *Concepto Jurídico de violencia de género*. Editorial Dykinson. Madrid. 2019. ISBN: 978-84-1324-360-3.

²⁵ STS 10/2023, de 19 de enero de 2023. “CASO DE LA MANADA”.

²⁶ *Ut supra*.

- Carreras Presencio, A I. *Concepto Jurídico de violencia de género*. Editorial Dykinson. Madrid. 2019. ISBN: 978-84-1324-360-3.
- Kelly Dawn Askin. *¿Puede la Corte Penal Internacional sostener una condena por delito subyacente de violación masiva sin el testimonio de la víctima?*. Foro ICC, de 26 de junio de 2012. Disponible en: <https://iccforum.com>. [Consultado el 22 de septiembre de 2023].
- Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Resolución *A/HRC/RES/49/1*, de 4 de marzo de 2022.
- Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Resolución *S/34/1*, de 12 de mayo de 2022.
- Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Resolución *A/HRC/RES/52/32*, de 11 de abril de 2023.
- Naciones Unidas. Informe *A/HRC/52/CRP.4*, de 29 de agosto de 2023.
- Naciones Unidas. Informe *A/HRC/52/CRP.4*, de 29 de agosto de 2023, p 54.
- Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resoluciones: *1325 (2000); 1820 (2008); 1888 (2009); 1889 (2009); y 1960 (2010)*.
- España. Fiscalía General del Estado. Memoria Ejercicio 2022. Disponible en: <http://www.fiscal.es> [Consultado el 22 de septiembre de 2023].
- Naciones Unidas. Alto Comisionado para los derechos humanos de Naciones Unidas. Integración de la perspectiva de género en las investigaciones de derechos humanos. Guía y Práctica. 2019. Disponible en: <http://www.ohchr.org> [Consultado el 22 de septiembre de 2023].
- España. BOE nº 215. Entrada en vigor el 7 de octubre de 2022.
- España. BOE nº239, de 5 de octubre de 2022.
- España. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).
- España. BOE nº 281. Entrada en vigor el 24 de mayo de 1996.
-

MENORES DELINCUENTES: ACERCA DE LA LEY 5/2000, DE 12 DE ENERO²⁷

LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN DEL ROSAL²⁸

Abogada penalista y Criminóloga

Profesora de Derecho penal

CUNEF Universidad

leyre@saenzdepipaonabogados.com

Buenas tardes a todos, en primer lugar, mi agradecimiento a toda la organización del evento por haberme invitado a participar en esta Jornada, gracias a la cual vamos a poder esbozar ciertos aspectos de la problemática, siempre de actualidad, del reproche penal del menor infractor, así como una panorámica general de la ley que regula la responsabilidad penal del menor, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero²⁹.

En el ámbito del ejercicio de la abogacía, tuve ocasión de formar parte del turno de oficio penal y en concreto del turno especial de menores, en donde se precisaba -además de la experiencia profesional- pasar por un curso especial impartido por el Colegio de Abogados para formarse en la iniciación a la práctica forense en materia de derecho de menores.

Lo cierto es, y debo reconocerlo, que duré poco en ese turno penal especial de menores, pues se pueden imaginar que, realmente, a los casos que tuve que hacer frente presentaban un *plus* de complejidad al tratarse -precisamente- de menores delincuentes, provocando -en muchas de las ocasiones- sentimientos contradictorios: por un lado, rechazo, y por otro, compasión (lástima).

²⁷ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

²⁸ Doctora en Derecho y Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Licenciada en Criminología por la Universidad Camilo José Cela de Madrid. Profesora de Derecho Penal y de Asesoría Penal y Proceso Penal en el Máster Universitario de Acceso a la Profesión de Abogado (MUAPA). Además de su labor docente y de investigación, es Abogada del Ilustre Colegio de Madrid (ICAM) y Criminóloga del Colegio Profesional de la Criminología de la Comunidad de Madrid (CPCM), con despacho profesional de actuación en casos de toda índole penal.

²⁹ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) (BOE, núm. 11, de 13 de enero de 2000).

Históricamente, la edad penal ha ido modificándose a lo largo del tiempo. Así; a partir de los doce, los dieciséis y los veintiún años de edad en las distintas épocas. Ahora, hablamos de la edad penal cuando comprende el periodo entre los catorce y los dieciocho años de edad.

La idea, en realidad, de establecer una justicia penal distinta para menores surge en Chicago en 1899, donde el movimiento “Salvadores del niño”, impulsa la creación de un tribunal para menores. En esa época, a finales del siglo XIX, y como consecuencia de las grandes transformaciones surgidas a raíz de la Revolución industrial en todos los ámbitos, se produce un aumento de la delincuencia juvenil, que era vista como resultado de la vida urbana, del nacimiento de la sociedad industrial y de la crisis de la institución de la familia.

Con este panorama, surgen distintos movimientos de índole humanitaria que tratan -fundamentalmente- de reeducar a los niños, alejándoles así del sistema penal de adultos.

Este es, pues, el germen del futuro sistema de justicia juvenil, siendo la Ley de Chicago de 1899 el origen de una justicia *ad hoc* para niños, cuya influencia, además, abrazó la creación de órganos similares en América y en Europa a lo largo de las primeras décadas del siglo XX.

En España, la ley que implantó el primer Tribunal Tutelar de Menores fue la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918, inspirándose en la Ley belga de Protección a la infancia, de 15 de mayo de 1912, que establecía que los menores de dieciséis años estaban exentos de responsabilidad criminal, únicamente se les podía imponer medidas de protección, educativas y preventivas, pero no penas.

El artículo 1 de la Convención de Derechos del Niño de la ONU, de 20 de noviembre de 1989, entiende por “niño” a:

“Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”³⁰.

En España, según el artículo 12 de la Constitución³¹ y el artículo 240 del Código Civil³², la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años.

³⁰ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

³¹ Constitución Española (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978). Art. 12 CE: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”.

³² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889). Art. 240 CC: “La mayor edad empieza a los dieciocho años

Por su parte, el artículo 19 del Código Penal también sitúa la mayoría de edad penal, en los dieciocho años.

Ahora bien, esta mayoría de edad penal no lo es a los efectos de una absoluta exención de responsabilidad de los menores de dieciocho años, ya que en la regulación de las eximentes del Código Penal, no se recoge la de ser menor de dieciocho años y el artículo 19, que acabamos de citar, tan sólo recoge que:

“Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor -sigue diciendo- de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”³³.

Así pues, una persona es imputable -conforme a la ley que hoy estamos tratando- a partir de los catorce años, antes de esa edad es inimputable, luego no responderá penalmente de ningún hecho.

A partir de los dieciocho años, entonces, la ley del menor ya no sería de aplicación, pero, si se impone una pena durante el periodo de minoría de edad, en el momento que cumpla los dieciocho años, sí podrá seguir siendo operativa la ley del menor hasta que alcance los veintiún años.

En realidad, a los menores de dieciocho años no les es de aplicación el Código Penal de los adultos, pero en cuanto a las consecuencias penales de su acción, sí les resulta de aplicación en el presupuesto normativo de esa consecuencia.

Queremos resaltar, y debemos resaltar, como gran principio inspirador de la ley del menor y a tenor de su Exposición de Motivos:

-El llamado principio del interés superior del menor: es cierto que la naturaleza de dicha ley es formalmente penal, pero materialmente -y que no se nos olvide- sancionadora-educativa. Prima, pues, el superior interés del menor.

-Igualmente, la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto.

-Además, la competencia de las entidades autonómicas relacionada con la reforma y protección de menores para la ejecución

cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”.

³³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

de las medidas impuestas en sentencia y control judicial de esa ejecución.

Siempre que haya un menor delincuente, la Policía interviniente será el GRUME (que es un Grupo policial especial de Menores), debiendo ser la detención del menor de la forma que menos le perjudique, tal y como establece el artículo 17.1, al decir que:

“Las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a garantizar el respeto de los mismos. También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal”³⁴.

Por su parte, el protocolo de actuación policial con menores³⁵ infractores establece -igualmente- que la detención:

“Deberá practicarse en la forma que menos perjudique al menor en su persona, reputación o patrimonio, con una respuesta policial proporcionada a sus circunstancias personales y del delito cometido, especialmente en los casos de delitos violentos, sexuales o terroristas cometidos por menores entre dieciséis y dieciocho años de edad”. (4.2.1)

Asimismo:

“Se evitará, en la medida de lo posible, la espectacularidad, el empleo de lenguaje duro (vociferante, malsonante,...), la violencia física y la exhibición de armas”. (4.2.2.)

También es de subrayar que:

“El esposamiento de los menores detenidos se llevará a cabo en los casos que sea estrictamente necesario, como respuesta proporcional a la naturaleza del hecho cometido y a la actitud del menor en el momento de su detención”. (4.2.4.)

Además, mientras dure la detención:

“Los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas que cumplan con las medidas básicas de seguridad y separadas, en todo caso, de las que se utilicen para los detenidos

³⁴ Art. 17.1 LORPM.

³⁵ Instrucción N° 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el “Protocolo de actuación policial con menores”.

mayores de edad, evitando, si las circunstancias de su peligrosidad lo permiten, el ingreso en calabozos". (4.6.)

Y finalmente:

"Durante su estancia en dependencias policiales, se garantizará que dispone de alimentación, vestimenta y condiciones de intimidad, seguridad y sanidad adecuadas. En la medida de lo posible, recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su estado, edad, sexo y características individuales". (4.6.3.)

Por lo que respecta al ámbito procesal, la figura del Fiscal en el procedimiento de menores es esencial, pues actúa de instructor, a diferencia del procedimiento ordinario de adultos. Así pues, es el garante y defensor -al menos, en teoría- de los derechos del menor.

El juez, por su parte, se encarga del enjuiciamiento de los hechos acontecidos.

Es destacable, en esta fase, la función primordial del Equipo Técnico, formado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales especialistas en menores, los cuales, elaboran un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, haciendo propuestas a los efectos de la posible intervención socio-educativa sobre el menor.

Este informe es tenido muy en cuenta, tanto por el Fiscal como por el Juez de menores.

La mediación también tiene un papel esencial, pues se puede producir la reparación y conciliación, comprometiéndose el menor a cumplir una actividad educativa (artículo 19 LORPM).

La tramitación del expediente del menor puede concluir también con un escrito de alegaciones del Fiscal de menores, proponiendo la adopción de medidas de contenido educativo sancionador o bien, en su caso, el juez puede decretar el sobreseimiento, de oficio o a petición de la Fiscalía.

Hay que añadir también que si en un hecho delictivo participan mayores y menores de edad, se van a enjuiciar por separado (artículo 16.5 LORPM).

Como hemos referido antes, no hay un elenco de delitos distintos a los nuestros. Los delitos cometidos por menores son los mismos tipificados en nuestro Código penal (Derecho penal común), si bien el juez tendrá una flexibilidad mayor tratándose de delitos leves o menos graves.

Por poner un ejemplo: si hablamos de un menor que lleva a cabo un delito grave, como puede ser un homicidio, un asesinato o una violación, que pueden conllevar penas de privación de libertad superior a quince años, el menor podría ser internado en régimen cerrado de uno a cinco años si tiene hasta quince años de edad. Y si tuviera dieciséis o diecisiete años, podría alcanzar hasta ocho años de medida de internamiento cerrado.

Para otros casos de menor entidad, el juez contaría con cierta flexibilidad: por ejemplo, entre las medidas no privativas de libertad tenemos la libertad vigilada (con seguimiento de pautas socio educativas); el tratamiento ambulatorio; la asistencia a un centro de día; la realización de tareas socio educativas o las prestaciones en beneficio de la comunidad.

Igualmente, la prohibición de aproximarse a la víctima o la privación de otros derechos, retirada de permisos o licencias, o bien la inhabilitación.

En conclusión y como reflexiones finales, podemos afirmar que la entrada en vigor de la llamada “Ley del Menor”, en su día, resultó perturbadora: las dudas acerca de su viabilidad, el escándalo ciudadano ante algunas excarcelaciones de menores que se produjeron y el augurio de todos los catastrofismos imaginables por parte de muchos responsables de su aplicación.

Pero, ¿qué es un menor, se entiende, de edad?

La respuesta legal es fácil ahora mismo: cualquier ser humano con menos de 18 años, edad de la mayoría oficial. Sin embargo, la minoría de edad supone una línea divisoria entre niñez y edad adulta que, como todas las divisiones culturales, es convencional y responde a una sanción social, variable con los tiempos, las culturas y las sociedades históricas.

La contradicción social se da en el uso que los medios de comunicación hacen de términos distintos para individuos iguales.

Así, un muchacho, digamos -un adolescente- de dieciséis años hiere o roba a una señora, pasa a ser, en la noticia, “un joven” =

“Un joven de dieciséis años ha golpeado a una señora”.

Si, por el contrario, ese mismo adolescente de dieciséis años es víctima de los abusos sexuales de un profesor, pasa a ser, en la noticia, “un niño” =

“Un niño de dieciséis años ha sido víctima de los abusos sexuales de...”.

Es decir, si el adolescente arremete, se le concede la mayoría de edad rápidamente, pero si es agredido se le devuelve -para notar más fuerte la culpa- a la más pura y honda infancia.

Los menores, sin duda, merecen especial protección, pero hay que saber qué es un menor y toda víctima, tenga la edad que tenga, exige ser ayudada o redimida.

Quizá la gran diferencia entre el Derecho Penal de adultos y el Derecho Penal de menores radique en que, mientras el Derecho Penal tradicional pretende la defensa de la sociedad, básicamente mediante la intimidación de la pena, el Derecho Penal del menor trata de defender a la sociedad y a éste a través de la corrección de sus actitudes antisociales: aquí el hecho no lo es todo, ni siquiera lo más importante, lo que resulta trascendental es la personalidad del autor y sus necesidades educativas.

Lo que está claro es que nunca será una cuestión de opinión pacífica.

Muchas gracias a todos y muy buenas tardes.

BIBLIOGRAFÍA

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Constitución Española (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE, núm. 11, de 13 de enero de 2000).

Instrucción N° 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el "Protocolo de actuación policial con menores".

Montes, Pablo. *Menores y delitos: las claves de la responsabilidad penal entre los 14 y los 17 años*, en *Economist&Jurist*, 21 de septiembre de 2023.

.....

TELEMEDICINA COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD³⁶

Juan Antonio Suñé Cano³⁷
Médico oftalmólogo

Como es sabido la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 reconoce en su artículo 25 el “derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, que incluye el derecho a la salud y la atención médica”.

Dicho artículo fue desarrollado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado en 1966 que establece el derecho de toda persona a gozar del más alto nivel posible de salud física y mental.

Los Estados parte en este pacto se comprometen a tomar medidas para la prevención, el tratamiento y el control de las enfermedades, así como a garantizar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud.

Otros tratados internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial lo recogen igualmente para esos grupos específicos. Así, por ejemplo, el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el “derecho de los niños a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a recibir atención médica adecuada”. Además, exige a los Estados parte tomar medidas para reducir la mortalidad infantil y garantizar la atención médica prenatal y posnatal.

Debe hacerse igualmente referencia a las diferentes resoluciones adoptadas por la Organización Mundial de la Salud que reafirman el derecho a la salud y exigen a los Estados miembros tomar medidas para promover la salud y el acceso a servicios de atención médica de calidad.

Por lo que se refiere a la atención primaria, la Declaración de Alma-Ata sobre Atención Primaria de Salud de 1978 reafirma la importancia de la atención primaria de salud como medio para alcanzar el más alto nivel de

³⁶ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos.

³⁷ Graduado en Medicina por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Oftalmología. Capitán del Cuerpo del Cuerpo Militar de Sanidad. Jefe de la sección de oftalmología del Centro de Instrucción de Medicina Aeroespacial (Torrejón de Ardoz).

salud posible para todos, subrayando la necesidad de servicios de salud accesibles, asequibles y culturalmente apropiados.

Finalmente, en este rápido repaso, en la Agenda 2030 adoptada por la Asamblea General de la ONU en 2015, el Objetivo de Desarrollo Sostenible 3 se enfoca en “garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades” con toda una serie de metas específicas relacionadas con la salud y el acceso a la atención médica.

Con la irrupción de las nuevas tecnologías digitales, un de las aplicaciones de mayor relevancia en este contexto supone la revolución de la telemedicina como instrumento que puede contribuir a una mejor implementación del derecho a la salud.

Se entiende por telemedicina la prestación de servicios de atención médica a distancia utilizando las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Esto implica la comunicación entre pacientes y profesionales de la salud, así como la entrega de servicios de atención médica, diagnóstico, tratamiento, monitorización y educación sanitaria de manera remota.

Tiene el potencial de mejorar el acceso a la atención médica, especialmente en áreas remotas o con atención deficiente, reducir costes de atención, facilitar la monitorización continua de pacientes con enfermedades crónicas y mejorar la eficiencia en la prestación de servicios de salud. Sin embargo, no está exenta de ciertos riesgos y es por ello importante que se implemente de manera ética y segura, cumpliendo las regulaciones y estándares de privacidad de datos para garantizar la calidad y la seguridad de la atención médica a distancia.

Bajo el amplio término de telemedicina se pueden incluir una gran variedad de tecnologías, adoptando distintas formas, algunas de ellas más comunes y conocidas que otras.

Entre estas se encuentran las consultas por videoconferencias, por las que los pacientes y los profesionales de la salud pueden comunicarse a través de video en tiempo real, lo que permite la consulta virtual cara a cara, así como las consultas en línea, en las que los pacientes pueden enviar preguntas y recibir respuestas de los médicos y otros profesionales de la salud a través de plataformas de mensajería segura o correo electrónico. Esto mismo puede aplicarse entre distintos profesionales sanitarios.

Por su parte, la tele-monitorización hace referencia a los dispositivos médicos conectados que permiten la recopilación y el seguimiento de datos de salud vitales, como la presión arterial, la glucosa en sangre y la frecuencia

cardíaca, que se comparten de manera remota con los profesionales de la salud.

Pueden considerarse igualmente como ejemplo de telemedicina, las historias clínicas electrónicas que son los registros médicos electrónicos que facilitan el acceso a la información médica y la colaboración entre profesionales de la salud en diferentes ubicaciones.

Otros ejemplos son las aplicaciones móviles de salud, aplicaciones que pueden proporcionar seguimiento de salud, educación y recordatorios de medicamentos, y permitir a los pacientes compartir datos con sus médicos o la educación médica a distancia que permite la capacitación de profesionales de la salud y en la educación continua.

Finalmente, el que puede parecer el elemento más llamativo, la telecirugía que, en algunos casos, permite a los cirujanos realizar procedimientos quirúrgicos utilizando robots controlados a distancia y tecnología de comunicación en tiempo real.

Sin embargo, si bien la atención telefónica pudiera considerarse una forma básica de telemedicina, es más frecuentes catalogarla como un tipo más general de “teleasistencia médica” en lugar de telemedicina propiamente dicha. La teleasistencia médica incluye una amplia gama de servicios de atención médica y apoyo proporcionados a través de la comunicación a distancia, que puede incluir llamadas telefónicas.

En la atención telefónica, los pacientes pueden comunicarse con profesionales de la salud por teléfono para recibir orientación médica, consejos de salud, respuestas a preguntas médicas y, en algunos casos, incluso diagnósticos preliminares. Esto puede ser particularmente útil en situaciones en las que no es necesario un examen físico completo y la comunicación verbal es suficiente para brindar la atención necesaria.

Sin embargo, la atención telefónica tiene limitaciones en comparación con otras formas más avanzadas de telemedicina, como las video consultas o las consultas en línea, ya que no permite la visualización de signos vitales, exámenes físicos ni diagnósticos visuales detallados. A pesar de estas limitaciones, la atención telefónica sigue siendo una herramienta valiosa para la atención médica a distancia, especialmente en situaciones de emergencia o cuando no se dispone de acceso a tecnología más avanzada.

En resumen, la atención telefónica no es un caso típico de telemedicina, se considera una forma básica de teleasistencia médica que puede desempeñar un papel importante en la prestación de atención médica a distancia y en la comunicación entre pacientes y profesionales de la salud.

Puede considerarse la telemedicina como una herramienta poderosa que puede contribuir significativamente a la realización del derecho a la salud. En primer lugar, por facilitar el acceso a la atención médica ya que permite a las personas acceder a atención médica de calidad, independientemente de su ubicación geográfica. Esto es especialmente útil en áreas rurales o remotas donde la atención médica tradicional puede ser escasa.

En segundo lugar, por la reducción de barreras geográficas y limitaciones de transporte que a menudo impiden que las personas reciban atención médica oportuna. Las consultas virtuales evitan la necesidad de viajar largas distancias para ver a un médico.

En tercero, facilita una mayor disponibilidad de especialistas al permitir a los pacientes acceder a especialistas médicos que pueden no estar disponibles en su área local. Esto amplía las opciones de tratamiento y mejora la calidad de la atención. Además, en el caso de pacientes con enfermedades crónicas, la telemedicina permite un seguimiento más constante y eficiente de su estado de salud. Esto es, facilita el monitoreo a largo plazo ya que los médicos pueden ajustar el tratamiento de manera remota, lo que puede mejorar la calidad de vida de los pacientes.

Otros indudables beneficios son la reducción de coste asociados con la atención médica al evitar desplazamientos innecesarios y hospitalizaciones, lo que a su vez puede hacer que la atención sea más accesible para un mayor número de personas; su contribución a la prevención y educación en salud. Contribuye a la descentralización de la atención médica, descongestionando hospitales y centros de atención médica al permitir que parte de la atención se realice de forma virtual. Esto es particularmente valioso en momentos de alta demanda, como durante la reciente pandemia.

Y, por último, pero no por ello menos importante puede jugar un papel esencial en la respuesta ante situaciones de emergencia, como consecuencia de desastres naturales, pandemias u otras causas, al permitir la comunicación y el diagnóstico remotos, lo que facilita la coordinación de la atención médica y la distribución de recursos.

En todo caso, es importante destacar que la telemedicina no reemplaza por completo la atención médica tradicional, pero complementa y mejora la accesibilidad a los servicios de salud. Sin embargo, su implementación exitosa requiere considerar aspectos éticos, legales y de seguridad para garantizar la calidad y la privacidad de la atención médica proporcionada a través de esta modalidad.

Su relevancia se pone de manifiesto con la publicación en abril de 2019, por parte de la OMS de las nuevas recomendaciones para los países sobre 10 maneras de mejorar la salud de la población y los servicios básicos mediante las tecnologías digitales (en teléfonos móviles, tabletas y ordenadores), resultado final del examen sistemático de los datos empíricos disponibles sobre las tecnologías digitales que en los dos años anteriores a la publicación de las recomendaciones llevó a cabo la OMS y de la consulta a expertos de todo el mundo.

Como afirmó el director general de la OMS, Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, director general de la OMS, “es fundamental aprovechar el potencial de las tecnologías digitales para alcanzar la cobertura sanitaria universal. Al fin y al cabo, estas tecnologías no son un fin en sí mismas, sino herramientas esenciales para promover la salud, preservar la seguridad mundial y servir a las poblaciones vulnerables”.

En todo caso, las intervenciones de salud digital, por sí solas, no son suficientes. Las directrices muestran que los sistemas de salud deben responder a la creciente visibilidad y disponibilidad de la información. Además, se debe garantizar a los usuarios que no se revelarán sus datos y que el acceso a datos personales sobre temas delicados, como la salud sexual y reproductiva, no acarrea riesgos, siendo necesario además formar suficientemente a los trabajadores sanitarios.

Y si la telemedicina ofrece numerosos beneficios no está exenta de ciertos riesgos y desafíos.

Los principales riesgos asociados a la telemedicina son en primer lugar los relativos a la seguridad de los datos y el respeto a la privacidad, puesto que el almacenamiento y la transmisión de información médica confidencial a través de redes y sistemas informáticos pueden ser vulnerables a violaciones de seguridad y ataques cibernéticos. La pérdida o filtración de datos de salud puede tener graves consecuencias, tanto a nivel de los individuos afectados como para toda la sociedad.

Tampoco puede desconocerse la posibilidad de errores en el diagnóstico y tratamiento, al faltar un examen físico completo y disponer de información limitada.

Desde el punto de vista legal, dado que la telemedicina a menudo involucra a profesionales de la salud que operan en diferentes jurisdicciones, surgen desafíos jurídicos en relación con la regulación y la responsabilidad legal.

Otro riesgo es el de generar nuevas desigualdades al no existir un acceso ilimitado a las nuevas tecnologías. La brecha digital repercutiría en el

acceso a la atención médica. Por otro lado, la telemedicina puede no ser adecuada para todas las condiciones médicas y puede tener limitaciones en la atención a pacientes con necesidades de atención médica más complejas o situaciones de emergencia, lo que genera igualmente desigualdad de atención.

Otro de los riesgos más señalados es la falta de relación médico-paciente, por la ausencia de una interacción física. La construcción de una relación médico-paciente sólida puede afectar la calidad de la atención y la satisfacción del paciente.

Tampoco pueden desconocerse los problemas técnicos derivados de fallos de conexión, audio o video o problemas con las plataformas de telemedicina que pueden interrumpir o dificultar las consultas virtuales sin olvidar las reticencias de algunos profesionales de la salud.

Finalmente, la falta de estándares uniformes de práctica en la telemedicina puede llevar a variaciones en la calidad de la atención en diferentes regiones y entre diferentes proveedores de servicios de salud.

En todo caso, muchos de estos riesgos pueden mitigarse con medidas adecuadas, como la implementación de protocolos de seguridad de datos, la capacitación de profesionales de la salud en telemedicina y la regulación efectiva por parte de las autoridades sanitarias. A medida que la telemedicina continúa evolucionando, es de esperar que se aborden y se reduzcan estos riesgos.

En definitiva, la telemedicina es una herramienta poderosa, pero su implementación exitosa requiere una planificación cuidadosa y la consideración de estos riesgos para garantizar la calidad y la seguridad de la atención médica a distancia.

BIBLIOGRAFÍA

- Cruz-Cunha, M.M., Tavares, A.J., Simoes, R. *Handbook of Research on Developments in E-Health and Telemedicine: Technological and Social Perspectives*; Medical Information Science Reference, 2010.
- Latif, R., Doarn, Ch R. Merrell Ronald C (Ed.) *Telemedicine, Telehealth and Telepresence. Principles, Strategies, Applications, and New Directions*, Springer 2021.

Organización Mundial de la Salud. *Recomendaciones sobre intervenciones digitales para fortalecer los sistemas de salud*. 2019. <https://iris.who.int/handle/10665/354399?show=full>, 2019.

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA TRAS LA IRRUPCIÓN DE LA PANDEMIA DE COVID-19³⁸

Rocío Paricio del Castillo³⁹
Médico psiquiatra infantil

El aumento de la prevalencia los trastornos mentales en la infancia y la adolescencia tras la irrupción de la pandemia de Covid-19 en marzo de 2020 es una emergencia en salud pública de primer nivel. Numerosos estudios están demostrando el impacto negativo de la pandemia y las medidas que se tomaron en la salud mental de la población general y, de manera especialmente dramática, en la población infanto-juvenil. Se ha descrito un aumento de trastornos afectivos y de ansiedad, de estrés postraumático y trastornos de conducta alimentaria. En España, el número de suicidios en menores de 14 años en el año 2020 se duplicó respecto al año anterior, pasando de 7 a 14 las muertes internacionales en este grupo de edad. En el grupo etario entre 15 y 29 años, el suicidio ya es la segunda causa de mortalidad, sólo por detrás de los procesos oncológicos (4). Diversos autores consideran el suicidio infantil de una sociedad como un indicador de desorganización del desarrollo en la infancia. También las consultas a servicios de urgencias hospitalarias por causas psiquiátricas en menores de edad se han incrementado de manera significativa a raíz de la pandemia de COVID-19.

³⁸ Jornada celebrada en el marco de Ayudas a Congresos, Jornadas y Seminarios (2023) de la Universidad Rey Juan Carlos. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto: "La CEDAW 40 años después: ¿los derechos líquidos de la mujer?, Referencia: PID2021-1227880B-I00

³⁹ Rocío Paricio es graduada en Medicina y Cirugía por la Universidad Complutense de Madrid (premio extraordinario fin de carrera), especialista en Psiquiatría de la Infancia y la Adolescencia, y doctoranda en la Universidad Rey Juan Carlos. Cuenta con numerosos títulos universitarios de postgrado acerca de salud mental e infancia, familia y mujer, así como con una amplia formación psicoterapéutica, y es autora de diversas publicaciones científicas en revistas nacionales e internacionales. En la actualidad, ejerce como Psiquiatra Infanto-Juvenil en el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, compaginando la actividad clínica y docente con la investigadora. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto: "La CEDAW 40 años después: ¿los derechos líquidos de la mujer?, Referencia: PID2021-1227880B-I00

Este deterioro de la salud mental de las y los menores de edad posiblemente guarde relación estrecha con la desatención de las necesidades específicas de la infancia y la adolescencia. Durante el confinamiento estricto decretado en España en marzo de 2020, los hábitos y rutinas cotidianas de las niñas y los niños de nuestro país se vieron gravemente trastornados. El desconocimiento inicial acerca del virus SARS-CoV-2 y sus vías de contagio, unido a la mayor susceptibilidad que en la infancia se presenta ante muchos virus respiratorios, así como el temor a que este colectivo actuara como reservorio infeccioso, condujo a la adopción de medidas drásticas frente a la infancia y la adolescencia, entre las que se incluyó la modificación de los protocolos de atención a los partos y cuidados neonatales, el cierre de la educación presencial o la prohibición de juego en espacios públicos. Durante esta etapa, se impidió la salida de las y los menores de edad a los espacios públicos, de tal manera que la mayor parte de la infancia residente en entornos urbanos no pudieron salir al exterior durante semanas. A pesar de que en España se realizó una modificación del Real Decreto para permitir la salida terapéutica al exterior de menores con diagnóstico de Trastorno del Espectro Autista o similares, estos menores y sus adultos responsables sufrían el acoso vecinal desde las ventanas, de tal forma que incluso se plantearon iniciativas que proponían una distinción consistente en llevar un brazalete azul. Estas propuestas fueron ampliamente criticadas por su carácter estigmatizante. Pero más allá de la cuestión específica de las y los menores con trastornos del neurodesarrollo, quedó patente la incapacidad social para identificar y atender las necesidades de la población menor de edad, produciéndose, incluso, lo que ha llegado a llamarse “niñofobia”; bajo una falsa premisa de que las y los menores podían ser especialmente contagiosos.

Tras la primera ola de COVID-19, la desatención específica de la infancia se mantuvo en las medidas políticas. De este modo, en España, por ejemplo, se tomó la determinación de cerrar los parques infantiles (espacios públicos aireados) para frenar el contagio, mientras se permitía la apertura de la hostelería (bares y restaurantes, frecuentados por los adultos); o se impidió el acceso de padres y madres al interior de las escuelas hasta avanzado 2022, mientras era posible acceder con libertad a centros comerciales, cines o lugares de ocio adulto.

Por ello, en este trabajo se examinan algunos de los derechos de los niños vulnerados durante la pandemia de COVID-19 en relación principalmente con el derecho a la salud y con su derecho específico al desarrollo físico mental espiritual moral y social, en el que el juego tiene un papel especialmente relevante.

El artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño, de 1990, reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Parte se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. A continuación, enuncia toda una serie de medidas tendentes a lograr una serie de objetivos como es Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; combatir las enfermedades y la malnutrición y asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.

En efecto, en la primera infancia (y, especialmente, en los primeros momentos de la vida, cuando se produce la transición del ambiente intrauterino al extrauterino) la salud de los infantes se encuentra en estrecha relación con el cuerpo maternal, siendo el contacto físico el principal mecanismo regulador. Durante la etapa de la denominada exterogestación, el bebé se regula física y psíquicamente por medio de su figura maternal, existiendo para ello una serie de mecanismos neurohormonales que favorecen el establecimiento de una relación íntima y afectiva, denominada vínculo, entre la madre y el bebé. Muchos de estos mecanismos están mediados por la hormona oxitocina. Durante el proceso de parto, se produce una liberación de oxitocina, que, por un lado, favorece el reflejo de eyección de la leche, que participa en el establecimiento de la lactancia, y, por otro, elicitando las conductas maternas de cuidado hacia el bebé. El contacto piel con piel y la lactancia favorece también la liberación de oxitocina en sangre tanto en la madre como en el bebé, produciendo un efecto calmante en ambos, que en las madres ha demostrado reducir la sintomatología ansiosa y depresiva postparto. Así, en la especie humana, la vinculación afectiva entre la madre y el bebé no sólo garantiza los cuidados y la protección necesarios para cubrir sus necesidades físicas de éste último; sino que, la intimidad y cercanía que genera, constituyen el primer paso de entrada a la complejidad de nuestro mundo socioemocional de forma que el contacto físico madre-bebé en las primeras etapas de la vida se ha demostrado fundamental para el correcto desarrollo del bebé, interviniendo en el establecimiento y la modulación de muchos de los procesos básicos del bebé, como son el vínculo madre-bebé, la alimentación, la regulación de constantes vitales, la inmunidad, el crecimiento físico y el neurodesarrollo del bebé.

Sin embargo, desde el inicio la pandemia de COVID-19, se extendieron en los paritorios y en los servicios de obstetricia numerosas prácticas contrarias al derecho a la salud de las y los niños, a pesar de la evidencia científica existente acerca de los perjuicios de dichas prácticas, y de los primeros estudios, que apuntaban acerca de la escasa repercusión en salud

que en general tenía la COVID-19 en este momento vital. Estas decisiones se tomaron amparadas bajo las medidas de distanciamiento social decretadas para frenar la expansión y el contagio del virus de la población, sin considerar el balance riesgo-beneficio claramente desfavorable en los momentos perinatales. En el temor de mantener contacto con personas positivas, en algunos centros hospitalarios se llevaron a cabo prácticas contrarias al buen hacer médico y a los derechos de las mujeres, practicando por ejemplo cesáreas sin indicación médica, para acortar el tiempo de expulsivo del parto y, por tanto, el contacto estrecho con las parturientas), o impedir el acompañamiento de las mujeres en el momento del parto.

Algunas de las prácticas más nocivas recogidas en los protocolos de atención al parto en la situación de emergencia de COVID-19 hacia los cuidados de las y los bebés, fueron, en primer lugar, la separación madre-bebé y, en segundo, la desincentivación de la lactancia materna

Un ejemplo de las medidas de separación madre-bebé en los hospitales españoles, publicado en prensa, es el de Patricia (nombre ficticio), contagiada del virus SARS-CoV-2 en la semana 38 de gestación, y por la cual sólo tuvo algunos síntomas leves, llegando de parto al Hospital Universitario de Cruces, en Barakaldo (Bizkaia) a finales de marzo de 2020, cuando llevaba más de una semana asintomática. En la nota de prensa, su testimonio es el siguiente:

“Cuando nació la niña, les dije que, si la podía coger, y me dijeron que no, y el padre tampoco”, cuenta. (...). No le permitieron hacer piel con piel ni le preguntaron si quería dar el pecho o sacarse leche. “Se llevaron al bebé a neonatos y a mí a una habitación de aislamiento en la planta de infectados de Covid-19. A mi marido lo mandaron a casa”, recuerda. “En esta habitación, no me trataron como a alguien que acabara de parir, mi condición de infectada se superponía a todo lo demás”, dice. “La enfermera me dijo, ahí tienes las sábanas. Hazte la cama, eres autónoma. Yo había parido hacía dos horas, tenía los puntos, la epidural, y estaba muy cansada, y sola”. No pudo coger a su primera hija hasta 53 horas después, tras el alta. “Fue inhumano, cruel. ¿Por qué, si no podía cogerla entonces, sí puedo dos días después, cuando me mandan a casa con ella?”.

En segundo, recomendaciones contrarias a la lactancia materna y al contacto piel con piel con la elaboración de una guía clínica recomendando desincentivar la instauración de la lactancia materna en madres que hubieran dado positivo para las pruebas de detección de SARS-CoV-2, además de aconsejar la separación del recién nacido de su madre y evitar el contacto piel con piel. A pesar de las numerosas críticas que tuvo esta guía, por la falta de evidencia científica que la sustentara, desgraciadamente, tuvo una importante repercusión en la elaboración de protocolos hospitalarios en

países de habla hispana y ello a pesar que la Organización Mundial de la Salud publicó en sus recomendaciones que las madres con COVID-19 positivo y sus recién nacidos podían tener contacto directo y temprano, así como la lactancia materna exclusiva, ya que ayudan al bebé a desarrollarse.

Por otro lado, las estrictas restricciones de movimientos privaron a los niños del esencial y específico derecho a su desarrollo físico mental espiritual moral y social, recogido en el artículo 27 de la Convención de los derechos del niño y afectaron igualmente a su derecho a la educación, recogido en el artículo 28 de la Convención

El cierre de la escuela presencial forzó a las instituciones educativas a adaptarse rápidamente al formato online, a menudo sin la preparación necesaria para llevar a cabo este tipo de educación. Este cierre tuvo consecuencias académicas, al dificultar el acceso a la educación de muchas y muchos menores por la denominada “brecha digital”.

Pero, además, muchos adolescentes han afrontado los cursos de 2020-2021 y 2021-2022 con bases de conocimientos insuficientes, expresando temor a una exigencia académica para la que no se sentían preparados. Una de las muestras del intenso académico que han sufrido los adolescentes tiene que ver con el índice de conductas suicidas y suicidios consumados coincidiendo con las reaperturas de los cursos escolares, en septiembre y octubre: por ejemplo, en octubre de 2020, en España hubo 5 suicidios consumados en menores de 14 años, frente a 1 suicidio en octubre de 2019. En 2022, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, el número de suicidios en niños de 10 a 14 años fue de 12, lo que representa la mitad de los 22 que hubo en 2021, aunque se suicidaron 72 adolescentes de 15 a 19 años frente a los 53 que hubo el año anterior.

Una importante consecuencia han sido igualmente las limitaciones en las relaciones sociales de las y los menores con dos vertientes fundamentales: la pérdida de red externa en menores en riesgo de exclusión social y el empobrecimiento de la socialización secundaria con pares.

Respecto a la limitación de las relaciones sociales, el grupo que más ha padecido las medidas de distanciamiento para frenar el contagio de la COVID-19 ha sido la población adolescente y adulta joven, con importantes repercusiones negativas para su salud mental. La adolescencia es una etapa crucial de la vida, en la que confluyen multitud de estresores de todos los ámbitos: biológicos (pubertad), psicológicos (búsqueda de identidad) y social (desarrollo de nuevos roles con ganancia de autonomía y de responsabilidad interpersonal). La mayoría de los trastornos mentales debutan en la adolescencia. Ciertamente el recurso a las tecnologías de la información y comunicación y los medios de comunicación social han permitido a las y los

adolescentes mantenerse en relaciones con iguales a pesar de las medidas de distanciamiento generando una consecuencia derivada. El uso extenso que han cobrado los medios digitales, maximizado por la pandemia, es un fenómeno complejo no exento de riesgos ya que su uso se asocia con un aumento de la de sintomatología ansiosa y depresiva, de trastornos de conducta alimentaria, de trastornos de sueño y es un factor de riesgo para sufrir “cyberbullying”.

El aprendizaje psico-motriz imprescindible para el desarrollo físico y mental del menor se vio seriamente afectado, especialmente en edades tempranas, por la practicas imposibilidad de ejercicio físico, de cambio de escenarios, de descubrir progresivamente figuras, colores, formas por lo que, aunque todavía no hay estudios solventes, es de esperar un incremento en determinadas afecciones.

El artículo 31 de la Convención de los Derechos del Niño le reconocen el derecho al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes pues el juego en la infancia es imprescindible para un desarrollo saludable. Privar a la infancia del juego es privarles, también, de una herramienta fundamental para su desarrollo integral como personas.

La pandemia de COVID-19 ha incidido negativamente en las oportunidades de juego de las niñas y los niños y si bien, de nuevo, las nuevas tecnologías permiten modalidades de juego compartido en tiempo real, el empleo excesivo de los videojuegos durante la pandemia también ha asociado efectos perjudiciales sobre el sueño y el estado afectivo de las y los menores. Además, los aportes del juego exterior y el juego físico (caminar, montar en bicicleta, jugar a deportes de equipo) no pueden ser sustituido por el juego *online*.

En definitiva, no parece que en la imposición de las medidas tendentes a luchar contra la pandemia se tuvieran adecuadamente en cuenta los derechos de los niños y menos aún en España con unas restricciones a la movilidad prácticamente absolutas para los menores.

BIBLIOGRAFÍA

Nearchou F, Flinn C, Niland R, Subramaniam SS, Hennessy E. “Exploring the Impact of COVID-19 on Mental Health Outcomes in Children and Adolescents: A Systematic Review”. *Int J Environ Res Public Health*. 2020 nov 16;17(22):8479.

ACTAS DE LA JORNADA: DERECHOS FUNDAMENTALES Y SEGURIDAD

John A, Pirkis J, Gunnell D, Appleby L, Morrissey J. "Trends in suicide during the covid-19 pandemic". *BMJ*. 2020 nov 12.

UNICEF. *Salud Mental e Infancia en el escenario de la COVID-19. 2021:*
<https://www.unicef.es/publicacion/salud-mental-e-infancia-en-el-escenario-de-la-COVID-19-19-propuestas-de-unicef-espana>

.....